

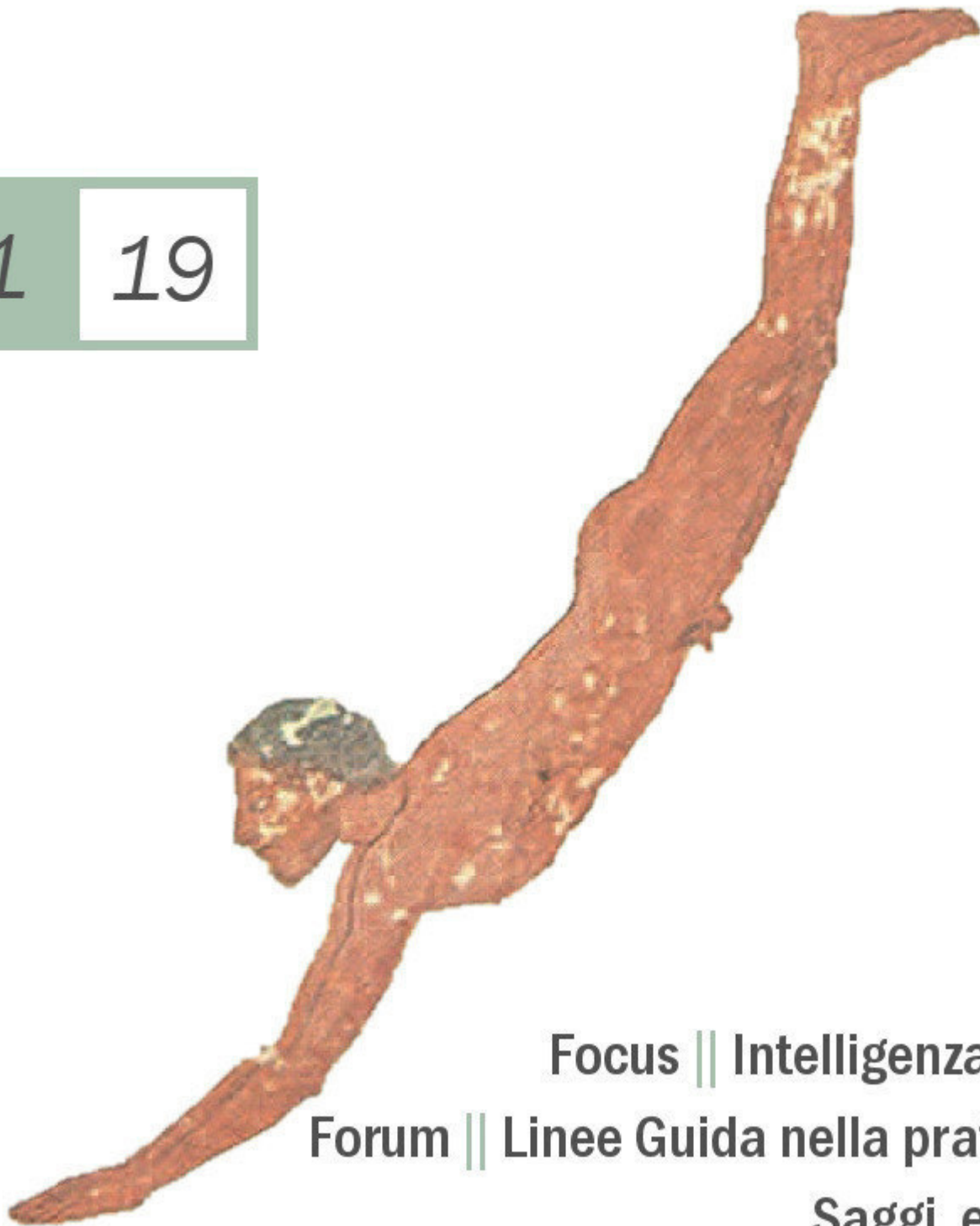


BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto

1

19



Focus || Intelligenza Artificiale
Forum || Linee Guida nella pratica clinica
Saggi e commenti

The online Journal about law and life sciences

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Editor in chief: Carlo Casonato

Steering Committee: Roberto Bin, Antonio D'Aloia

Scientific Committee:

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Paolo Carrozza, Fabio Cembrani, Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vauchez, Sheila McLean, Laura Palazzani, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà (†), Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi (†), Paolo Zatti.

Associate Editors: Lucia Busatta and Marta Tomasi

Editorial Boards:

Trento: Lucia Busatta, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Marta Tomasi.

Ferrara: Lucilla Conte, Gianmario Demuro, Pietro Faraguna, Andrea Guazzarotti, Andrea Lollini, Nicola Lucchi, Roberto Perrone.

Parma: Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Maria Chiara Errigo, Simone Gabbi, Valentina Gastaldo, Gabriele Maestri, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Michele Tempesta, Paola Torretta, Veronica Valenti.

Email: biodiritto@gmail.org
Website: www.biodiritto.org/rivista

Peer review system: All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

Febbraio 2019
ISSN 2284-4503
© Copyright 2018



Università degli Studi di Trento
Via Calepina, 14 – 38122 Trento
Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

In collaborazione con



Front cover: Graphic project based on "Tomba del tuffatore", Paestum, 5th century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto n. 1/2019

Table of contents

Editoriale – Quaranta anni di Servizio Sanitario Nazionale, e prima?.....	1
<i>Silvio Garattini</i>	
FOCUS ON – INTELLIGENZA ARTIFICIALE	
Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell’Intelligenza Artificiale.....	3
<i>Antonio D’Aloia</i>	
I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?.....	33
<i>Daniele Amoroso e Guglielmo Tamburrini</i>	
Artificially Intelligent Law	53
<i>Lawrence B. Solum</i>	
L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà	63
<i>Andrea Simoncini</i>	
I robot possono avere diritti?	91
<i>Alfonso Celotto</i>	
Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico	101
<i>Marta Fasan</i>	
Una modesta proposta: il politico virtuale. Prime note sull’intelligenza artificiale come provocazione in tema di rappresentanza politica	115
<i>Fabio Pacini</i>	
Equo processo penale e sfide della società algoritmica	135
<i>Serena Quattrocolo</i>	
Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico.....	145
<i>Fernanda Faini</i>	
L’intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?	163
<i>Elena A. Ferioli</i>	
Potenzialità e sfide dell’intelligenza artificiale.....	177
<i>Carlo Casonato</i>	



FOCUS ON – IL MEDICO FRA ETICA, DEONTOLOGIA E DIRITTO: CONVERGENZE E ANTINOMIE

Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida	183
<i>Antonio Vallini</i>	
Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale	207
<i>Andrea Perin</i>	
Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata	237
<i>Elisabetta Pulice</i>	
Autonomia decisionale nella quotidianità clinica	261
<i>Giacomo Beggio</i>	

ESSAYS – SAGGI

Voluntary Euthanasia, Assisted Suicide & Law Reform: A Sketch of the Canadian Experience	267
<i>Thomas McMorrow</i>	
Sul contenuto della DAT tra autodeterminazione del paziente e decisioni di altri: profili civilistici	283
<i>Teresa Pasquino</i>	
La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017	299
<i>Caterina Di Costanzo</i>	
I vaccini per i minori tra salute pubblica e giustificazione di scelte individuali. Argomenti e riflessioni critiche su un tema controverso	325
<i>Lorena Forni</i>	
Diritti e ricerca biomedica: una proposta verso nuove consonanze	343
<i>Carlo Casonato, Marta Tomasi</i>	
"Ok Google, am I sick?": artificial intelligence, e-health, and data protection regulation	359
<i>Paolo Guarda</i>	
Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico ...	377
<i>Andrea Sassi, Stefania Stefanelli</i>	

I paradigmi normativi dell'amministrazione psichiatrica. Servizi territoriali e strumenti per l'autodeterminazione terapeutica a quarant'anni dalla Legge Basaglia	399
<i>Francesco Dalla Balla</i>	
Un'introduzione critica alla condizione intersex	433
<i>Giacomo Viggiani</i>	
Al crocevia tra i diritti delle diverse specie: a proposito degli xenotrapianti	453
<i>Franca Meola</i>	
Diritto animale, diritto degli animali e diritti degli animali. L'auspicio di un intervento riorganizzativo del legislatore tra esigenze sociali e necessità giuridiche di sistema	477
<i>Giuseppe Settanni, Manuela Ruggi</i>	
L'esercizio del diritto al di là della terapia: lo <i>human enhancement</i>	497
<i>Lidia Ricci, Beatrice Di Nicolò, Pasquale Ricci, Francesco Massoni, Serafino Ricci</i>	
COMMENTARIES	
Tecniche "nuove", obblighi "nuovi"? La CGUE in «riscrittura giudiziaria» della direttiva n. 18/2001 CE. Nota a <i>Confédération paysanne v. Ministre de l'Agriculture (C-528/16)</i>	513
<i>Elisa Spiller</i>	

40 anni di Servizio Sanitario Nazionale, e prima?

Silvio Garattini

Sono passati 40 anni dalla istituzione del Servizio Sanitario Nazionale. Un grande cambiamento, un bene irrinunciabile che è alla base del miglioramento dello stato di salute della popolazione italiana. Sembra tuttavia che non tutti apprezzino questo cambiamento perché crescono le lamentele: le lunghe liste d'attesa, i pagamenti di ticket, i privilegi indotti dall'intramoenia, lo stato spesso fatiscante di molti ospedali, la mancata assistenza ai malati mentali e così via. In parte è vero che molte cose possono migliorare, ma spesso si tratta di manchevolezze locali e limitate oppure di differenze fra Regioni, ma nel complesso il SSN adempie alle sue funzioni. Nessuno si chiede tuttavia: e prima? È una domanda opportuna perché data ormai la "maturità" del SSN chi ha meno di 60 anni di fatto conosce solo questo SSN e non può avere memoria delle trasformazioni che esso ha comportato. Chi ha un "chilometro" più lungo può ricordare la presenza dell'INAM (Istituto Nazionale Assicurazione Malattie) che prima del SSN provvedeva ad amministrare la salute degli italiani. Essendo un sistema assicurativo, riguardava solo i lavoratori e non si occupava di tutti gli altri. Inoltre, era "a tempo", cioè l'assistenza non era – come è oggi – per tutta la vita. Quando la malattia perdurava nel tempo, i pazienti dovevano trovare altre soluzioni. Ricordo mio padre che, per consentire le cure di una malattia cronica in famiglia, aveva dovuto accettare un secondo lavoro che eseguiva alla sera. Allora i farmaci costavano relativamente poco e il bagaglio tecnologico era molto ridotto, ma oggi sarebbe impossibile per la stragrande maggioranza delle famiglie italiane so-

stenere le spese per un trapianto cardiaco o per una chemioterapia antitumorale. Se si diffondesse maggiormente la memoria storica del "prima", forse molti apprezzerebbero il SSN e ne riconoscerebbero i vantaggi. Purtroppo, oltre a non fare molto, i nostri governanti non sono neppure capaci di mettere in evidenza ciò che fanno.

Alcuni consigli? Tutte le ASL dovrebbero trovare qualche persona anziana che spieghi alle persone giovani che cosa si ottiene oggi dal Servizio Sanitario Nazionale rispetto al passato. Sarebbe un insegnamento molto istruttivo per i detrattori del SSN.

Un'altra iniziativa potrebbe essere quella di informare i singoli ammalati sul costo della loro degenza in ospedale. Sarebbe molto istruttivo perché in molti casi si imparerebbe come vengono spesi i soldi, i nostri soldi che mettiamo a disposizione attraverso la tassazione. Un'iniziativa del genere era stata presa in passato dalla Regione Lombardia, ma era stata molto criticata perché – si diceva – sembrava si volesse rimproverare l'ammalato per la sua malattia. In realtà, si tratta di un'informazione che rimarrebbe di esclusiva pertinenza dell'ammalato. Alternativamente potrebbero essere esposti in tutti gli ospedali i costi dei diversi tipi di intervento: diagnostici, terapeutici e riabilitativi perché si abbia un'idea – generalmente non c'è – del valore delle varie prestazioni. Queste e altre iniziative, che la fantasia delle Regioni può creare, avrebbero lo scopo di giustificare ai cittadini il budget disponibile (115 miliardi di euro all'anno) e dimostrare loro come viene impiegato. Infine si dovrebbero far conoscere i vantaggi del SSN fin dalla scuola materna. Spendiamo, giustamente, molto tempo della formazione scolastica per far conoscere i beni storici e artistici del nostro Paese. Tutti sanno quanto sia importante conservare nel modo migliore il Co-

Editorial

losseo o gli scavi di Pompei e non si capisce perché non dovremmo fare la stessa cosa per il SSN, un bene che ha migliorato lo stato di salute degli italiani.



Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell’Intelligenza Artificiale

Antonio D’Aloia*

THE LAW TO “THE NEW WORLD”. THE CHALLENGES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT: AI is much more than a complex challenge to the system of law. This technology has the potential to change the world and to ask ourselves on the ethical and anthropological questions concerning the deepest meaning of human experience. The contribution investigates the legal implications of the AI systems’ development, from the responsibilities related to these new forms of behavior, to the risks linked to the profiling and micro targeting of people, to the application of algorithmic models in judicial decisions, up to the most radical question: will it be necessary or simply possible foreseeing a legal personhood for the artificial “agents”?

KEYWORDS: artificial intelligence; legal personhood; responsibility; privacy; algorithmic justice

SOMMARIO: 1. Tra fiction e diritto. Alla ricerca di principi e regole per l’AI – 2. AI, Robotics, mondo “digitale” – 3. Perché il diritto deve occuparsi di AI. Dalla cibernetica giuridica al diritto per i sistemi che imparano da soli – 4. Segue: Macchine (sempre più) autonome e responsabilità – 5. AI, diritto, diritti. Opportunità e problemi – 6. Algoritmi e (rischi di) discriminazioni – 7. AI e processo. Quale spazio per la decisione algoritmica? – 8. Privacy e altre garanzie nel trattamento algoritmico dei dati – 9. AI, algoritmi e “società dell’anticipazione”. Problemi del processo democratico – 10. L’interrogativo “intrattabile”. Ci sarà una soggettività per gli AI systems o agents? – 11. Prime (e provvisorie ...) conclusioni. Il diritto di fronte ad una sfida radicale e non temporanea.

1. Tra fiction e diritto. Alla ricerca di principi e regole per l’AI

I contributi raccolti in questo fascicolo di Biolaw sono una parte delle relazioni e degli interventi svolti nell’ambito del Convegno su *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo* (Parma, 12 ottobre 2018).

Sono stati selezionati in rapporto al loro maggior grado di connessione e di incrocio con l’orizzonte tematico della bioetica e del biodiritto. Le questioni poste dall’AI costituiscono, almeno parzialmente, una delle frontiere nuove della bioetica, portano quasi a ripensarne l’appropriatezza della dimensione settoriale rispetto ad un contenitore più largo, che potrebbe essere descritto sinteticamente come il luogo plurale del confronto tra sviluppi scientifici e tecnologici e scienze sociali (il diritto tra queste)¹.

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale e Biodiritto, Università degli Studi di Parma. Mail: antonio.daloia@unipr.it. Contributo su invito.

¹ Su “AI Ethics as sub-field of applied ethics and technology”, cfr. *Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, predisposto dall’High Level Expert Group on Artificial Intelligence della Commissione Europea (d’ora in avanti

Al di là adesso di discussioni nominalistiche o di “regolamenti di confine”, il tema del rapporto tra AI e sistemi sociali e giuridici, fino a pochi anni fa limitato ad una sfera ristretta di specialisti, talvolta considerati anche un po' visionari, oggi sembra esplodere in tutta la sua complessità di implicazioni e di sfide “adattive”.

Il tema dell'AI ha vissuto di fiammate e di delusioni (si è parlato di “primavere” e “inverni”)². Dentro questi cicli molto oscillanti, è emerso ad ogni modo l'impatto su tutta una serie di aspetti della vita sociale ed economica, e hanno cominciato a prendere corpo interrogativi a volte capaci di scavare nel profondo dell'esperienza umana e di mettere in gioco basilari assunti etici ed antropologici.

E questo non poteva non chiamare in causa il diritto, la sua ricerca, spesso faticosa, di dare un senso alla realtà, allo scorrere delle vicende umane.

«Come regolare un mondo nuovo» non è allora solo un omaggio alla fantasia distopica di Aldous Huxley³. La sensazione è che effettivamente l'AI sta cambiando (o comunque appare capace di cambiare) radicalmente il mondo sotto i nostri occhi. Quello che fino a poco tempo fa sembrava dominio quasi esclusivo della *science fiction* (da Blade Runner a 2001 - Odissea nello spazio, fino ai più recenti Matrix, Transcendence, Her, Ex machina, The Circle, e le serie Westworld e Black Mirror⁴), sta assumendo forme concrete, quelle delle *driverless cars*, di sistemi diagnostici e/o chirurgici sempre più accurati e precisi (con livelli differenti di supervisione umana e “ad autonomia crescente”⁵), di algoritmi in grado di fare il *risk assessment* finalizzato a decidere se un soggetto deve essere mantenuto in stato di custodia cautelare, oppure può essere messo in libertà in attesa di accertare la sua responsabilità in un processo, o di fare lo *scoring* per la valutazione di ammissibilità di un contratto assicurativo o di mutuo, e altre cose ancora (nell'ambito ad esempio della gestione delle infrastrutture di mobilità o delle politiche ambientali).

Invero, l'immaginario scientifico e letterario su queste possibilità tecnologiche è molto più risalente nel tempo rispetto agli esempi cinematografici prima richiamati. Basti pensare al Golem della leg-

DEG), del 18 dicembre 2018, 2 e 6, non a caso citando tra i documenti di riferimento di questo nuovo settore la Convenzione di Oviedo del 1997.

² Per una breve storia delle ricerche sull'AI, v. J. BERNSTEIN, *Uomini e macchine intelligenti*, Milano, 1990, 19 ss., 54 ss., che ricorda la Conferenza estiva del Dartmouth College del 1956, e il Gruppo di Intelligenza Artificiale del MIT (Massachusetts Institute of Technology) creato nel 1958 da J. McCarthy e M. Minsky (quest'ultimo fu anche il consulente di Stanley Kubrick nella lavorazione di 2001-Odissea nello Spazio). A proposito delle delusioni, sul Teorema di Tesler, secondo cui «l'IA è tutto ciò che non è ancora stato fatto», v. D. R. HOFSTADTER, *Godel, Escher, Bach: un'eterna ghirlanda brillante*, trad. it., Milano, 1984, 649. Secondo C. ACCOTO, *Il mondo dato*, Milano, 2017, 9, invece, «la stagione dell'inverno dell'intelligenza artificiale potrebbe essere ormai definitivamente alle nostre spalle. Il lungo periodo di disaffezione fatto anche di fallimenti clamorosi, di carenza o scarsità di fondi e di interesse per la ricerca e lo sviluppo scientifico e industriale dell'intelligenza artificiale sembra si stia chiudendo».

³ Il riferimento è al celebre romanzo di A. HUXLEY, *Il Mondo nuovo* (1932). Di un nuovo mondo, a proposito dell'AI, parla L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze*, trad. it., Torino, 2018, 26.

⁴ Cfr., per una rassegna sintetica di questi titoli, S. LENZI, G. CIOFALO, WIENER, *Goldrake e i Social Media. L'eredità della cibernetica tra scienza, tecnologia e comunicazione*, introduzione a N. WIENER, *La Cibernetica* (1948), Roma, 2017, 23-24.

⁵ Vedi infra, in questa Rivista, il saggio di D. AMOROSO E G. TAMBURRINI, *I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?*

genda praghese, o alla concezione cartesiana degli animali come “automi”⁶, e prima ancora ai racconti su automi nell’antico Egitto, in Cina, nella Grecia antica, all’Homunculus di Paracelso, alla testa parlante dei Templari, al “moderno Prometeo” di Mary Shelley, al leone “robotico” che Leonardo di Vinci regalò al re di Francia nel 1515, al turco che giocava a scacchi costruito da Wolfgang von Kempelen nella seconda metà del XVIII secolo⁷, al dibattito settecentesco (La Mettrie, D’Holbach, Helvétius) sul rapporto uomo-animale-macchina (accuratamente ricostruito da A. Punzi⁸) all’anatra di de Vaucanson⁹.

Cinema, letteratura, diritto. Più che una sequenza tra sistemi separati, sembra essere, sull’AI, una rincorsa a capire e a mettere a fuoco le proiezioni reali (secondo scale temporali differenti) del fenomeno. I mondi della “finzione” e dell’ordine giuridico si incontrano, collaborano, il primo mostra una straordinaria capacità di anticipare la realtà e gli scenari futuri¹⁰ (aiuta a capire problemi che non possono essere studiati guardando il passato)¹¹, la “provocazione” diventa sempre più verosimile, fino al punto da entrare nell’edificio degli atti normativi¹².

Parafrasando il Borges di *Tlon, Uqbar, Orbis Tertius*¹³, sembra quasi di vedere l’immagine –in quel racconto splendidamente descritta- di una realtà che comincia a cedere in più punti, di fronte ad un mondo illusorio e fantastico che improvvisamente comincia ad irrompere nel mondo (apparentemente?) reale. Recentemente, anche Alessandro Baricco, nel suo *The Game*¹⁴, gioca con la contrapposizione/integrazione tra mondo “reale” e oltremondo digitale. Per Baricco, l’habitat dell’uomo digi-

⁶ Criticata da Bernard de Fontenelle (avvocato ed aforista francese a cavallo tra ‘600 e ‘700) con la celebre riflessione sui cani e gli orologi (riportata in S. HUSTVEDT, *Le illusioni della certezza*, Torino, 2018, 191): «Dite che le bestie sono macchine così come lo sono gli orologi? Mettete un cane macchina e una cagna macchina fianco a fianco, e alla fine il risultato sarà una terza piccola macchina, mentre due orologi giaceranno fianco a fianco per tutta la vita senza mai produrre un terzo orologio».

⁷ Ne parla S. HUSTVEDT, nel suo splendido libro *Le illusioni della certezza*, Torino, 2018, 164 ss.

⁸ Nel suo *L’ordine giuridico delle macchine*, Torino, 2003.

⁹ Ne parla GERARD M. EDELMAN, *Sulla materia della mente*, Milano, 1993, 293.

¹⁰ Come scrivono V. GALLESE, M. GUERRA, *Lo schermo empatico. Cinema e neuroscienze*, Milano, 2015, 85, «il cinema è visione del mondo, in tutta la sua composita ampiezza e in tutta la sua affascinante imprevedibilità, visione del mondo che allarga i nostri orizzonti percettivi, cognitivi, immaginativi e che si cala talmente a fondo nel dialogo con il suo tempo e con la storia da restituircene un’interpretazione e una modellazione incredibilmente profonda e completa, che va dal nostro rapporto con la tecnica alla nostra vita sociale, culturale e politica».

¹¹ Cfr. A. MAYNARD, *Films from the future. The technology and morality of sci-fi movies*, Miami, 2018.

¹² Secondo J. BALKIN, *The Path of Robotics Law*, 60, «these literary and artistic sources ... already give us a sense of what robots might do and the problems that their introduction into society might cause». Più in generale, per S. ALMONG, *Literature alongside law as contemporary paradigm*, in *Cultural Dynamics*, 2001, 59, «both law and literature (are) social practices in constant interaction. It contends that aesthetics and poetics are an inextricable part of law, just as legal and ethical structures are an essential part of aesthetic expression. Narrative, as a basic component of human experience, continually provide one of the formative as well as change-inducing forces of cultural activity, including legal activity».

¹³ Pubblicato in *Finzioni*, ora in *Tutte le opere*, vol. I, Milano, 1984, 623-641.

¹⁴ A. BARICCO, *The Game*, cit., 88-89, e 191, dove si legge: «il traffico con l’oltremondo, in entrata e in uscita, è diventato immenso e velocissimo, tanto immenso e tanto veloce che spesso conservare una vera linea di demarcazione tra mondo e oltremondo è diventato impossibile, e quasi sempre inutile». Cfr. anche, sulla giustapposizione tra mondo reale e mondo digitale (‘datasfera’, “fatta di miliardi di miliardi di dati”) V.ZENO-ZENCOVICH, *La “datasfera”. Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in L. SCAFFARDI (ed.), *I “profili” del diritto. Regole, rischi e opportunità nell’era digitale*, Torino, 2018, 99 ss.

tale «è un sistema di realtà a doppia forza motrice, dove la distinzione tra mondo vero e mondo virtuale decade a confine secondario, dato che l'uno e l'altro si fondono in un unico movimento che genera, nel suo complesso, la realtà. [...] è un sistema in cui mondo e oltremondo girano uno nell'altro producendo esperienza, in una sorta di creazione infinita e permanente, (...) ricamando una trama che legittimamente chiamiamo REALTÀ»¹⁵.

Emblematico il richiamo che la Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017 contenente *Norme di diritto civile sulla Robotica* fa, in uno dei suoi *Considerando*, alle leggi di Asimov¹⁶ come base di riferimento etica e deontologica dei comportamenti dei ricercatori che operano nel settore della robotica, e del loro impegno a rispettare i principi di beneficenza (secondo cui i robot devono agire nell'interesse degli esseri umani), di non malvagità (in virtù della quale i robot non devono fare del male ad un essere umano), di autonomia (vale a dire la capacità di adottare una decisione informata e non imposta sulle condizioni di interazione con i robot), di giustizia (nel senso di un'equa ripartizione dei benefici associati alla robotica, e di accessibilità economica ai robot addetti all'assistenza a domicilio e alle cure sanitarie¹⁷).

Invero, le leggi di Asimov possono essere semplicemente una primissima (e parziale) impostazione del discorso sui principi etici e giuridici dell'AI. Il quadro da costruire è assai più complesso, e di questa complessità comincia ad avvertirsi una consapevolezza via via più profonda nei documenti "paranormativi" (*guidelines, statement, studi preparatori*) elaborati ai più vari livelli istituzionali. Si lavora essenzialmente in chiave di adattamento interpretativo dei principi consolidati del costituzionalismo alle applicazioni di AI: l'obiettivo è quello di configurare un'AI «*human-centric*» and «*trustworthy*», appunto perché connotata da un "ethical purpose", e da un obbligo di conformità ai valori fondamentali della convivenza civile (rispetto della dignità umana e dei diritti, eguaglianza e non discriminazione, non interferenza rispetto ai processi democratici, sicurezza, rispetto per la *privacy*), e al benessere delle persone¹⁸.

¹⁵ Di una "natura digitale delle cose", come ordine spontaneo in cui «un insieme di gruppi sociali ... si connettono per via evolutiva, e competitiva, dandosi regole private che cessano però di essere squisitamente contrattuali, divenendo anche sociali e istituzionali ...», v. A. VENANZONI, *Intersezioni costituzionali – Internet e Intelligenze artificiali tra ordine spontaneo, natura delle cose digitale e garanzia dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni Cost.*, 27 aprile 2018, 8.

¹⁶ Nel Considerando T si legge: «considerando che le leggi di Asimov devono essere considerate come rivolte ai progettisti, ai fabbricanti e agli utilizzatori di robot, compresi i robot con capacità di autonomia e di autoapprendimento integrate, dal momento che tali leggi non possono essere convertite in codice macchina». Le famose leggi di Asimov sono le seguenti: «(1) Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, un essere umano riceva danno. (2) Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non contravvengano alla Prima Legge. (3) Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché questa autodifesa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge (cfr. Isaac Asimov, *Circolo vizioso*, 1942), e (0) Un robot non può recare danno all'umanità, né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, l'umanità riceva danno».

¹⁷ Come sottolinea infatti A. BARICCO, *The Game*, Torino, 2018, 320, «... il Game è difficile. Magari divertente, ma troppo difficile. (...) Per sopravviverci bisogna avere skill non indifferenti che peraltro non vengono insegnate. (...) Non ci sono reti di protezione, né sistemi per recuperare chi è caduto. (...) Non lasceremo nessuno indietro non è una frase da Game».

¹⁸ Sul punto, v. DEG, cit., iv. A questi principi di riferimento è legato anche il criterio secondo cui «AI systems should be developed and implemented in a way that protects societies from ideological polarization and algorithmic determinism» (cit., 9), nonché una serie di altri requisiti di una AI 'trustworthy', tra cui: 1. *Accountability*,

La dignità umana viene tradotta, in un significato relazionale, come diritto delle persone umane di sapere *se e quando* stanno interagendo con una macchina o con un altro essere umano, e di decidere *se, come e quando* attribuire determinati compiti ad un sistema artificiale autonomo o ad una persona. L’autonomia delle persone a contatto con AI agents o systems deve comportare altresì che i meccanismi di funzionamento di questi sistemi siano trasparenti e prevedibili, meglio ancora “esplicabili”, «comprehensible and intelligible by human beings at varying levels of comprehension and expertise»¹⁹ (su questo torneremo anche più avanti).

Il bene primario dell’integrità e della sicurezza personale assume una connotazione “emozionale”, mentale, legata all’interazione uomo-macchina, e agli effetti che le diverse modalità che questa interazione può assumere possono riflettersi sull’atteggiamento delle persone, sul modo di considerare i sistemi agenti in particolare quando adottano ‘fisicità’ antropomorfe, sulle influenze distorsive che si possono produrre anche sul piano emotivo, soprattutto per le persone che si trovano in una condizione di debolezza e di vulnerabilità.

Infine, rispetto agli sviluppi dell’AI viene richiamata (sempre nello Statement del Gruppo di esperti della Commissione Europea) un’esigenza di sostenibilità (Simoncini preferisce il concetto più *hard* di precauzione costituzionale), di mantenimento nel tempo (e di garanzia per generazioni future) delle condizioni di base della vita umana e della natura: un’ulteriore conferma, se ce ne fosse bisogno, della preoccupazione che accompagna l’evoluzione di questa tecnologia, pur nella convinzione delle tante opportunità positive che da essa possono derivare.

2. AI, Robotics, mondo “digitale”

Ad ogni modo, l’AI sembra davvero qualcosa in più di un set di risorse tecnologiche aggiuntive e avanzate, con le quali fare semplicemente meglio e in modo più rapido ed efficace quello che possiamo già fare. Alcuni aspetti di questo imponente fenomeno ci pongono davanti ad interrogativi etici ed antropologici che rappresentano un vero e proprio cambio di paradigma²⁰, al fondo del quale potrebbe esserci una nuova idea (e una nuova esperienza) dell’umanità²¹.

secondo diversi meccanismi di compensazione o di ‘reconciliation’ anche non monetari; 2. *Data governance*, in modo da evitare o prevenire il più possibile biases, errori, effetti discriminatori, o da migliorare i sistemi attraverso la ricerca e la verifica degli errori; 3. *Design for all*, nel senso di massima accessibilità ed usabilità di questi *tools*, senza riguardo a condizioni personali, età, disabilità; 4. *Governance of AI autonomy (Human Oversight)*, commisurata in modo crescente proprio al grado di autonomia operativa delle macchine; 5. *Respect for privacy*, in totale compliance con le norme del GDPR; 6. *Robustness*, intesa come sicurezza degli algoritmi durante le diverse fasi di implementazione, e resilienza rispetto ad eventuali attacchi informatici.

¹⁹ Cfr. DEG, cit., 10 ss.; in particolare, secondo questo documento, «*Explicability also requires accountability measures be put in place. Individuals and groups may request evidence of the baseline parameters and instructions given as inputs for AI decision making (...) by the organizations and developers or an AI system, the technology implementers, or another party in the supply chain*».

²⁰ A. PUNZI, *L’ordine giuridico delle macchine*, Torino, 2003, 18.

²¹ Nelle Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI, predisposto dall’High Level Expert Group on Artificial Intelligence della Commissione Europea (d’ora in avanti DEG), del 18 dicembre 2018, si legge che “*Artificial Intelligence is one of the most transformative forces of our time, and is bound to alter the fabric of society*”. In termini, v. anche F. DE VANNA, *Diritto e nuove tecnologie: il nodo (controverso) della regolazione giuridica*, in *Lo Stato*, 2018, n. 11, 388.

Inoltre, come è stato acutamente sottolineato, l'AI non è un problema temporaneo, non è qualcosa che ad un certo punto sparisce, ma è una novità destinata a provocare una fase nuova dell'esperienza umana con la quale dovremo abituarci a convivere nel tempo²².

Intanto, non è facile stabilire cosa è AI; manca una definizione univoca e generalmente accettata, e soprattutto cambia nel tempo²³, il che è normale per una tecnologia 'generativa', che «changes over time as people work with and through new technology»²⁴.

Di certo, non è solo robotica²⁵. Quando parliamo di sistemi di AI, può esserci un 'corpo' (vale a dire un contenitore fisico, anche variamente antropomorfo) oppure no: questi sistemi possono lavorare in uno spazio fisico ovvero in uno spazio virtuale.

È possibile pensare a pezzi di AI anche dentro di noi (interfacce neurali, *Brain computer interfaces*), come risorse di potenziamento cognitivo; e i dilemmi non sono meno urgenti e difficili di quelli che riguardano l'*enhancement* genetico e neurobiologico²⁶.

D'altronde questo vale anche per la parola e la nozione di 'robot' in senso stretto. Come scrive J. Engelberger, «I can't define a robot, but I know one when I see one». In altri termini, anche un robot, che a sua volta è una proiezione parziale del più ampio *field* dell'AI, può essere tante cose e può assumere diverse configurazioni tassonomiche, che dipendono da cosa è chiamato a fare, dall'"ambiente" di lavoro, dalle tipologie di interazione con gli esseri umani, dai gradi o livelli di autonomia decisionale e/o operativa.

Dunque, AI appare effettivamente un "*umbrella term*", una parola "contenitore", che include –si può dire in via di prima approssimazione– una varietà di tecniche computazionali e di processi associati (di tipo algoritmico) dedicati a migliorare l'abilità delle macchine nel fare cose che richiedono intelligenza²⁷.

Sullo sfondo, e anzi al cuore di questo processo, scorre un flusso inesauribile e gigantesco di dati. Lo spiega, con la consueta profondità di pensiero, e con qualche riflesso di inquietudine, Roberto Calasso, nel suo recente libro *L'innominabile attuale*. Calasso parla di contenuti informativi che si moltiplicano e si espandono senza tregua e in ogni direzione, e che si rivelano alla fine autosufficienti, capaci di espandersi senza ricorrere ad alcunché di esterno (per capirci l'esterno saremmo noi e la capacità

²² Cfr. L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze*, cit., 295, sottolineando che «l'IA ormai non è più un'opzione disattivabile, un interruttore che avremo ancora la possibilità di spegnere. È diventata indispensabile». Sempre questo A. ha messo in evidenza che il cervello (tra neuroscienze e AI) è diventato il principale campo di battaglia di questo secolo.

²³ R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *Astrid*, n. 14/2017, 1. Una definizione ampia si legge in DEG, iv: «Artificial Intelligence refers to systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical and digital world by perceiving their environment, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge derived from this data and deciding the best action(s) to learn to adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions».

²⁴ Per questa definizione di 'generative technology', cfr. J. BALKIN, *The Path of Robotics Law*, 47.

²⁵ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo diritto civile*, n. 1/2018, 7.

²⁶ Sul tema, sia consentito il rinvio ad A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2014, 87 ss., 93 ss.

²⁷ Per questa definizione, v. il Report di AA.VV., *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities and Risks* (d'ora in avanti AIHR), Berkman Klein Center for Internet & Society at Harvard University, 25 sept 2018, 10, dove si sottolinea altresì che «what is considered artificial intelligence changes over time».

umana di controllare e gestire questi flussi informativi e computazionali): «sono loro, i Big data, che pensano e amministrano coloro da cui hanno avuto origine»²⁸. Gli fa eco Paolo Zellini, un autorevole scienziato dell’analisi numerica, che scrive, nel suo ultimo libro (*La dittatura del calcolo*²⁹), «Semplicemente noi non possiamo disporre di tutta l’informazione di cui dispongono gli algoritmi. Forse è già successo l’irreparabile, e il criterio più diffuso per confrontarci con la macchina non poggia tanto su una presunta idea di coscienza o di libertà, che nessuno sa definire, quanto su un’imperiosa categoria di efficienza, a tutto vantaggio della macchina...».

3. Perché il diritto deve occuparsi di AI. Dalla cibernetica giuridica al diritto per i sistemi che imparano da soli

Perché il diritto deve interessarsi a queste cose? È chiaramente una domanda retorica, la risposta è scontata, il diritto è semplicemente travolto, sfidato da queste cose, e non è solo una difesa d’ufficio di questo focus.

La scienza giuridica ha sempre seguito l’andamento ciclico dell’interesse per l’AI; penso, per rimanere al dibattito italiano, ai lavori pionieristici di Mario Losano³⁰, Vittorio Frosini³¹, Stefano Rodotà³², degli anni ‘60 e ‘70, anche se era soprattutto cibernetica applicata al diritto, giurimetria, tecnologia strumentale ad una più efficiente amministrazione della giustizia³³, piuttosto che comprensione o consapevolezza dell’impatto modificativo che un’AI avrebbe potuto avere sugli oggetti fondamentali della riflessione giuridica, e in particolare sui diritti dell’uomo.

Per Losano, «la giurimetria si occupa di materie come l’analisi quantitativa del comportamento giudiziale, dell’applicazione della teoria della comunicazione e dell’informazione all’espressione giuridica, dell’uso della logica nel diritto, del reperimento di dati giuridici con mezzi meccanici ed elettronici e della formulazione d’un calcolo della probabilità applicato all’attività giudiziaria. [...] la *jurisprudence* è un’attività razionale; la giurimetria è uno sforzo per utilizzare i metodi della scienza nell’ambito del diritto. Le conclusioni cui perviene la *jurisprudence* sono semplicemente discutibili; le conclusioni della giurimetria sono invece verificabili. La *jurisprudence* medita su essenze, fini e valori; la giurimetria studia metodi d’indagine».

L’apparente riduzione del campo lascia però già intravedere alcune intuizioni prospettiche. Losano capisce che la cibernetica andrà oltre la giurimetria man mano che si affinerà la disponibilità di risorse tecnologiche³⁴. Del resto, già alcuni dei settori di indagine giurimetrica apparivano idonei a riflettere interrogativi più profondi e ulteriori rispetto ad una semplice esigenza o modalità di raccolta, conservazione, elaborazione e rielaborazione di dati elettronici rilevanti per il diritto.

²⁸ R. CALASSO, *L’innominabile attuale*, Milano, 2017.

²⁹ P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, 121, 157.

³⁰ M. G. LOSANO, *Giuscibernetica: macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969.

³¹ V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1973.

³² S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

³³ Si veda anche G. DI FEDERICO, *L’uso di strumenti elettronici nell’amministrazione della giustizia*, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 1966/2, 626.

³⁴ M. LOSANO, *op.cit.*, 93 e 185.

A parte la citazione iniziale di Aurel David, che, parlando del suo libro su *Le cybernétique et l'humain*³⁵, afferma «questo libro sarà consacrato al rumore della caduta di buona parte dell'uomo nella materia ed al rumore che la materia fa penetrando impetuosamente nella nostra metafisica e nella nostra morale», Losano riprende, da un lato, le riflessioni di Lee Lovinger³⁶, secondo cui la definizione dei confini della giurimetria «di certo di modificherà ed estenderà, man mano che esperimenti ed esperienze risolveranno problemi specifici»; dall'altro, le preoccupazioni di Joseph J. Spengler³⁷ sul pericolo che l'elaboratore elettronico possa diventare uno strumento di ulteriore asservimento dell'individuo allo Stato, e di Walter Berns³⁸ sulla “equivoca neutralità valorativa” di tali possibilità tecnologiche³⁹.

Anche lo studio di Alfonso Masucci sull'atto amministrativo informatico⁴⁰ (siamo agli anni '90) si muoveva in questa logica adattiva e gradualistica, cioè capire come le nuove possibilità tecnologiche, e in particolare la digitalizzazione della P.A., avrebbero potuto riversarsi sugli schemi classici dell'atto amministrativo, a cominciare dal tema della discrezionalità e dei suoi differenti “gradi”.

Oggi lo scenario è completamente cambiato. L'evoluzione del *machine learning* ci pone di fronte ad un contesto in cui la tradizionale (per quanto progressivamente sofisticata) programmazione della macchina viene sostituita dalla sua ‘educazione’ ad imparare da sola⁴¹, e a trarre da ciò che impara, in modo sempre più autonomo⁴², conseguenze in termini di scelte, azioni, operazioni⁴³.

Baricco ricorda il caso di Alpha Go che ha battuto il campione mondiale (umano) di Go nel 2016⁴⁴: un *software* allenato facendogli memorizzare decine di milioni di partite e di mosse di quel gioco, ma appunto, «il bello iniziò quando i programmatori si misero a lavorare con reti neurali profonde (...) ottenendo un risultato che ha, questo sì, del favoloso: Alpha Go impara dagli umani ma poi fa di testa sua, inventa mosse che gli umani non hanno mai fatto, applica strategie che nessun umano aveva pensato...». Potremmo dire, con un incrocio di parole, che quando si arriva a questo punto, il gioco

³⁵ Paris, 1965, 30.

³⁶ L. LOVINGER, *Jurimetrics: the methodology of legal inquiry*, in *Jurimetrics*, London-New York, 1963, 8.

³⁷ J. J. SPENGLER, *Machine-Made Justice: Some Implications*, in *Jurimetrics*, London-New York, 1963, 44 ss.

³⁸ W. BERNS, *Law and behavioral science*, *ibid.*, 201 ss.

³⁹ I riferimenti bibliografici e le citazioni sono riprese da M. LOSANO, *Giuscibernetica*, cit. 93, e 101.

⁴⁰ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993.

⁴¹ L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze*, cit., 17.

⁴² Così spiazzando l'affermazione dei primi studiosi delle macchine (come Charles Babbage, nella prima metà dell'ottocento), riportata in J. BERNSTEIN, *Uomini e macchine intelligenti*, cit., 179, secondo cui «*La macchina analitica non ha la pretesa di creare alcunché di originale. Essa può fare tutto ciò che noi siamo in grado di ordinarle di fare*». Sempre J. BERNSTEIN (202) ricorda la frase di una conversazione tra McCarthy e Minsky, indicativa del vertiginoso livello di incertezza e di imprevedibilità che caratterizza gli scenari possibili di sviluppo della tecnologia dell'AI: «*Quando arriverà a quel punto, credo non sapremo più come lo fa*».

⁴³ Per una definizione di autonomia, nel senso che «*smarter systems ... develop and can perform tasks independently from human operators and without human control*», v. Statement, cit., 7.

⁴⁴ A. BARICCO, *The Game*, cit., 203. Anche M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, ed. it., Milano, 2018, 121, evidenzia che Alpha Go ha fatto una mossa molto creativa, «in contrasto con millenni di saggezza umana, che circa 50 mosse più tardi si è rivelata cruciale per sconfiggere Lee Sedol, leggenda del Go», aggiungendo significativamente questa riflessione: «*Perché è stata una cosa tanto importante per me personalmente? Be', ho confessato prima che considero intuizione e creatività due dei miei tratti umani fondamentali e, come adesso spiegherò, ho avuto la percezione che Alpha Go presentasse entrambi*».

non è semplicemente giocato, ma, a sua volta, “gioca”: per usare l’espressione di Hofstadter⁴⁵, la mente del programma si distingue da quella del suo programmatore⁴⁶.

Ma chi educa le macchine? Con quali norme etiche? Quali sono o possono essere i principi comuni in un tempo caratterizzato da un esasperato pluralismo etico? Come si può evitare o controllare il rischio di hackeraggio dei sistemi agenti autonomi?⁴⁷ Quale efficacia regolativa concreta conserva ancora il “codice” (cioè la legge autonoma della rete, la sua architettura normativa spontanea nella visione di Lessig) nel contesto dei “*self-learning systems*” e del “comportamento emergente” delle macchine e dei sistemi artificiali agenti?⁴⁸

Responsabilità, giustizia, salute, lavoro, *privacy*, decisione autonoma, sono solo alcuni dei punti di ricaduta sul diritto come esperienza (e tecnica di regolazione) sociale di questa complessa categoria dell’evoluzione tecnologica. Come si può vedere, si tratta di *assets* fondamentali del discorso giuridico; in questo senso, si è aperto ormai un campo di lavoro straordinariamente affascinante, in larga parte ancora da costruire e da esplorare, sullo sfondo del quale si colgono sfide etiche e sociali davvero molto intense e al tempo stesso incerte nell’esito, a maggior ragione se proviamo ad incrociare lo sviluppo di AI systems con altri temi anch’essi in forte movimento e certamente interconnessi, come biotecnologie, nanotecnologie, neuroscienze.

L’interesse del diritto per l’AI trova allora una giustificazione quasi “naturale”, intrinseca. Il diritto è, in una prospettiva realista, un prodotto di forze sociali⁴⁹, il riflesso di esigenze e problemi della vita sociale contemporanea; l’AI è ormai, e sempre più lo sarà, un elemento essenziale nella vita delle persone, nel sistema di relazioni sociali, che è proprio ciò che il diritto è chiamato a mediare con le sue regole e le sue risorse.

4. Segue: Macchine (sempre più) autonome e responsabilità

In secondo luogo, robots e sistemi di AI possono creare danni fisici o morali o economici con il loro comportamento⁵⁰, che sempre più diventa meno prevedibile o programmato⁵¹. Non è facile calcolare i possibili effetti negativi, i modi dell’interazione di questi sistemi con l’ambiente circostante e con gli interessi e le esigenze umane.

La questione non è solo quella delle *driverless cars* e delle scelte di autonomia “operativa” in situazioni eticamente complesse (si pensi al complicato “dilemma delle collisioni inevitabili”, di cui parlano Amoroso e Tamburrini nel loro contributo). L’uso militare dei sistemi di AI, e quindi la diffusione di

⁴⁵ In *Godel, Escher, Bach: un’eterna ghirlanda brillante*, trad. it., Milano, 1984, 655.

⁴⁶ Cfr. anche C. ACCOTO, *Il mondo dato*, cit., 71, secondo cui «la rivoluzione del machine learning arriverà ad automatizzare l’automazione, un’automazione al quadrato».

⁴⁷ Su quest’ultimo profilo, v. L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze*, cit., 13. Sui rischi del machine learning anche per la trasparenza degli ‘automated systems’, v. *Algorithms and Human Rights*, cit., 37-38.

⁴⁸ È la preoccupazione espressa da J. BALKIN, *The Path of Robotics Law*, 52.

⁴⁹ Lo ricorda, richiamando l’insegnamento di Oliver Wendell Holmes Jr., J. BALKIN, *The Path of Robotics Law*, in *California Law Review*, vol. 6, 2015, 46.

⁵⁰ R. CALO, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, in *California Law Review*, vol. 103, 2015, 513 ss., 515, 532.

⁵¹ R. CALO, *ulc*, parla di “emergent behavior”, per sottolineare l’incremento dei livelli di autonomia operativa dei sistemi robotici e di AI.

armi autonome⁵², mette sotto stress alcune fondamentali clausole generali del diritto internazionale umanitario, come il principio di distinzione (tra combattenti nemici e obiettivi militari da un lato, e popolazione civile e oggetti civili dall'altro), il principio di proporzionalità e quello di precauzione, a parte il profilo –segnalato sempre dai due autori prima richiamati– dell'incompatibilità con il principio della dignità umana della possibilità stessa che un agente artificiale possa adottare e mettere in pratica decisioni e comportamenti in grado di offendere la vita, l'integrità fisica, i beni di persone umane.

Ovviamente, quando si parla di responsabilità, danni, distribuzione dei diritti e degli obblighi legati a determinati comportamenti e scelte, siamo su un terreno usuale per il diritto come teoria e come scienza pratica che cerca di risolvere problemi, di regolare conflitti. Nondimeno, le categorie consolidate subiscono una pressione distorsiva notevole, non sembrano sempre adattabili; l'incrocio con la novità dei sistemi di AI lascia sul terreno fratture concettuali che faticano a comporsi.

Non è sempre facile definire *cosa* imputare *a chi*, capire *chi* e *come* è responsabile per i danni derivanti dalle decisioni o dalle operazioni di un *AI system*, o di un *AI agent*, in particolare quando l'azione presenta livelli elevati di autonomia⁵³ ovvero quando implica scelte e opzioni che hanno un contenuto e delle conseguenze moralmente apprezzabili o valutabili (si pensi al caso, prima richiamato della macchina a guida autonoma che viene a trovarsi in una situazione di incidente inevitabile, cd. *"lose-lose situation"*).

In questa ottica, non sembra molto rilevante ragionare sul tipo di autonomia che la macchina può esprimere. Non c'è dubbio che quella dei sistemi di AI sia, almeno allo stato, un'autonomia meramente "operazionale" (così si esprimono anche Tamburrini e Amoroso nel loro contributo), o "puramente tecnologica" (come afferma la Risoluzione del Parlamento europeo)⁵⁴. Il punto però è che c'è una decisione presa al di fuori di una sequenza programmatica controllata o almeno influenzata: e questa decisione può avere implicazioni che –fuori dal contesto AI– definiremmo morali.

Rispetto alla decisione algoritmica o dell'agente artificiale autonomo possono giocare una serie di fattori causativi o derivativi, e la catena di controllo sul modo di operare degli *algorithmic tools* non è sempre chiara e precisamente descrivibile nella distribuzione (tra programmatori, sviluppatori, *users*) di compiti e capacità di inferenza.

Insomma, possiamo concordare sulla necessità di un "meaningful Human Control", nel senso che «humans – and not computers and their algorithms – should ultimately remains in control»⁵⁵; ma non possiamo escludere che in alcune situazioni questo principio possa mostrare delle crepe.

⁵² Sulla robotica militare e sui droni come 'killing machines', v. altresì C. SALAZAR, *Umano, troppo umano ... o no? Robot, androidi e cyborg nel "mondo del diritto" (prime notazioni)*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2014, 273 ss.

⁵³ A. VENANZONI, *Intersezioni costituzionali – Internet e Intelligenze artificiali*, cit., 4, ricorda che nel marzo 2018, in Arizona, una *self-driving car* di Uber ha travolto e ucciso un pedone. Si tratterebbe, a quanto viene riferito, del primo incidente mortale causato da un'auto a guida autonoma.

⁵⁴ Anche per Statement, cit., 9, «*Autonomy in the etically relevant sense of the word can therefore only be attributed to human beings. It is therefore somewhat of a misnomer to apply the term 'autonomy' to mere artefacts, albeit very advanced complex adaptive or even 'intelligent' systems. (...) autonomy in its original sense is an important aspect of human dignity that ought not to be relativised*».

⁵⁵ Statement, cit., 10. Secondo questo documento, inoltre, «*moral responsibility, in whatever sense, cannot be allocated or shifted to 'autonomous' technology*».

Per gli *Automated vehicles*, com’è noto, la legge tedesca approvata l’anno scorso conferma lo schema della responsabilità del guidatore, che deve comunque essere presente sull’auto, pur potendo affidare in determinate situazioni, e temporaneamente, la conduzione del veicolo al sistema automatico. La normativa prevede l’obbligo di una ‘scatola nera’ che registri le informazioni relative alla guida in modo da rendere possibile una diversa ricostruzione delle responsabilità in caso di incidente, e un coinvolgimento del costruttore-produttore e/o del programmatore del sistema.

È una soluzione provvisoria. Come spiega molto bene R. Calo⁵⁶, «the story of robots and the law is only beginning, (...) and we will only understand the true impact of robots on American Law and legal institutions in the fulness of time».

Il problema che riusciamo adesso solo ad intuire è quello del “comportamento emergente”, vale a dire l’abilità di un sistema “autonomo” di comportarsi in «complex, unanticipated ways»⁵⁷. Quando il livello di autonomia di certe operazioni, e nello specifico della guida di veicoli su strada, diventerà più consistente e non strettamente riconducibile alla programmazione, bisognerà porsi il problema di come decide la macchina, di quali sono i criteri che orientano le sue scelte, e se è eticamente e giuridicamente ragionevole che ad essere responsabile sia sempre e solo l’operatore finale, vale a dire il proprietario o il guidatore del veicolo.

Probabilmente continuerà ad essere utilizzato lo schema della *liability* del proprietario/guidatore, temperato dalla possibilità di ricerca di difetti specifici di produzione o di programmazione. In fondo, il diritto può prendere le strade più semplici sul piano pratico, e questa indubbiamente lo è. Anche rispetto ad un veicolo con un grado di autonomia e di “*emergence*” crescente, l’acquisto e l’uso con la consapevolezza delle caratteristiche prima richiamate può fungere da giustificazione razionale dell’imputazione di responsabilità⁵⁸.

Analogamente, per gli AI *agents* o *systems* utilizzate da amministrazioni pubbliche, è normale che a rispondere di eventuali danni non previsti sia comunque il soggetto pubblico o l’Autorità ‘titolare’ della funzione ‘delegata’ ai (o svolta con la collaborazione dei) sistemi autonomi.

Il nodo vero, che mostra tutta la sua complessità nelle situazioni che abbiamo chiamato “lose-lose”, riguarda il profilo stesso del tipo di decisione che la macchina può assumere, e dei presupposti morali che possono supportarla. Possiamo assegnare al sistema “autonomo” dei criteri legali e morali di comportamento? O configurare degli algoritmi che incorporino questa dimensione etica o giuridica? Se sì, quali criteri possiamo o dobbiamo insegnare alla macchina?

⁵⁶ R. CALO, *Robots in American Law*, in E. HILGENDORF, U. SEIDEL (eds.), *Robotics, Autonomics, and Law*, Baden-Baden, 2017, 107-108.

⁵⁷ R. CALO, o.c., 103.

⁵⁸ La tesi invece dell’imputazione della responsabilità nel produttore del veicolo a guida autonoma, è avanzata e sostenuta da C. HOLDER, V. KHURANA, F. HARRISON, L. JACOBS, *Robotics and Law: key legal and regulatory implications of the robotic age*, I, in *Computer Law and Security Review*, 2016, 386. Nella Risoluzione del parlamento europeo del febbraio 2017, invece, si preferisce indicare un modello di distinzione/frammentazione della responsabilità, nel senso che «una volta individuati i soggetti responsabili in ultima istanza, la loro responsabilità dovrebbe essere proporzionale all’effettivo livello di istruzioni impartite al robot e al grado di autonomia di quest’ultimo, di modo che quanto maggiore è la capacità di apprendimento, o l’autonomia di un robot e quanto maggiore è la durata della formazione di un robot, tanto maggiore dovrebbe essere la responsabilità del suo formatore» (p. 56).

Invero, nelle situazioni in cui gli interessi in collisione (inevitabile) sono di livello gerarchicamente disomogeneo sul piano della valutazione etica e giuridica (la vita di una o più persone da un lato, beni materiali dall'altro), non sembrano esserci particolari problemi: il sacrificio del bene di minor valore è sicuramente la scelta più conforme ai valori fondamentali, sia sul piano etico che su quello giuridico⁵⁹.

Quando invece gli interessi hanno lo stesso peso assiologico, è complicato scegliere uno standard decisionale che possa essere eticamente condiviso.

L'approccio del minor numero non sembra invero applicabile quando in gioco c'è la vita delle persone. Ogni vita ha un valore incomparabile: non è scontato fare valutazioni quantitative, dire che la vita vale meno della vita di due persone, o che è possibile sacrificare una vita per salvarne altre in numero maggiore.

Possiamo dire che un soggetto che facesse questo non sarebbe punibile, ma non certamente che sia obbligato a farlo per non essere punito. Ad ogni modo è un criterio molto instabile e tutt'altro che "common". Potrebbe andare bene per il sistema americano, non per quello tedesco dove, come si ricorderà, il Tribunale Costituzionale nel 2006 ha dichiarato illegittima costituzionalmente, per violazione del principio della dignità umana, la norma dell'*Aviation Security Act* che prevedeva l'autorizzazione per le forze aeree tedesche ad abbattere aerei eventualmente caduti nelle mani di terroristi per impedire che siano usati come strumenti di attacco e di morte come è successo l'11 settembre negli USA⁶⁰.

Un altro criterio potrebbe essere quello della decisione affidata ad un "Random generator". In sostanza, la macchina sceglierebbe sulla base di un algoritmo assolutamente casuale, una sorta di lotteria, solo che la posta in gioco è la vita delle persone.

Apparentemente, è un meccanismo perfettamente neutrale, egualitario. Anch'esso presenta tuttavia, come è stato ben evidenziato, alcuni lati oscuri: ad esempio, quando la macchina si sposta dalla sua originale traiettoria potrebbe mettere a rischio un pedone che prima sarebbe stato al sicuro, e che non ha avuto alcun concorso nella configurazione della situazione di incidente inevitabile. In altre parole, il rischio viene riallocato e può coinvolgere altri soggetti rispetto a quelli inizialmente coinvolti⁶¹.

5. AI, diritto, diritti. Opportunità e problemi

L'impatto di questi sistemi e del loro funzionamento su molti diritti fondamentali in diversi settori – che vanno dalla giustizia penale, all'accesso al credito, ai servizi collegati alla salute, alle procedure di reclutamento e assunzione, all'accesso all'università, alla partecipazione politica – appare già ora molto consistente (e ancora di più mostra di poter essere in un futuro più o meno prossimo), sia in senso positivo, vale a dire in termini di opportunità e di chances⁶², sia in termini di possibili rischi e preoc-

⁵⁹ J. FELDLE, *Delicate decisions: legally compliant emergency algorithms for autonomous cars*, in E. HILGENDORF, U. SEIDEL (eds.), *Robotics, Autonomics, and Law*, cit., 199.

⁶⁰ Cfr. ancora J. FELDLE, *Delicate decisions*, cit., 200-201, nonché E. HILGENDORF, *Automated driving and the Law*, ivi, 190.

⁶¹ Per queste considerazioni, v. J. FELDLE, *Delicate decisions*, 203.

⁶² Ad esempio nelle procedure di scoring per l'accesso al credito bancario e finanziario; cfr. AIHR cit., 30 ss.

cupazioni⁶³. Non avrebbe molto senso polarizzare il dibattito tra sostenitori o oppositori degli sviluppi in tema di AI⁶⁴. Bisogna invece cercare di avvalersi dei benefici, minimizzando i rischi e le criticità che certamente ci sono⁶⁵.

I sistemi di AI saranno uno dei grandi blocchi dello sviluppo economico mondiale in questo secolo⁶⁶. La sfida è (e sarà) quella di orientare (o almeno di ridurre i contrasti di) questa nuova imponente evoluzione tecnologica ed economica rispetto ai principi di tutela della dignità e della sicurezza umana, e dei diritti fondamentali. Una sorta di attualizzazione del messaggio contenuto nel secondo comma del nostro art. 41 Cost., e più in generale in tutto il disegno costituzionale di società, fondato sulla centralità del lavoro.

Lo sviluppo della robotica e dei sistemi di AI avrà (sta già avendo) una serie di ricadute significative sul mercato del lavoro, sulla stessa sicurezza nei luoghi di lavoro in considerazione delle più diffuse occasioni di coesistenza e di interazione tra umani e agenti “artificiali”⁶⁷.

Non è solo questione di posti di lavoro che si perdono, e che in parte potranno essere compensati da nuove esigenze e da nuove opportunità occupazionali indotte proprio dall’evoluzione tecnologica nel senso dell’automazione⁶⁸.

La sfida dell’AI richiede un aggiornamento complessivo dei modelli di istruzione e formazione professionale, e un ripensamento di alcune strutture portanti del welfare. La «liberazione delle persone dalla monotonia del lavoro manuale» (per usare l’espressione della Risoluzione del Parlamento Europeo

⁶³ Cfr. AIHR, cit., 17 ss., dove si parla di un “AI’s multifaceted human rights impacts”, sottolineando altresì (a pag. 58) che «*the relationship between artificial intelligence and human rights is complex. A single Ai application can impact a panoply of civil, political, economic, social, and cultural rights, with simultaneous positive and negative impacts on the same right for different people*». Tornando all’esempio delle procedure di accesso al credito, non si può escludere, come è stato notato (AIHR, cit., 31) che «*AI-based decision-making algorithms in the financial sector will adversely impact the freedoms of opinion, expression, and association. In an era where all data is credit data, individuals may feel chilled from expressing certain points of view or associating with others, out of fear that an algorithm may use their behavior against them in the financial context*».

⁶⁴ Con grande acutezza, R. CALO, *Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap*, in *Univ. of California Law Rev.*, vol. 51, 2017, 431, spiega che «*devoting disproportionate attention and resources to the AI apocalypse has the potential to distract policymakers from addressing AI’s more immediate harms and challenges and could discourage investment in research on AI’s present social impacts*». Anche M. TEGMARK, *Vita 3.0*, 145, a proposito di giustizia ‘robotica’ o ‘algoritmica’, dice: «*Non si tratta di prendere una decisione del tipo ‘tutto o nulla’ in merito ai robogiudici, ma di una decisione sul grado e sulla velocità con cui vogliamo applicare l’IA nel nostro sistema legale*».

⁶⁵ Come scrive C. ACCOTO, *Il mondo dato*, cit., 57, «*il dubbio se si tratti di tecnologie assistive (a supporto di umani in difficoltà come bambini, anziani, malati), tecnologie aumentative (per accrescere le capacità umane oltre la loro massima espressione) o tecnologie sostitutive (con lo scopo di eliminare gli umani dall’espletamento di attività) è vivo più che mai*».

⁶⁶ Per R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, cit., 10, con l’IA siamo probabilmente di fronte a una nuova rivoluzione industriale, non assimilabile alle precedenti, che cambierà il modello stesso di sviluppo.

⁶⁷ Va detto che, come ha evidenziato ancora la Risoluzione del Parlamento Europeo del 2017, la robotica offre una serie di potenzialità per migliorare la sicurezza sul posto di lavoro mediante il trasferimento di alcuni compiti pericolosi e dannosi dagli esseri umani ai robot (par. 46).

⁶⁸ Come scrive ancora R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, cit., 15, «*è comunque ragionevole ritenere che determinati lavori e professioni vedranno una decrescita a causa dell’impiego dell’IA, altri invece emergeranno proprio in ragione di esso. Nessuno, verosimilmente, ne sarà completamente immune*».

sulla robotica) è una bella prospettiva, ma a patto di costruire un'alternativa fatta di tante cose concrete, come formazione delle nuove competenze richieste dallo sviluppo della robotica e dell'AI, nella scuola e durante la vita lavorativa, percorsi di reinserimento nel lavoro, reddito di cittadinanza o comunque strumenti compensativi per le situazioni di disoccupazione di lungo periodo. Altrimenti, diventa una strada a senso unico verso la perdita di senso della coesione sociale e, in definitiva, della democrazia⁶⁹.

I contributi qui raccolti evidenziano molto bene questa ambivalenza, di cui mostra piena consapevolezza lo stesso Norbert Wiener, uno dei "padri" della cibernetica. Scrive infatti il matematico statunitense: «Quelli fra noi che hanno contribuito alla nuova scienza della cibernetica si trovano così in una posizione morale a dir poco scomoda. Abbiamo contribuito alla nascita di una nuova scienza che, come ho detto, comporta sviluppi tecnici con grandi possibilità per il bene e per il male. Non possiamo fare altro che consegnarla al mondo che ci circonda, e questo è il mondo di Belsen e di Hiroshima. Non abbiamo neanche la scelta di arrestare questi nuovi sviluppi tecnici. Essi appartengono alla nostra epoca, e il massimo che riusciremmo ad ottenere cercando di sopprimerli sarebbe di metterli nelle mani dei più irresponsabili e venali dei nostri ingegneri. Il meglio che possiamo fare è agire in modo che un vasto pubblico comprenda le tendenze e gli aspetti di questo lavoro»⁷⁰.

6. Algoritmi e (rischi di) discriminazioni

L'impatto può essere asimmetrico sul piano sociale. Inoltre, in alcuni settori gli "AI systems" (o *agents*) possono perpetuare (anche indirettamente e involontariamente⁷¹) modelli e schemi discriminatori, incidendo in modo più severo e penalizzante nei confronti di gruppi minoritari e marginalizzati.

Una serie di studi evidenzia come *software* di previsione dei reati o di calcolo del recidivismo possono basarsi su informazioni che finiscono con l'alimentare una sorta di circolo vizioso, per cui alla fine, ad essere criminalizzata, è la povertà⁷².

E tutto questo in un contesto di opacità e di imperscrutabilità in cui non è facile capire quali sono i meccanismi di funzionamento di questi strumenti, le informazioni sulla base delle quali vengono poi prese o suggerite determinate decisioni.

⁶⁹ Cfr. le riflessioni di A. SCHIANCHI, M. FRANCHI, *Democrazia senza*, Parma, 2016.

⁷⁰ N. WIENER, *Cybernetics. Or Control and Communication in the Animal and the Machine*, MIT Press, Cambridge, 1948, 54.

⁷¹ Come sottolinea D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi*, Milano, 2016, 71, secondo cui «l'algoritmo non ha bisogno di avere un'intenzione discriminatoria per produrre quel genere di effetti discriminatori. Non contiene norme che gli chiedono di individuare le persone nere e le persone bianche. Si accontenta di lasciar fare alle regolarità statistiche che dicono che cognomi e nomi di persone nere sono statisticamente più spesso legati a clic verso ricerche sulle fedine penali. Lasciato a sé stesso, il calcolatore si basa sui comportamenti degli altri internauti e contribuisce, 'innocentemente', se così si può dire, alla riproduzione della struttura sociale, della disparità e delle discriminazioni». Analogamente, v. C. ACCOTO, *Il mondo dato*, cit., 67.

⁷² C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica*, Firenze-Milano, 2017, 135 e 143. Secondo questa A., «in un sistema del genere, le persone povere e di colore vengono punite principalmente per il fatto di essere quello che sono e vivere dove vivono».

Armi di distruzione matematica, le chiama Cathy O’Neil, e al di là dell’enfasi forse eccessiva della definizione, il problema reale è capire «se abbiamo eliminato il pregiudizio umano o l’abbiamo semplicemente camuffato con la tecnologia». Sta di fatto che alcune domande e informazioni che vengono sottoposte ai soggetti detenuti o anche semplicemente “fermati” in operazioni di controllo e prevenzione del crimine, possono condurre a risultati confermativi o reiterativi di quelle condizioni di debolezza e di difficoltà, alimentando così, più o meno inconsciamente, “un ciclo tossico” di pregiudizi e di parzialità, in cui, «anche se un modello nasce per non tener conto della razza, il risultato è esattamente quello. Nelle nostre città in cui, per la maggior parte, vige una sorta di segregazione razziale, la geografia è un dato che sostituisce perfettamente la razza».

Il problema è innanzitutto di programmazione e “design” dei modelli algoritmici; di come si configura quello che Lawrence Lessig chiama il “codice” del *cyberspace*⁷³, la sua architettura che al tempo stesso esprime una normatività autonoma⁷⁴; ma potrebbe non bastare nel mondo del “machine learning”, di fronte a sistemi che apprendono da soli e che prendono ‘autonomamente’ le informazioni di cui hanno bisogno nello sconfinato repertorio informativo del web⁷⁵.

Evidentemente, si pone un tema molto importante di formazione etica (e di promozione di una cultura della cooperazione e della trasparenza) dei programmatori e sviluppatori di *Ai systems* o *agents*, in modo da anticipare conflitti e distanze⁷⁶; e, al tempo stesso, di formazione tecnologica nelle facoltà giuridiche e negli uffici di supporto degli organi istituzionali e amministrativi⁷⁷.

Il diritto ha già conosciuto, e in qualche modo contrastato, le situazioni di discriminazione “indiretta” messe in campo da istituzioni, poteri economici, soggetti privati. Appare molto più complicato educare un algoritmo a perseguire logiche sostanziali di eguaglianza, a capire che in alcuni casi le condizioni di partenza sono storicamente squilibrate, e che hanno bisogno di misure di favore per impedire che le classi svantaggiate finiscano per l’esserlo ancora di più⁷⁸.

⁷³ Il riferimento è al saggio di L. LESSIG, *The Law of the Horse. What Cyberlaw might teach*, in *Harvard Law Rev.*, 1999, vol. 113, 501 ss.

⁷⁴ Con i connessi problemi di responsabilità dei *coders* e le criticità sul piano della trasparenza e dell’accountability; cfr. F. DE VANNA, *Diritto e nuove tecnologie*, cit., 392-393, 398.

⁷⁵ I rischi di un algoritmo “strutturalmente incostituzionale” perché discriminatorio sono sottolineati nel contributo di A. SIMONCINI, secondo cui «l’algoritmo predittivo è costruito su un set di dati che è già in partenza discriminatorio. È il principio noto tra i data scientists come GIGO –garbage in garbage out- per cui un algoritmo non può che riflettere la qualità dei dati su cui è costruito».

⁷⁶ Insiste molto su questo punto, nella sua visione della precauzione costituzionale, A. SIMONCINI, nel suo contributo.

⁷⁷ Così M. TEGMARK, *Vita 3.0*, 146. Anche per R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale*, cit., 27, «gli attori pubblici che si confrontano con l’IA dovranno essere preparati secondo una logica multidisciplinare e integrata».

⁷⁸ Su questi rischi di un uso discriminatorio degli algoritmi, che possono diventare “new modes of racial profiling”, v. S. UMOJA NOBLE, *Algorithms of Oppression. How Search Engines Reinforce Racism*, New York, 2018, 1 ss., 9, secondo cui «there are several cases that demonstrate how racism and sexism are part of the architecture and language of technology, an issue that needs attention and remediation». Di *algorithmic affirmative actions* parla il Report AIHR, cit., 18.

7. AI e processo. Quale spazio per la decisione algoritmica?

L'uso dei *AI systems* nel processo e nelle attività di *crime prevention* (in forte crescita⁷⁹) apre prospettive molto controverse.

Già Losano, nel suo lavoro del 1969, immaginava che la cibernetica potesse essere un fattore di eguaglianza, contro la creatività diseguale e opportunistica del bravo avvocato, l'astuzia che non tutti possono permettersi⁸⁰; e anche solo per il fatto di rendere il processo meno costoso e dunque più accessibile per tutti⁸¹.

La utilità della decisione giudiziaria "robotica" o "algoritmica" viene declinata soprattutto nel senso della rapidità e della oggettività (potremmo dire anche esattezza della decisione non condizionata da fattori "soggettivi", emozionali, di adeguatezza professionale delle parti e del giudice, finanche di pregiudizi legati al sesso o all'orientamento sessuale, alla razza, alla religione, alla nazionalità, ecc.).

La rapidità è sicuramente un aspetto importante del giusto processo⁸². Il principio della ragionevole durata dei processi esprime da tempo una rilevanza pienamente costituzionale (art. 111 Cost. art. 6 Convenzione EDU).

Ma il diritto e la giustizia sono solo questo? Sul piano dei principi costituzionali non è meno importante l'effettività e la pienezza del diritto alla difesa delle parti, la qualità della decisione giurisdizionale, la capacità del giudice di far emergere la irriducibile peculiarità dei fatti e di calibrare su di essi la decisione, in particolare (o almeno) quando "*at bar*" (per usare l'espressione del celebre libro di S. Jasanoff) arrivano questioni scientifiche o rivendicazioni concrete inedite, non classificabili statisticamente, difficili da collocare in una dimensione standardizzata.

È possibile ricondurre agli schemi astratti della computazione algoritmica la straordinaria varietà dei fatti che il diritto è chiamato a considerare (in modo ragionevole e con proporzionalità⁸³), le emozioni, le speranze, il problema della sua irripetibile (e talvolta drammatica) essenzialità che si pone davanti al giudice? In che misura è ipotizzabile, si chiede criticamente M. Luciani⁸⁴, la decisione che risolve con certezza geometrica le questioni di diritto, come ipotizzava Leibniz?

Decidere sulla pericolosità o recuperabilità sociale di un soggetto, se il rischio di recidivismo debba prevalere sulla concessione di una misura di libertà (vigilata o condizionale), può essere affidato (e fino a che punto o misura) ad un meccanismo automatizzato, basato sul trattamento algoritmico di informazioni, precedenti, dati personali o di contesto, che magari possono riflettere una serie di condi-

⁷⁹ Come rileva il Rapporto *Algorithms and Human Rights*, preparato da una Commissione di esperti del Consiglio d'Europa (marzo 2018: il titolo completo è "*Study on the Human Rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications*"), 10.

⁸⁰ M. G. LOSANO, *Giuscibernetica*, cit., 22.

⁸¹ M. TEGMARK, *Vita 3.0*, cit., 144.

⁸² In termini, v. M. LUCIANI, *La decisione*, cit., 4. Aggiunge peraltro M. TEGMARK, *Vita 3.0*, u.l.c., che «*i robogudici potrebbero essere copiati, poiché consisterebbero di poco più che software, consentendo l'esame di tutti i casi pendenti in parallelo anziché in serie*», e questo certamente avrebbe effetti positivi sulla tempestività della risposta giurisdizionale.

⁸³ Lo ricorda F. DE VANNA, *Diritto e nuove tecnologie: il nodo (controverso) della regolazione giuridica*, cit., 391. Molto acuta appare questa riflessione interrogativa ancora di M. TEGMARK, *Vita 3.0*: «*Se gli accusati vogliono sapere perché sono stati condannati, non dovrebbero avere diritto a una risposta migliore che 'abbiamo addestrato il sistema su una grande quantità di dati, e questo è quel che ha deciso?'*».

⁸⁴ M. LUCIANI, *La decisione*, cit., 11, e 23.

zioni in se potenzialmente sfavorevoli e tali da riproporre esiti sostanzialmente confermativi, e perciò discriminatori⁸⁵?

Sono domande che lasciano molti dubbi, anche sulla accettabilità sociale di alcune conseguenze. Massimo Luciani parla, a proposito della decisione giudiziaria robotica, di “effetti di sistema profondi”, ad esempio in termini di vera e propria trasfigurazione di elementi come la difesa tecnica, le argomentazioni dell’avvocato, i ricorsi, la motivazione della decisione giudiziaria⁸⁶.

Molti dei contributi qui pubblicati si confrontano con il complicato rapporto tra AI e struttura del processo (in particolare i saggi di Quattrococo e Simoncini). Il luogo “critico” di questa riflessione è soprattutto il processo penale: del resto, nessun altro sotto-sistema istituzionale ha un impatto potenzialmente più pesante su diritti umani fondamentali, come la libertà personale, il diritto alla sicurezza, la dignità umana, il diritto ad un giusto processo e a non essere considerati colpevoli fino a che non venga accertata la propria responsabilità (nella nostra Costituzione ‘definitivamente’), il diritto del condannato a sperare nella rieducazione e nel reinserimento sociale.

Il *leading case* è il caso Loomis, nel quale la Supreme Court del Wisconsin (confermando la decisione della Corte di grado inferiore) ha legittimato l’uso del software Compas per valutare il rischio di recidiva del condannato, e ha ritenuto rispettato il principio costituzionale del due process, sulla base del fatto che «although the circuit court mentioned the Compas risk assessment, it was not determinative in deciding whether Loomis should be incarcerated, the severity of sentence, or whether he could be supervised safely and effectively in the community».

In altre parole, come rileva Simoncini, l’algoritmo è stato solo uno degli strumenti a disposizione del Giudice per esercitare la sua discrezionalità, ed è servito a supportare e completare altri elementi di valutazione.

Tutto risolto? L’affermazione del principio di ‘non esclusività’ della decisione algoritmica è idoneo a prevenire ogni possibile abuso?

Di sicuro, deve essere un punto fermo, e bene fa il Regolamento europeo a rimarcarlo. È necessario mantenere la natura strumentale, di ausilio, delle tecniche di AI rispetto all’attività del Giudice. Il Giudice è soggetto soltanto alla legge, dice la Costituzione: e questo significa, tra le altre cose, che la legge può essere ‘affiancata’, orientata nell’applicazione da strumenti ulteriori, ma non sostituita mettendo il Giudice di fronte ad automatismi applicativi dipendenti dall’esito di procedure algoritmiche, per quanto alimentate e ‘allenate’ dai dati dei precedenti giurisprudenziali⁸⁷.

Il problema tuttavia, è quello che Simoncini chiama “la travolgente forza pratica dell’algoritmo”: «un indubbio plusvalore pratico connesso alle scelte suggerite automaticamente (dal sistema, dall’algoritmo, dalla profilazione automatica), rispetto alla quale ci si può discostare, ma a patto di impegnarsi in un notevole sforzo (e rischio) valutativo».

⁸⁵ Per questa preoccupazione, v. ora AIHR cit., 21, che richiama una decisione della Corte Suprema del Canada, nel caso Ewert c. Canada del 13/6/2018, secondo cui «*the use of the assessments may overestimate the risk they pose, continue to cause discrimination, and contribute to unfair prison sentences for Indigenous offenders*», sebbene quest’ultima sia relativa agli strumenti psicologici di *risk assessment*.

⁸⁶ M. LUCIANI, *o.u.c.*, 24-25.

⁸⁷ M. LUCIANI, *La decisione*, cit., 30, afferma: «*Per essere chiari: se devo scegliere qualcuno di cui non fidarmi, personalmente, scelgo il giudice. E scelgo che sia un essere umano. Umano e consapevole dell’importanza, certo, ma anche dei limiti, della sua funzione*».

La motivazione si conferma allora il cuore delle garanzie costituzionali del processo e della stessa imparzialità del Giudice (ma considerazioni analoghe possono essere fatte anche nei procedimenti amministrativi, come mostra ancora Simoncini nel caso della mobilità degli insegnanti ai sensi della l. 107/2015). Ancora di più nella “società algoritmica” che si va profilando; un modo necessario per bilanciare la tendenziale inconoscibilità dei criteri di funzionamenti di questi sistemi “smarter”, e degli eventuali errori⁸⁸.

8. Privacy e altre garanzie nel trattamento algoritmico dei dati

Come si è detto in precedenza, i dati sono tutto nel “nuovo mondo” dell’AI.

I sistemi di AI, la capacità degli algoritmi di generare risposte, “predizioni”, informazioni, dipendono dalla generazione, collezione, raccolta, analisi e uso di una gigantesca quantità di dati, che riguarderanno le nostre condizioni di salute, le nostre preferenze di consumatori, le opinioni personali e politiche espresse sui social, foto, precedenti giudiziari o di rapporti con le banche e molte altre informazioni ancora. Come si legge nel Report AIHR⁸⁹, «Much of the data that fuels AI systems will either be personally identified, or rife with the possibility of being re-identified using an algorithm in the event that was anonymized».

Le implicazioni per la privacy sono evidenti⁹⁰, non solo come difesa della sfera di intimità e di riservatezza di ciascun soggetto, ma prestando grande attenzione all’esigenza di evitare o diminuire il rischio di un uso discriminatorio di queste informazioni, ad esempio sul piano del diritto al lavoro, dei contratti assicurativi, della stessa procedura penale.

Il recente Regolamento europeo relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (GDPR), sebbene non direttamente (cioè con riferimento specifico ai sistemi di AI), comincia a porre qualche paletto importante.

Si pensi all’art. 22, che afferma il principio secondo cui «L’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

Sempre il GDPR, al considerando (71), nel confermare il principio prima ricordato, prevede che, qualora trattamenti automatizzati siano previsti e autorizzati, «tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all’interessato e il diritto di ottenere l’intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione»⁹¹.

⁸⁸ Cfr. P. ZELLINI, *La dittatura*, cit., 136.

⁸⁹ AIHR, cit., 18.

⁹⁰ Scrive A. BARICCO, *The Game*, cit., 239, «la violazione della privacy pare sistematica, e sembra essere il prezzo da pagare per i servizi che quei player (sta parlando di Google, Facebook, Amazon, Apple) ci mettono a disposizione gratuitamente. A quanto pare la regola è questa: quando è gratis, quello che stanno veramente vendendo sei tu».

⁹¹ Per A. SIMONCINI, cit., 15, «ottenere una spiegazione esprime un *quid pluris* rispetto al diritto ad avere informazioni rilevanti sulla logica della decisione».

Inoltre, in tema di profilazione, «è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell’interessato e che impedisca tra l’altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell’origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell’appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell’orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti».

Si tratta di ipotesi problematiche e diritti su cui ora insiste anche la Toronto Declaration intitolata *Protecting the right to equality and non-discrimination in machine learning systems*, documento promosso tra gli altri da Amnesty International, e aperto alla firma dal 16 maggio 2018.

Nel Preambolo viene apertamente riconosciuto il carattere ambiguo di queste nuove tecnologie, «the potential for machine learning and related systems to be used to promote human rights, but are increasingly concerned about the capability of such systems to facilitate intentional or inadvertent discrimination against certain individuals or groups of people. [...] In a world of machine learning systems, who will bear accountability for harming human rights?».

Vengono segnalate in questo senso alcune opportune metodiche di controllo e di monitoraggio che dovrebbero essere regolate e adottate sul piano normativo. In particolare, si legge nella Declaration: «i) Subjecting systems to live, regular tests and audits; interrogating markers of success for bias and self-fulfilling feedback loops; and ensuring holistic independent reviews of systems in the context of human rights harms in a live environment; ii) Disclosing known limitations of the system in question – for example, noting measures of confidence, known failure scenarios and appropriate limitations of use; iii) Ensure transparency and accountability around public sector use of machine learning systems. This must include explainability and intelligibility in the use of these technologies so that the impact on affected individuals and groups can be effectively scrutinised by independent entities, responsibilities established, and actors held to account».

In questa ottica, gli Stati dovrebbero pubblicizzare i settori di utilizzo del *machine learning* nella sfera pubblica; informare in modo chiaro e accessibile in che modo si perviene a realizzare processi decisionali basati su meccanismi “automatizzati” e di *machine learning*; documentare le azioni e le misure adottate per identificare e correggere (o almeno ridimensionare) gli impatti discriminatori o pregiudizievoli per i diritti (*rights-harming impacts*); evitare l’uso di cd. *black box systems* che non sono assoggettabili ad adeguati standards di trasparenza e *accountability*, soprattutto in contesti ad alto rischio per diritti e interessi fondamentali delle persone⁹².

L’impatto trasformativo (e forse rivoluzionario) sul piano sociale dello sviluppo di AI systems richiede infine che la società nella sua interezza sia preparata e coinvolta, attraverso una corretta e costante informazione, nella progressiva implementazione di questi strumenti tecnologici nell’attività istituzionale e nella vita quotidiana⁹³.

⁹² Sottolinea che il GDPR incoraggia e promuove una sorta di “right of an explanation” con riferimento ai sistemi algoritmici, AIHR cit., 54 ss.

⁹³ R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale*, cit., 23.

9. AI, algoritmi e “società dell’anticipazione”. Problemi del processo democratico

Le potenzialità del mondo algoritmico si riversano – e non sempre ne siamo perfettamente consapevoli – sulle nostre preferenze e opzioni comportamentali, le anticipano, o forse sarebbe meglio dire che le dettano o le costruiscono⁹⁴, combinando machine learning, big data, scienza comportamentale, tecniche di *nudging*⁹⁵; come scrive D. Cardon⁹⁶, «gli algoritmi nascono da un desiderio di autonomia e libertà. Tuttavia contribuiscono anche ad assoggettare l’internauta a quella strada calcolata, efficace, automatica, che si adatta ai nostri desideri regolandosi, in segreto, sul traffico altrui».

Quanto siamo liberi di scegliere cosa comprare, ma anche (e qui diventa un delicato problema di democrazia) cosa votare o come pensare? Qual è il confine tra ciò che chiediamo al software e ciò che ci viene indicato di chiedere?⁹⁷.

Sul piano costituzionalistico in particolare, non può non attirare la nostra attenzione il rischio di *microtargeting* degli elettori.

Può influenzare, e in che termini le nostre opinioni politiche? Può incidere in qualche modo sulla nostra decisione di andare a votare oppure no? Può collocarci più o meno inconsapevolmente in gruppi di condivisione di idee e di posizioni politiche (le “*filter bubbles*” e le “*echo chambers*” di cui parla, nel suo interessante contributo, M. Fasan)?⁹⁸

Quale impatto può avere tutto questo sulla democrazia elettorale dove a volte poche centinaia di voti possono determinare, tanto per fare un esempio reale non molto lontano nel tempo, l’elezione del Presidente americano? Il caso Cambridge Analytica è lì a dirci che queste preoccupazioni sono qualcosa in più di una semplice fantasia⁹⁹.

⁹⁴ C. ACCOTO, *Il mondo dato*, cit., 86-87, parla di una “società dell’anticipazione”, di una vera e propria «*vocazione precognitiva delle tecnologie del XXI secolo, una spinta al tempo anticipato che è operazionalizzato da sensori e nuove tecnologie di processamento dei dati raccolti grazie all’intelligenza artificiale*» (cfr. anche 95-96).

⁹⁵ Cfr. lo Statement on Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems, cit., 8.

⁹⁶ In *Che cosa sognano gli algoritmi?*, Milano, 2016, 90. Vedi anche L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze*, cit., 21, secondo cui «*i consumatori (chi non lo è) sono gli utili idioti dell’IA. Alimentiamo la macchina digitale di domani, senza esserne consapevoli*».

⁹⁷ Secondo M. HILDEBRANDT, *Smart technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham, 2015, 11, «*ambienti intelligenti anticipatori cominciano a trasformare il nostro rapporto con gli artefatti. A un certo punto, diventeremo consapevoli del fatto che siamo guardati e anticipati dalle macchine e che dovremo capire come l’infrastruttura ci legge e con chi scambia questa conoscenza di noi e delle nostre preferenze (e dei rischi che questo incorpora)*».

⁹⁸ Cfr. C. O’NEIL, *Armi di distruzione matematica*, cit., 267 ss., secondo cui il moderno consumer marketing offre ai politici nuove strade per raggiungere elettori specifici a cui raccontare quello che vogliono sentirsi dire. Alla fine, «*queste tecnologie possono posizionare ciascuno di noi nella nostra accogliente nicchia politica*».

⁹⁹ In un’intervista del 4 marzo scorso, Giovanni Buttarelli, dal 2014 al vertice dell’European Data Protection Supervisor, l’authority europea che si occupa della protezione dei dati personali dei cittadini dell’Unione, ha evidenziato la sussistenza di rischi di profilazione degli utenti a scopi elettorali anche in vista del prossimo voto per le Europee. «*Tutto quello che facciamo online lascia delle tracce – ha spiegato Buttarelli – queste informazioni sono raccolte da soggetti commerciali che poi le vanno a rivendere ai partiti politici per lanciare messaggi mirati a fasce di elettorato*».

Più in generale, il rischio è quello di un impoverimento del dibattito pubblico e democratico¹⁰⁰: nessuno dialoga più con gli altri, se non con quelli che condividono le proprie posizioni¹⁰¹. Il pluralismo delle opinioni non scompare, ma tuttavia viene costretto in una dimensione reciprocamente chiusa, rigida, mentre il vero pluralismo ha bisogno di mobilità delle opinioni, di disponibilità ad ascoltare le ragioni degli altri, e a farsene eventualmente convincere.

Più che di libertà di manifestazione del pensiero, in discussione è la stessa libertà di pensiero, e il suo presupposto, vale a dire una corretta e consapevole informazione.

L’esperienza del politico virtuale (SAM) in Nuova Zelanda, al quale è dedicato il saggio di F. Pacini, è in realtà una sorta di *warning* sui rischi della democrazia rappresentativa di fronte all’idea di una politica che diventa –come scrive acutamente questo A.- “pura amministrazione del consenso”, un consenso registrato quotidianamente secondo logiche di prevalenza, con modalità che sembrano idonee ad assecondare un’evoluzione tecnologica del populismo.

La saldatura tra questi due processi (disintermediazione e radicalizzazione del confronto delle opinioni) può diventare un mix letale per la tenuta dei sistemi democratici, che rischia di trasfigurare la partecipazione dei cittadini alla vita politica, economica, sociale del Paese, che è lo scopo fondamentale del progetto costituzionale di eguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma, Cost.), in uno scontro tra ‘blocchi’ di dati che i governanti di turno possono utilizzare più o meno opportunisticamente.

Fortunatamente non ci sono solo questi scenari distopici, e francamente inquietanti (almeno per chi ha conosciuto la democrazia costruita sulla fatica della rappresentanza e della discussione pubblica, pur con tutte le sue imperfezioni e distorsioni).

Va detto che i sistemi di AI potrebbero certamente costituire uno strumento valido per valutare (anche preventivamente) il livello di fattibilità delle leggi e degli atti normativi, migliorando così la qualità delle decisioni. Guardando poi più avanti nel tempo (quanto, è difficile prevedere), in alcuni settori le modalità di funzionamento dei sistemi di AI potrebbero configurarsi tout court come “norme auto-applicative”, capaci di prevenire i comportamenti *contra legem*, semplicemente evitando o bloccando preventivamente la loro commissione¹⁰², o adattando i margini di azione al contesto. J. Susskind, in *Future Politics*, fa l’esempio dei limiti di velocità per chi guida, che potrebbero essere implementati direttamente dal software della vettura, magari tenendo conto delle circostanze ambientali, persino degli eventuali precedenti “infortunistici” del conducente, e così via.

¹⁰⁰ Di «*fragmentation of the public sphere, ... that favour only certain types of news outlets, thereby enhancing levels of polarisation in society which can seriously jeopardise social cohesion*», parla il report *Algorithms and Human Rights*, cit., 17.

¹⁰¹ A. BARICCO, *The Game*, 213 ss., parla di un ‘individualismo di massa’, aggiungendo questa riflessione: «*L’individualismo è sempre, per definizione, una postura contro: è sedimento di una ribellione, ha la pretesa di generare un’anomalia, rifiuta di camminare nel gregge e cammina in solitudine in controsenso. Ma quando milioni di persone si mettono a camminare in controsenso, qual è il senso giusto della strada?*».

¹⁰² J. SUSSKIND, *Future Politics. Living together in a World transformed by Tech*, Oxford University Press, 2018.

10. L'interrogativo "intrattabile". Ci sarà una soggettività per gli AI systems o agents?

Concludo queste mie brevi riflessioni su AI e diritto con la domanda più 'estrema', quasi indicibile, e che tuttavia non si può eludere, a prescindere dal grado di attualità e di maturità tecnologica dei suoi presupposti¹⁰³.

Chi sono questi AI systems o agents? Ed è chiaro che già l'uso del "chi" e non del "cosa", è una provocazione¹⁰⁴.

È possibile immaginare una personalità legale per questi "sistemi agenti", man mano che acquisiranno e dimostreranno sempre maggiore autonomia (pur nei termini prima delineati) nello svolgere le loro funzioni intellettive e operative, e nel prendere scelte che possono avere una dimensione morale (si pensi ancora al dilemma delle collisioni inevitabili, prima richiamato)¹⁰⁵? Quale regime giuridico possiamo assegnare alle opere dell'ingegno prodotte da una AI?¹⁰⁶

Anche nella Risoluzione del Parlamento Europeo sulla robotica, si usa questa categoria concettuale ("sistemi agenti"), che è una sorta di via di mezzo tra "soggetti" e "oggetti"¹⁰⁷. E l'esigenza, in quel documento, non è solo teorica o speculativa (sebbene si tratti di un documento di *soft law*): il problema è come distribuire la responsabilità civile per i danni causati dai robots.

¹⁰³ Correttamente, B. BISOL, A. CARNEVALE, F. LUCIVERO, *Diritti umani, valori e nuove tecnologie. Il caso dell'etica della robotica in Europa*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, vol. 2, n. 1/2014, 250, affermano che «da un punto di vista scientifico ed epistemologico la riflessione sociale non può essere limitata all'esistente. Avremmo eliminato buona parte della realtà. Reale, infatti, non è solo ciò che si può fare ma è anche ciò che è possibile. Il fattibile e il possibile hanno infatti due campi semantici che non sempre coincidono. Relegare la riflessione etica al realismo dei fatti è, di fatto, limitante. [...] La criticità etica dei robot, perciò, riguarda anche ciò che essi rappresentano per l'essere umano in termini di immaginazione e di possibilità».

¹⁰⁴ Cfr. scrive B. ROMANO, nella Prefazione a A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine*, cit., X, secondo cui se la libertà è la «parola iniziante, capace dello scegliersi nell'originalità del futuro», con riferimento alla macchina manca proprio il "chi" di questa parola iniziante, e le operazioni della macchina sono «l'esecuzione asoggettiva di un programma senza il chi. [...] non si riesce a descrivere un giudizio giuridico che riguardi una macchina o un vivente non umano, estranei all'esercizio della libertà e quindi ad ogni presentarsi di elementi del fenomeno diritto».

¹⁰⁵ C. ACCOTO, *Il mondo dato*, cit., 76 ss., ricorda che al MIT stanno lavorando proprio su una piattaforma chiamata "the Moral Machine", con riferimento specifico alle macchine a guida autonoma, aggiungendo che «stiamo andando verso una intelligenza artificiale che è chiamata ad interagire in modi tradizionalmente riservati alla socialità umana (che diventa socialità artificiale come le macchine che non solo auto-imparano, ma che, per esempio, insegnano anche ad altre macchine). Nel fare questo, l'AI [...] sta ponendo così le basi per una profonda ridefinizione proprio del nostro concetto umano di esperienza».

¹⁰⁶ Il problema è avanzato da J. BALKIN, *The Path*, cit., 58, secondo cui «courts might treat AI-produced art as a 'work for hire' in order to minimize changes to existing copyright law». Intanto, l'estate scorsa la stampa di tutto il mondo ha dato la notizia che la famosa casa d'asta Christie's ha battuto un quadro 'generato/creato' da un sistema algoritmico, alimentato da migliaia di ritratti analoghi al 'soggetto' che era stato assegnato, vale a dire un uomo del XVII secolo. Il 'Ritratto di Edmond Belamy' è stato battuto per 432.000 dollari.

¹⁰⁷ Secondo A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, in questa Rivista, «la Risoluzione comprende che stiamo andando verso un modello in cui sarà sempre più difficoltoso legare le attività delle macchine a quella di un singolo responsabile umano. Per cui va individuata una imputabilità autonoma».

La sensazione è effettivamente che questo incedere incalzante di una “macchinalità” che simula le manifestazioni dell’umanità, come l’intelligenza, «tend to blur the line between person and instrument»¹⁰⁸.

Questa è sicuramente una sfida enorme per il diritto, e per le sue definizioni teoriche. L’orizzonte problematico che si apre appare davvero sconfinato, e forse incontenibile all’interno di concetti che comunque – per quanto evoluti e rinnovati – pur sempre partono o si riconducono al registro dell’esperienza umana.

Non a caso vengono proposte nuove parole, che non sembrano un semplice adattamento del linguaggio al *novum* digitale: si parla di soggettività ‘elementale’, come «nuova dimensione di presenza e di azione introdotta dalle reti sensoriali, digitali e artificiali e dalle loro dinamiche operanti a livelli e scale che sono al contempo, sopra e sotto la dimensione dell’umano», o “data-driven” cioè guidate e potenziate dai dati; di “agentività”, come termine più adatto a considerare «entità che agiscono nel mondo, ma senza che abbiano di necessità le caratteristiche che, di norma, assegniamo all’azione intenzionale umana»¹⁰⁹; di “nuove attorialità”, cioè «dei soggetti sintetici e del loro peso relazionale, del modo cioè in cui essi modificano il contesto ambientale in cui l’uomo è calato»¹¹⁰.

La soggettività giuridica, in fondo, è (almeno in parte) una invenzione/estensione del pensiero umano¹¹¹, una delle forme di manifestazione della capacità adattiva del diritto alle esigenze pratiche poste dalle dinamiche sociali, scientifiche, culturali. L’uso di “finzioni” per aggirare le barriere della soggettività naturalisticamente intesa, è un’operazione tutt’altro che rara, e comunque in molti casi praticata e accettata, nella dimensione giuridico-normativa.

D’altronde, il diritto può scegliere di trattare qualcosa in un modo o in un altro anche per semplici ragioni di opportunità, anche se le tessere del mosaico teorico di riferimento non combaciano perfettamente.

Mi piace ricordare che uno dei primi a porre questo problema in un bellissimo saggio del 1992 è stato proprio Lawrence Solum, che è tra gli autori di questo focus tematico (con il contributo *Artificially Intelligent Law*)¹¹². La domanda iniziale del saggio era proprio «Could an artificial intelligence become a legal person?». Una domanda (in quel momento, cioè 27 anni fa) solo teorica, avvertiva l’A., fondata

¹⁰⁸ Così R. CALO, *Robotics in American Law*, cit., 107, secondo cui «a robot is an artifact, but one holding special fascination and significance», aggiungendo altresì che «we will only understand the true impact of robots in American Law and legal institutions in the fullness of time».

¹⁰⁹ Vedi, anche per le espressioni riportate tra virgolette, C. ACCOTO, *Il mondo dato*, cit., 93 ss., secondo cui «in una prospettiva elementale, la soggettività deve essere ripensata e riconcettualizzata in quanto non più individuabile come prerogativa privilegiata di attori umani singoli. [...] Dobbiamo anche abbandonare le facili dicotomie tra umano e non umano e cominciare a pensare a un umano come una delle possibili declinazioni o concretizzazioni della soggettività elementale».

¹¹⁰ Vedi A. VENANZONI, *Intersezioni costituzionali*, cit., 17 e 20, che parla di «innovazioni tecnologiche che non si presentano più come meri oggetti strumentali di cui servirsi ma come elementi soggettivizzati capaci di porre in essere proprie volizioni o comunque azioni destinati a riverberarsi relazionalmente sugli individui e sui gruppi sociali».

¹¹¹ Afferma D. SIVADON, *Macchine reti desiderio*, in F. BERARDI/BIFO (a cura di), *Cibernauti. Tecnologia, comunicazione, democrazia. Elementi di psiconautica*, Roma, 1994, 76, «Nulla dunque di meno naturale che la soggettività. Nulla di più costruito, di più elaborato, lavorato».

¹¹² Il saggio a cui si è fatto riferimento nel testo è L. B. SOLUM, *Legal Personhood for artificial intelligences*, in *North Carolina Law Review*, n. 4/1992, 1231 ss.

sul presupposto che la natura dell'intelligenza umana è computazionale, che la mente può essere modellata alla stregua di un programma che gira su un computer, e che le ricerche in tema di AI tentano proprio di sviluppare questi modelli.

Una premessa, come si è visto, non da tutti condivisa. Nella coscienza umana (con tutte le difficoltà e le incertezze nel definire cosa si voglia davvero intendere con questo termine e se esista un solo modo di declinare la 'coscienza'¹¹³), secondo molte ricostruzioni, giocano un ruolo fondamentale i sentimenti, le emozioni, i nostri corpi in movimento (la cd. "situadness"). Come scrive S. Hustvedt, «ragionare non consiste in un semplice calcolo logico, ma comporta delle emozioni»¹¹⁴.

Le riflessioni della Hustvedt riprendono e sviluppano l'elaborazione teorica di A. Damasio. Per Damasio «gli organismi viventi sono costruiti secondo algoritmi¹¹⁵ e li usano per far funzionare le loro macchine genetiche, ma non sono essi stessi algoritmi. (...) Non sono linee di codice di un linguaggio di programmazione ma materia palpabile¹¹⁶». L'importanza di un corpo, come si è detto, di un substrato fisico-biologico che sostiene il processo fondamentale di regolazione della vita, secondo Damasio: vale a dire l'omeostasi. Omeostasi – sentimenti – valori – sistemi morali: questa è la sequenza che definisce la coscienza e l'intelligenza umana, la sua irriducibile unicità¹¹⁷. Diversamente, secondo Damasio, «l'intelligenza di cui danno prova quei programmi è spettacolare, ma non ha molto in comune con i processi mentali umani»¹¹⁸.

Nondimeno, il lavoro continua nei laboratori di ricerca proprio sulla simulazione delle reazioni emotive. Non possiamo escludere che in futuro avremo robots sempre più capaci di replicare o di offrire qualche prova di emotività. Probabilmente non saranno mai la realtà, ma solo un suo modello sem-

¹¹³ Sulla difficoltà di definire la coscienza, e di costruire su questo concetto un argomento per escludere la soggettività/personalità dei sistemi di AI, v. L. B. SOLUM, *Legal Personhood*, cit., 1264-1266, il quale, rimanendo dentro la sua premessa teorica sulla struttura computazionale della mente, afferma: «*If consciousness is a computation property of the brain, then in principle we ought to be able to reproduce it with the right sort of comuter. Putting it another way, we can get consciousness out of neurons. Why not transistors?*».

¹¹⁴ S. HUSTVEDT, *Le illusioni della certezza*, cit., 168. La stessa A. sostiene che «*i cervelli sono anche nei corpi, che a loro volta sono nel mondo. (...) Noi animali ingeriamo il mondo in molti modi, quando mangiamo, mastichiamo, respiriamo. Assorbiamo il mondo con occhi, orecchie e naso, lo assaggiamo con la lingua e ne sperimentiamo la consistenza sulla pelle. (...) Questi processi natutali sono separabili dai nostri pensieri e dalle nostre parole? (...) Non aveva forse ragione Turing quando diceva che questo modello (cioè iol modello puramente computazionale) escludeva il sesso, il cibo e lo sport e molto di quello che conta nelle nostre vite? E questa non si può forse considerare una lacuna del modello?*». Al contrario, almeno allo stato delle conoscenze attuali, «la macchina non fa alcuna esperienza».

¹¹⁵ E fin qui sembrerebbe esserci un'assonanza tra questa riflessione di Damasio e un passaggio molto famoso di R. DAWKINS, *L'orologio cieco. Creazione o evoluzione?*, trad. it., Milano, 2016, 160, secondo cui «*se si vuol comprendere la vita, non si pensi a gel e fanghi vibranti, palpitanti, bensì alle tecnologie dell'informazione*».

¹¹⁶ Anche secondo G. M. EDELMAN, *Sulla materia della mente*, cit., 293, «il cervello non è un calcolatore e ... il mondo non è così univocamente specificato da poter agire come un insieme di istruzioni».

¹¹⁷ A. DAMASIO, *Lo strano ordine delle cose*, Milano, 2018, 233, secondo cui «*i valori che le nostre culture celebrano sotto forma di opere d'arte, credenze religiose, sistemi di giustizia e buon governo sono stati plasmati sulla base dei sentimenti. Se eliminassimo l'attuale substrato chimico della sofferenza e del suo contrario, il piacere e il benessere, elimineremmo il fondamento naturale dei nostri sistemi morali*».

¹¹⁸ O.u.c., 237. Aggiunge DAMASIO che «*essi (vale a dire i sistemi di AI) sono puramente cognitivi e del tutto privi di affetti; questo significa che le loro menti intelligenti non passano attraverso le tappe intellettuali che caratterizzano la mente umana, non conoscono l'interazione con i sentimenti rievocati, con i sentimenti che accompagnano il nostro presente e con i sentimenti legati alla nostra visione del futuro*».

pre più perfezionato e “ravvicinato” all’originale¹¹⁹. Ma sarà davvero questo un discrimine ancora netto e valido, dal punto di vista del diritto e della considerazione sociale, di fronte allo sviluppo delle condizioni di interattività tra esseri umani e agenti artificiali, e dalla capacità di fare cose intelligenti di questi ultimi? In altre parole, il fatto che l’intelligenza artificiale non sarà mai uguale (in termini “qualitativi”) a quella umana¹²⁰, che l’autonomia operativa di tali sistemi resterà priva di una percezione mentale (*id est*, di una “esperienza”) dei valori morali implicati in determinate scelte, costituirà sempre una differenza chiara ed insuperabile sul profilo della qualificazione giuridica di questi “oggetti-agenti”, come se la soggettività non possa essere un concetto differenziato e plurale?

Torniamo al lavoro di Solum. Era molto problematico, denso di riferimenti all’uso di altre *legal fictions* o di zone grigie con riferimento alla personalità giuridica. È vero che il diritto ha spesso “inventato” maschere della soggettività, allargando progressivamente, rispetto alla persona fisica capace di intendere e di volere, l’area del rilevante moralmente (e giuridicamente): pensiamo solo al concepito, agli animali, agli alberi nel celebre lavoro di Christopher Stone¹²¹, più in generale (guardando ad oggi) potremmo aggiungere il clima, le cose della natura (recentemente un fiume in Nuova Zelanda). Non solo quindi figure che alla fine sono proiezioni (o “anticipazioni”) della persona naturale e della vita umana, come le società, le generazioni future, il concepito, forse gli stessi animali in quanto esseri senzienti; ma anche cose, oggetti della natura, risorse dell’ecosistema, legate alla natura umana essenzialmente da un rapporto di necessaria contestualità, nel senso che rappresentano pezzi dello scenario in cui scorre la vita degli esseri umani.

Voglio citare alcuni passaggi della conclusione di quello che Solum stesso chiamò un ‘esperimento di pensiero’ che ci avrebbe portato oltre le nostre intuizioni e i nostri giudizi consolidati: «An answer to the question whether artificial intelligences should be granted some form of legal personhood cannot be given until our form of life gives the question urgency. But when our daily encounters with artificial intelligence do raise the question of personhood, they may change our perspective about how the question is to be answered. [...] in a modern, pluralist society, the disagreement about ultimate questions is profound and persistent. Resolution of hard cases in the political and judicial spheres requires the use of public reason. We have no realistic alternative but to seek principled compromise based on our shared heritage of toleration and respect».

Da questa eredità provengono obiezioni effettivamente forti alla possibilità di riconoscere una personalità legale agli AI systems. Solum stesso ammette che questa prospettiva «must be located in the indefinite future» (ma, appunto, era ancora il 1992)¹²²; ciò nonostante, non è un buon motivo per

¹¹⁹ S. HUSTVEDT, o.u.c., 182.

¹²⁰ Cfr., sul punto, ancora G. M. EDELMAN, *Sulla materia della mente*, cit., 346-351, secondo il quale «*Che i calcolatori effettuino operazioni logiche è indiscutibile; il guaio è che la logica da sola non rappresenta il pensiero più di quanto gli eventi fisici del sommare due numeri su un pallottoliere assomiglino a ciò che succede nel cervello di un matematico quando esegue dei calcoli o quando crea. (...)*». Per K. KELLY, *The Myth of A Superhuman AI*, in <https://blockchannel.com/>, 25 aprile 2017, l’intelligenza ha tante possibili manifestazioni; «*Tra cent’anni, il termine intelligenza sarà come il termine neve per un eschimese. Avremo altri cento modi di descriverla per distinguere le sue varietà*».

¹²¹ C. D. STONE, *Does Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment* (1972), ripubblicato da Oxford University Press, 2010.

¹²² Analogamente, parla di “potential long-term concerns”, il Report DEG, cit., 12-13.

non parlarne e per non confrontarsi con l'asprezza e la complessità (teorica e pratica) dei problemi che pone¹²³.

Solum riassume così le tre obiezioni: 1. *Als are not humans*¹²⁴; 2. *The Missing-Something Argument*, e cioè i sistemi di AI non hanno caratteristiche come coscienza, intenzionalità, emozioni, interessi propri, la cd. "aboutness"; 3. *Als ought to be property*, sono artefatti, il prodotto del lavoro umano¹²⁵.

Come si può vedere, esse sono il precipitato di una lunga tradizione giuridica, e contengono molto di vero e di intuitivo, si riferiscono a concezioni radicate sul piano sociale e culturale. Tuttavia, sono argomenti che rischiano di reggersi l'uno sull'altro, di apparire quasi 'autoreferenziali', e ad ogni modo 'provvisori', cioè legati al contesto attuale delle possibilità tecnologiche in tema di AI.

Ma tra 20, 30, 50 anni, o forse prima? L'argomento della mancanza di coscienza o di sentimenti sarà davvero sempre inattingibile man mano che le ricerche e gli sviluppi sugli AI agents o systems riusciranno a raggiungere livelli più elevati di 'replicazione' dei comportamenti (e degli atteggiamenti) umani? La prima obiezione poi non ha impedito di pensare e di riconoscere normativamente una qualche forma di personalità legale a "entities" sicuramente non umane (come cose della natura, clima, animali) o 'non ancora' umane (generazioni future, soprattutto se le guardiamo alla luce del famoso paradosso della 'non identità' di Derek Parfit¹²⁶).

Infine, l'argomento della proprietà è il meno 'stabile' di tutti, o comunque appare in diversi modi aggirabile. Scrive Solum: «First, slaves can be emancipated. If we concede that Als come into the world as property, it does not mean that they must remain so. Second, even slaves (ovviamente è un ragionamento paradossale, perchè tale condizione almeno oggi è in se, e radicalmente, anti- costituzionale) can have constitutional rights, be those rights ever so poor as compared to the rights of free persons»¹²⁷. In altre parole, si potrebbe pensare di riconoscere ad un AI anche un set minimale di contenuti della libertà e dell'eguaglianza; la personalità, in una situazione limite come quella evocata, potrebbe essere 'graduata', differenziata, secondo logiche diverse da quella "tutto o niente". Peraltro, la questione (qui solo accennata in via introduttiva, e che certo merita ben altro approfondimento) ha un suo risvolto, o meglio un punto rovesciato di osservazione.

Il modo giuridico di considerare robots e sistemi di AI sarà inevitabilmente condizionato dalle molteplici interazioni che questi 'artefatti' tecnologici avranno con gli esseri umani in vari settori, alcuni dei quali con forti implicazioni relazionali ed emotive (pensiamo al campo della salute, dell'assistenza alle persone vulnerabili, come anziani e disabili, alla possibilità, pare ancora lontana nel tempo, di sexbots).

Ryan Calo parla di «social valence», e Jack Balkin di «substitution effect». In altri termini, incontrare (e interagire con) robots e AI agents sul proprio cammino della vita può portare a proiettare sugli

¹²³ Invece, per G. M. EDELMAN, *Sulla materia della mente*, cit., 304, la risposta all'interrogativo se «è possibile costruire un artefatto dotato di coscienza?» è: «*si, in linea di principio, ma la soluzione dei problemi pratici che la creazione di una coscienza di ordine superiore comporta è talmente al di là da venire che è inutile preoccuparsene per il momento*» (va detto che anche Edelman scrive nel 1992).

¹²⁴ Per L. B. SOLUM, o.c., 1259, «this argument suggests that our very concept of person is inextricably linked to our experience of a human life».

¹²⁵ O.u.c., 1258 ss. Seguendo questa obiezione, rileva Solum, «*Als should never be more than the property of their makers. Put differently, the objection is that artificial intelligence, even if persons, are natural slaves*».

¹²⁶ D. PARFIT, *Ragioni e persone*, trad. it., Milano, 1984, 462 ss., 447-448, 482.

¹²⁷ O.u.c., 1279.

stessi emozioni, desideri, responsabilità, obiettivi in modo analogo a quanto avviene ad esempio per gli animali; a maggior ragione se questi ‘artefatti’ saranno sempre più in grado di mimare in modo efficace le condizioni sensomotorie che costituiscono l’elemento essenziale dell’esperienza umana. Questo “effetto”, secondo Balkin, «may be incomplete, contextual, unstable, and, above all, opportunistic. People may treat robot as a person (or animal) for some purposes and as an object for others»¹²⁸. In ogni caso però, questo fenomeno può senz’altro avere qualche riflesso sulla sistemazione giuridica di tali “tools/subjects”, sulla loro considerazione/qualificazione in termini culturali e sociali¹²⁹.

Mi rendo conto che non ho dato risposte. Ma sono convinto che non sia ancora il momento di facili conclusioni sui diritti delle macchine (addirittura il diritto di voto per Ray Kurzweil) o –al contrario– sulla impossibilità logica (*ora e sempre*) di pensare ad una soggettività ‘artificiale’. Adesso è il momento di porsi degli interrogativi, di formulare ipotesi, di cominciare a testare su queste ipotesi le categorie razionali e argomentative che il diritto ci ha messo (o può metterci) a disposizione.

Ci aspetta un lungo cammino: come dice R. Calo, «Robotics today is in the midst of a sea change, advancing at a breakneck pace. The field is headed toward a Cambrian explosion, referring to the great speed of the field’s evolution and diversification»¹³⁰. Il riferimento al Cambriano è suggestivo ed evocativo; è, in sé, un abbozzo di riflessione, il segno di una consapevolezza. Un ‘mistero’, lo definì lo stesso Darwin, una combinazione ‘inaspettata’ di progresso e contingenza, qualcosa di imprevedibile, almeno a priori, che tuttavia si è rivelato fondamentale per la comparsa di Homo sapiens sulla scena della biodiversità¹³¹.

Paragonare allora lo stato attuale delle ricerche e delle applicazioni in tema di AI ai “mari del Cambriano” è una metafora al tempo stesso affascinante e inquietante; significa stiamo percorrendo sentieri davvero incogniti, e che non tutto può essere oggi previsto e definito oggi. Sarebbe un peccato di presunzione, una semplificazione inutile.

11. Prime (e provvisorie...) conclusioni. Il diritto di fronte ad una sfida radicale e non temporanea

Insomma, per concludere, il compito che attende il diritto di fronte agli scenari inediti (talvolta finanche “impensabili”) delineati dallo sviluppo delle tecniche e dei sistemi di AI, appare effettivamente e

¹²⁸ J. BALKIN, *The Path of Robotics Law*, cit., 56-58. Per un ragionamento simile, v. L. B. SOLUM, *Legal Personhood*, cit., 1286. Con riguardo a tale preoccupazione vi è chi propone che «l’ampiezza dell’utilizzo dell’IA in una determinata professione dovrebbe essere inversamente proporzionale al valore del coefficiente di umanità che lo svolgimento di quella professione richiede: quanto più alto sia questo valore, tanto più l’IA dovrà avere un ruolo meramente strumentale» (così R. Angelini, *Intelligenza artificiale*, cit., 21).

¹²⁹ Secondo L. B. SOLUM, *Legal Personhood*, cit., 1260, se immaginiamo un mondo in cui «we interact frequently with AIs that possess human qualities, but lack any semblance of human biology (...), our concept of a person may change in a way that creates a cleavage between human and person». Non a caso, il progetto Robolaw prevedeva una serie di vincoli tra cui il divieto di costruire robot con fattezze indistinguibili dagli esseri umani, e il divieto di utilizzare i robot umanoidi in chiave sostitutiva delle persone nei legami affettivi: v. C. SALAZAR, *Umano, troppo umano*, cit., 262.

¹³⁰ R. CALO, *Robotics*, cit., 108.

¹³¹ Per queste considerazioni, v. lo splendido libro di T. PIEVANI, *La vita inaspettata*, Milano, 2011, 51 ss.

radicalmente “trasformativo”¹³². Stiamo parlando di un processo che mette in gioco domande fondamentali sul futuro dell’umanità, sul “tipo di mondo (che si) desidera creare ed abitare”.

Nel farci queste domande, che non possono essere semplicemente evitate o negate (non avrebbe molto senso), dobbiamo essere coscienti che il tema ha una portata “intertemporale”, sia nel senso che l’AI non sarà una fase passeggera nell’evoluzione tecnologica, ma un modo irreversibile di ridefinire le forme della nostra esistenza; sia nel senso che quello che decidiamo o consentiamo oggi avrà un impatto anche sulle generazioni che verranno dopo di noi, *ora* e *domani*.

Simoncini propone nel suo contributo un modello di “precauzione costituzionale”. In altri contesti, ho insistito anch’io sulla necessità del diritto di assumere un’impronta intergenerazionale come connotato di razionalità delle sue manifestazioni. Non tanto un “diritto della paura” (secondo la celebre espressione di Cass Sunstein¹³³), quanto un diritto che sente il dovere di pensare al futuro, di renderlo possibile, di mantenere nel tempo le condizioni essenziali della convivenza umana; un diritto che ha colto l’enorme forza trasformativa dell’agire umano, e che “responsabilmente” e “ragionevolmente” si preoccupa e si fa carico delle conseguenze nel tempo delle decisioni di oggi e dei problemi che è chiamato a regolare¹³⁴.

L’AI è sicuramente uno dei temi che appartengono alla *intergenerational issue*¹³⁵.

In questo senso, nel rapporto tra AI e diritto quello del diritto non è uno sguardo neutro, “da nessun luogo”¹³⁶, a meno di non volersi arrendere alla visione pessimistica e nichilista di un diritto come vuota forma, “senza destinazione: che va e va, ma non sa ‘perché e ‘verso dove’ muova”¹³⁷: ci sono principi, consolidazioni, esperienze, a cominciare da quelli che si riannodano al linguaggio costituzionale, e ai suoi contenuti fondamentali, come pure (per noi) ai valori rilanciati dalle strutture normative europee (pensiamo soprattutto alla Carta dei diritti fondamentali dell’UE¹³⁸).

Certo, il tema è globale e non può che essere affrontato in una dimensione che superi i confini del diritto statale (ma anche di un diritto di dimensioni sovranazionali ma limitate come può essere quello europeo).

Forse, la prima sfida per il diritto (e per il diritto costituzionale in particolare) è proprio questa, ed è il tratto dominante di quasi tutte le nuove emergenti *issues* del nostro tempo, come ad esempio le implicazioni del *climate change*, i dilemmi della genetica.

¹³² Cfr. ancora L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze*, cit., 289: «la neurorivoluzione che si sta sviluppando davanti ai nostri occhi va ben oltre il problema del lavoro. Non è nemmeno una questione economica, né prima di tutto una questione politica. Mette in discussione gli esseri umani in quelle che sono le loro caratteristiche più intime e preziose».

¹³³ C. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, trad. it., Bologna, 2010.

¹³⁴ Sia consentito il rinvio a A. D’ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. IX, Milano 2016, 332 ss., part. 336, 356 ss.

¹³⁵ Cfr. S. PRATESI, *Generazioni future? Una sfida per i diritti umani*, Torino, 2007, 29 ss., 59 ss.; e T. SERRA, *L’uomo programmato*, Torino, 2003, 36, secondo la quale «occorre cominciare a preoccuparsi non solo della domanda ‘quale mondo per l’uomo di domani?’, ma anche dell’altra, ancora più complessa, ‘quale uomo per il mondo di domani?’».

¹³⁶ L’espressione riportata nel testo è di C. SALAZAR, *Umano, troppo umano*, cit., 266/267.

¹³⁷ Vedi N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari-Roma, 2004, 8.

¹³⁸ Per B. BISOL, A. CARNEVALE, F. LUCIVERO, *Diritti umani, valori e nuove tecnologie*, cit., 235, nel dibattito europeo su scienza e tecnologia, la Carta dei diritti fondamentali dell’UE può rappresentare un punto di riferimento molto significativo.

In un articolo del 1960, intitolato *Man-Computer Symbiosis*¹³⁹, uno dei padri dell’informatica, Joseph Licklider, nell’immaginare quelli che sarebbero stati i progressi delle macchine alla fine non riusciva a dare scadenze temporali sicure per questi progressi (parlava di 15, 20, 500 anni); aggiungeva però che questi anni, gli anni dello sviluppo dell’IA, sarebbero stati i più creativi ed eccitanti nella storia dell’umanità.

Su questa consapevolezza, che porta con sé anche un certo brivido come tutto ciò che non è interamente prevedibile, io vorrei chiudere richiamando una riflessione di Pietro Piovani, con la quale A. Punzi chiude il suo lavoro sull’ordine giuridico delle macchine¹⁴⁰.

In un saggio del 1967, *Salus a Machina*¹⁴¹, esprimeva un auspicio; che cioè, dal *timor machinae*, possa svilupparsi un *initium sapientiae*, un nuovo itinerario civile della razionalità. Così concludeva Piovani: «L’involontaria pedagogia della macchina esorta alla radicalizzazione elementare del principio della vita: alla fine (letteralmente alla fine) può essere la macchina a rimettere in moto, con la sua semplificazione radicale, il congegno della coscienza. La sua potenzialità distruttiva è forse la più valida potenza sotterrica per l’umanità novecentesca. Se, grazie alla macchina scatenata, l’uomo imparerà di nuovo a tremare (nel senso, come a me piace intendere, di ragionare, ripensare...), sarà salvo».

¹³⁹ In *IRE Transactions on Human Factors in Electronics*, vol. HFE-1, march 1960.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, 405.

¹⁴¹ P. PIOVANI, *Salus a machina*, in *Ethica. Rassegna di filosofia morale*, 1967, 1, 44-45.

I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?

*Daniele Amoroso e Guglielmo Tamburrini**

INCREASINGLY AUTONOMOUS ROBOTIC SYSTEMS BETWEEN ETHICS AND LAW: WHAT ROLE FOR HUMAN CONTROL?

ABSTRACT: To be counted as operationally autonomous relative to the execution of some given task, a robotic system must be capable of performing that task without any human intervention after its activation. Recent progress in the fields of robotics and AI has paved the way to robots autonomously performing tasks that may significantly affect individual and collective interests, which are deemed as worthy of protection from both ethical and legal perspectives. The present contribution provides an overview of ensuing normative problems and identifies some ethically and legally grounded solutions to them. To this end, three case studies will be more closely scrutinized, i.e. increasingly autonomous weapons systems, vehicles, and surgical robots. These case studies are used to illustrate, respectively, the preliminary problem of whether we want to grant certain forms of autonomy to robotic systems, the problem of selecting appropriate ethical policies to control the behavior of autonomous robotic systems, and the problem of how to retain responsibility for misdoings of autonomous robotic systems. The analysis of these case studies brings out the key role played by human control in ethical and legal problem-solving strategies concerning the operational autonomy of robotic and AI systems.

KEYWORDS: autonomous weapons systems; self-driving cars; surgical robots; deontological ethics and consequentialism; international law

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'autonomia dei sistemi robotici come "autonomia operativa" – 3. L'(in)accettabilità etica e giuridica dell'autonomia nei sistemi robotici: il dibattito sulle armi autonome – 4. Come disciplinare l'autonomia operativa in situazioni eticamente e giuridicamente complesse: veicoli autonomi e collisioni inevitabili – 5. Autonomia delle macchine e responsabilità (professionale) umana: il caso dei robot chirurgici – 6. Conclusioni.

* *Daniele Amoroso: Professore associato di Diritto Internazionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Cagliari. Mail: daniele.amoroso@unica.it. Guglielmo Tamburrini: Professore ordinario di Logica e Filosofia della scienza, Dipartimento di Ingegneria elettrica e delle Tecnologie dell'Informazione, Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: guglielmo.tamburrini@unina.it. Benché il presente lavoro sia il frutto di una riflessione congiunta dei due Autori, i paragrafi 3 e 4 sono da attribuire a Daniele Amoroso ed i restanti a Guglielmo Tamburrini. Il lavoro di ricerca sui temi trattati in questo articolo è stato parzialmente sostenuto dal progetto PRIN 2015_TM24JS. Contributo sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.*

1. Introduzione

L'espressione "sistema robotico autonomo" si riferisce genericamente a quei sistemi robotici che, una volta attivati, sono in grado di svolgere determinati compiti senza alcun ulteriore intervento da parte dell'operatore/utente umano. La rapida progressione che negli ultimi anni ha caratterizzato la ricerca in ambito robotico¹ ha reso tecnicamente possibile il compimento, da parte di tali sistemi, di attività suscettibili di incidere in modo significativo su posizioni individuali o collettive giuridicamente protette, o comunque considerate meritevoli di tutela sulla base di un giudizio etico. I casi più noti sono rappresentati dall'uso della forza letale da parte dei cd. sistemi d'arma autonomi e dalla circolazione dei veicoli autonomi, ma gli esempi potrebbero essere numerosi: si pensi ai robot chirurgici e a vari sistemi robotici per l'assistenza.² Questo stato di cose ha creato le condizioni per un forte rilancio della riflessione sulle implicazioni etico-giuridiche della robotica e dell'intelligenza artificiale (IA), che si è spinta ben oltre i circoli accademici e specialistici, entrando nel dibattito politico³ e ricevendo una notevole copertura mediatica.⁴ Senza disconoscere la specificità dei problemi posti da ciascuna tecnologia, è possibile individuare alcune questioni che, seppure con diversa intensità, interessano trasversalmente i sistemi robotici autonomi. Anzitutto, vi è il discorso relativo all'opportunità – se non addirittura all'obbligo – di sostituire l'operatore/utente umano con macchine autonome, quando le prestazioni di queste ultime garantiscano una migliore protezione degli interessi in gioco (ad es. riducendo gli incidenti in strada, in sala operatoria o – *mutatis mutandis* – sul campo di battaglia). In una prospettiva opposta, va poi richiamata la discussione sul (presunto) diritto fondamentale a che decisioni suscettibili di incidere su posizioni individuali di particolare pregnanza sul piano etico-giuridico (*in primis*, il diritto alla vita e all'integrità fisica) siano prese da un essere umano e non da un agente robotico. Infine, nei casi in cui la sostituzione uomo-macchina sia ritenuta accettabile, occorre stabilire come regolamentare il comportamento dei sistemi robotici di fronte a problemi eticamente e giuridicamente complessi e come incardinare un rapporto di responsabilità in caso di eventi dannosi causati dalla macchina.

¹ B. SICILIANO e O. KHATIB (a cura di), *Handbook of Robotics*, Berlino-Heidelberg, II ed., 2016.

² Su quest'ultima, che non sarà oggetto di analisi, v. M. DECKER, *Caregiving robots and ethical reflection: the perspective of interdisciplinary technology assessment*, in *AI & Society*, 22(3), 2008, 315-330.

³ Si vedano, solo per fare alcuni esempi, i lavori della Commissione sull'Intelligenza artificiale della *House of Lords* britannica, consultabili su: www.parliament.uk/ai-committee (ultima consultazione 7/02/2019); la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)); il Parere "Sviluppi della Robotica e della Roboetica" del 17 luglio 2017, elaborato da un gruppo di lavoro misto costituito dal Comitato Nazionale per la Bioetica e dal Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e la Scienza della Vita, entrambi istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri italiana (reperibile al seguente indirizzo: <http://presidenza.governo.it/biotecnologie/documenti/Robotica-misto%20CNB-CNBBSV-17lug17-IT.pdf> (ultima consultazione 7/02/2019)).

⁴ Per farsene un'idea è sufficiente consultare i siti web dei quotidiani italiani più popolari. V., ad esempio, *La guida autonoma alla conquista della fiducia dei pedoni*, in www.repubblica.it, 26 gennaio 2019 (ultima consultazione 7/02/2019); G. CORBELLINI, *Se il robot è meglio del medico*, in www.ilsole24ore.com, 9 luglio 2018 (ultima consultazione 7/02/2019); M. GAGGI, *La guerra dei robot: armi senza soldati e killer automatici*, in www.corriere.it, 15 aprile 2018 (ultima consultazione 7/02/2019).

Per orientarsi in questa discussione, appare utile ricordare sinteticamente le due principali famiglie di teorie dell'etica normativa, quella consequenzialista e quella deontologica, anche in ragione dell'indubbia influenza da esse esercitata nell'analisi delle questioni rilevanti per la roboetica (e quindi per un diritto della robotica eticamente orientato). Il consequenzialismo valuta la moralità di una determinata scelta esclusivamente alla luce della bontà delle conseguenze che ne derivano. Si inseriscono in questo solco, ad esempio, gli argomenti che promuovono l'introduzione di forme avanzate di autonomia in ragione delle migliori *prestazioni* raggiunte dai sistemi robotici a salvaguardia del benessere degli utenti. L'etica deontologica si focalizza, invece, sui doveri morali come guida per l'azione e come parametro di giudizio del valore morale delle scelte individuali e collettive. Si pensi, a questo proposito, all'assunto secondo cui certe attività "sensibili" sotto il profilo etico-giuridico debbano necessariamente essere condotte da esseri umani.

È ben noto che i principi dell'etica deontologica e dell'etica consequenzialista possono occasionalmente entrare in conflitto tra loro. Come vedremo, il perseguimento del benessere collettivo potrebbe motivare, da una prospettiva consequenzialista, la concessione di una maggiore autonomia al sistema robotico, secondo modalità che confliggono, almeno *prima facie*, con l'imperativo deontologico di riservare agli esseri umani lo svolgimento di alcune attività eticamente sensibili. Sarebbe tuttavia un errore applicare meccanicamente tale distinzione al fine di aggiudicare in una direzione o nell'altra i problemi morali posti dai sistemi robotici autonomi. Per affrontare efficacemente questi problemi, infatti, è necessaria un'indagine approfondita sulle norme morali rilevanti, che ne offra un'interpretazione contestuale, immaginandone l'applicazione in scenari concreti. L'esito di questa indagine può ben consistere nel raggiungimento di soluzioni di compromesso, pervenendo per questa via a proposte articolate di risoluzione dei conflitti morali da incorporare in strumenti (o interpretazioni) giuridicamente vincolanti.

Su queste premesse, il presente scritto intende offrire una visione d'insieme (ancorché necessariamente parziale) delle problematiche sollevate dai sistemi robotici autonomi e suggerire alcune possibili soluzioni. A questo scopo, dopo un breve chiarimento sulla nozione di autonomia rilevante ai fini della nostra indagine (par. 2), ci si soffermerà su tre casi di studio: i sistemi d'arma autonomi (par. 3), i veicoli autonomi (par. 4) e i robot chirurgici (par. 5). La discussione di questi casi, infatti, ci consentirà di illustrare – rispettivamente – il tema dell'accettabilità etica e giuridica dell'autonomia dei sistemi robotici, il problema della definizione delle regole di comportamento del sistema autonomo e la questione della responsabilità per eventi dannosi causati da agenti artificiali. Essa farà emergere, inoltre, la centralità del controllo umano nelle strategie di soluzione dei problemi etico-giuridici nel campo della robotica e dell'IA (par. 6).

2. L'autonomia dei sistemi robotici come "autonomia operativa"

È bene sgombrare subito il campo da una possibile fonte di confusione derivante dall'uso prevalente che si fa della parola "autonomia" nel linguaggio giuridico e nella filosofia morale. Le definizioni di ciò che in quegli ambiti si dice "autonomia personale" non sono utili per delimitare i sistemi robotici autonomi, poiché si attribuisce tale autonomia solo a entità che sono consapevoli di sé e del mondo circostante, e delle quali si presuppone la capacità di essere liberi e di agire in base a intenzioni proprie.

Nessun dispositivo che si possa realisticamente prefigurare in base alle conoscenze scientifiche e ingegneristiche correnti soddisfa tutte le condizioni per essere considerato un'entità genuinamente autonoma in questa accezione. Se ciò possa accadere in un orizzonte futuro indeterminato, e cioè in un tempo futuro non prevedibile sulla base degli attuali sviluppi scientifici e tecnologici, è questione concettualmente rilevante, ma di nessun interesse ai fini del problema morale e giuridico che si pone *oggi*, e con ben diversa urgenza, in relazione ai sistemi autonomi già esistenti o tecnologicamente imminenti che considereremo nei prossimi paragrafi.

Come accennato nel paragrafo introduttivo, la nozione di autonomia che impiegheremo in questo scritto è quella di "autonomia operativa", vale a dire relativa allo svolgimento di un determinato compito. In questa prospettiva, pertanto, un sistema robotico può essere definito "autonomo" in base alla sua capacità di eseguire un dato compito senza richiedere alcun intervento da parte degli esseri umani. I dispositivi tecnologici che godono in questo senso di autonomia operativa formano una classe ampia ed eterogenea, poiché il repertorio dei compiti comprende tanto attività complesse, quali la navigazione stradale dei veicoli autonomi o l'esecuzione di un'operazione chirurgica, quanto compiti che consideriamo molto più semplici dalla prospettiva della loro eseguibilità da parte di agenti artificiali, come ad esempio il controllo dell'accensione e dello spegnimento di una caldaia da parte di un termostato.

Nella classe dei sistemi che godono di autonomia operativa, dunque, confluiscono sia dispositivi nati dall'integrazione di componenti funzionali dotati di capacità percettive, cognitive e di coordinamento sensorimotorio, che si collocano alla confluenza della ricerca avanzata nei settori dell'IA e della robotica, sia sistemi semplici basati su tecnologie meno complesse e già sviluppate da tempo. Se è vero che l'indicazione di esempi paradigmatici dell'una e dell'altra categoria è piuttosto agevole, molto più difficile è individuare criteri generali e più precisi atti a distinguere, in modo univoco, la "parte alta" di questa classe da quella "bassa"⁵ – una difficoltà, questa, che è figlia in ultima analisi della relativa vaghezza che caratterizza le descrizioni stesse dei domini d'indagine e degli scopi della robotica e dell'IA. Poco interessa in questa sede, tuttavia, il problema di demarcare con precisione alcune sotto-classi dell'ampia ed eterogenea classe dei sistemi robotici che godono di autonomia operativa. A rilevare, piuttosto, è la novità dei problemi etico-giuridici sollevati da alcuni di questi sistemi, la quale è legata allo svolgimento di compiti che richiedono capacità percettive, cognitive e di giudizio complesse, che fino a poco tempo fa erano di esclusiva pertinenza degli esseri umani. È chiaro, dunque, che stiamo guardando alla "parte alta" dell'insieme dei sistemi dotati di autonomia operativa, la cui realizzazione è resa oggi possibile *dalla confluenza delle tecnologie più avanzate dell'IA e della robotica*.

⁵ Per una discussione delle varie impostazioni al problema dell'autonomia, v. il saggio di G. SARTOR e A.OMICINI, *The autonomy of technological systems and responsibilities for their use*, in N. BHUTA et al., *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Cambridge, 2016, 39-74.

3. L'(in)accettabilità etica e giuridica dell'autonomia nei sistemi robotici: il dibattito sulle armi autonome

Secondo una definizione elaborata dal Dipartimento della difesa statunitense, e che pare destinata a consolidarsi nella prassi internazionale, le armi autonome sono quelle armi che, una volta attivate, sono in grado di identificare, selezionare ed ingaggiare un obiettivo senza ulteriore intervento umano.⁶ Negli ultimi anni, la comunità internazionale – su impulso della società civile⁷ – ha avviato un dibattito sulla loro legalità ed accettabilità etica, che ha visto coinvolti Stati, ONG ed organizzazioni internazionali, prevalentemente nella cornice istituzionale della cd. Convenzione sulle armi convenzionali⁸, prima nell'ambito di incontri informali (2014-2016) e poi, a partire dal 2017, in seno ad un Gruppo di esperti governativi.⁹

Il motivo per cui questo sviluppo tecnologico ha creato tanto interesse (a differenza, ad esempio, di un drone che controlli autonomamente alcuni aspetti della propria navigazione aerea) sta nel fatto che, in questo caso, l'autonomia riguarda le funzioni *critiche* della selezione e dell'ingaggio degli obiettivi nelle operazioni belliche. Tali funzioni sono considerate "critiche" perché la loro esecuzione *i)* è oggetto di approfondita regolamentazione nel diritto internazionale ed in particolare di quella branca del diritto internazionale dei conflitti armati (o diritto internazionale umanitario) che va sotto il nome di "*Law of targeting*"¹⁰; *ii)* è un fattore chiave ai fini della responsabilità individuale e statale; *iii)* implica scelte morali suscettibili di incidere, anche in misura assai profonda, su posizioni individuali eticamente rilevanti e giuridicamente tutelate (diritto alla vita ed all'integrità fisica, diritto ad una casa, e così via).

La discussione sull'accettabilità etica e giuridica di questa tecnologia militare riflette in larga misura quanto si è detto nel paragrafo introduttivo – in termini più generali – in riferimento ai sistemi robo-

⁶ Dipartimento della Difesa statunitense, *Directive 3000.09: Autonomy in Weapon Systems*, 21 novembre 2012, 13-14. Benché la questione sia ancora controversa, è significativo che intorno alla definizione proposta dagli Stati Uniti (vale a dire: la potenza militare tecnologicamente più avanzata nel campo dell'intelligenza artificiale) vi sia una chiara convergenza di vedute da parte di altri importanti *stakeholders*, quali il Comitato internazionale per la croce rossa (*Autonomous weapon systems: Implications of increasing autonomy in the critical functions of weapons*, Ginevra, 2016, pp. 11-12) e le ONG che sostengono la campagna per la messa al bando delle armi autonome (v. Campaign to Stop Killer Robots, *Urgent Action Needed to Ban Fully Autonomous Weapons*, 23 aprile 2013, reperibile al seguente indirizzo: http://stopkillerrobots.org/wp-content/uploads/2013/04/KRC_LaunchStatement_23Apr2013.pdf (ultima consultazione 7/02/2019)).

⁷ Il dibattito pubblico sulle implicazioni etico-giuridiche di questa tecnologia militare è stato stimolato dalla campagna "Stop Killer Robots", lanciata nell'aprile del 2013 da una coalizione internazionale di ONG con l'obiettivo dichiarato di promuovere l'adozione di un trattato che vieti lo sviluppo, la produzione, il possesso e l'uso dei sistemi d'arma autonomi. Per una cronologia dettagliata delle attività della Campagna, v. <https://www.stopkillerrobots.org/action-and-achievements/> (ultima consultazione 7/02/2019).

⁸ Convenzione sul divieto o la limitazione dell'impiego di talune armi classiche che possono essere ritenute capaci di causare effetti traumatici eccessivi o di colpire in modo indiscriminato, Ginevra, 10 ottobre 1980.

⁹ La documentazione relativa agli incontri informali ed ai lavori del Gruppo di esperti governativi è consultabile su:

[https://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/8FA3C2562A60FF81C1257CE600393DF6?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/8FA3C2562A60FF81C1257CE600393DF6?OpenDocument) (ultima consultazione 7/02/2019).

¹⁰ Sul quale v. M.N. SCHMITT e E. WIDMAR, *The Law of Targeting*, in P.A.L. DUCHEINE, M.N. SCHMITT e F.P.B. OSINGA (a cura di), *Targeting: The Challenges of Modern Warfare*, L'Aja, 2016, 121-145.

tici autonomi. Gli argomenti contrari all'autonomia nei sistemi d'arma sono stati avanzati tanto in una prospettiva deontologica quanto in quella consequenzialista. Quelli favorevoli, invece, sono inquadrabili prevalentemente in termini consequenzialisti.

Gli argomenti deontologici impiegati per promuovere la messa al bando delle armi autonome sono tre. Il primo argomento sostiene che le armi autonome non sarebbero in grado di assicurare il rispetto dei principi cardine del diritto internazionale umanitario, vale a dire il principio di distinzione, il principio di proporzionalità ed il principio di precauzione. Il principio di distinzione impone alle parti belligeranti di dirigere i propri attacchi esclusivamente contro combattenti nemici ed obiettivi militari (risparmiando, dunque, la popolazione e gli oggetti civili).¹¹ Una norma di contenuto analogo, ancorché non riconducibile formalmente nell'alveo del principio di distinzione, è quella che fa divieto di rivolgere gli attacchi contro nemici che abbiano manifestato l'intenzione di arrendersi o che siano stati messi fuori combattimento (*hors de combat*).¹² Il principio di proporzionalità, invece, proibisce di lanciare un attacco "da cui ci si può attendere che provochi incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, danni ai beni civili, o una combinazione di perdite umane e danni [cd. danni collaterali], che risulterebbero eccessivi rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto".¹³ Il principio di precauzione, infine, è strumentale alla realizzazione dei primi due principi, in quanto richiede ai belligeranti di adottare tutte le misure praticabili al fine di evitare che un attacco sia diretto contro la popolazione e gli oggetti civili o che comunque provochi un danno collaterale sproporzionato.¹⁴

La possibilità che un'arma autonoma riesca a rispettare i principi di distinzione e proporzionalità in modo comparabile ad un combattente umano competente e coscienzioso presuppone la soluzione di numerosi e profondi problemi che attengono alla ricerca nei campi dell'IA e della robotica avanzata.¹⁵ La qualificazione di un combattente nemico come *hors de combat*, ad esempio, implica la capacità di riconoscere comportamenti che veicolano messaggi di resa, intenzioni ingannevoli o la sopravvenuta inabilità a combattere.¹⁶ Ancor più complesso, poi, è l'accertamento relativo alla "partecipazione diretta alle ostilità", in virtù della quale un civile può divenire un obiettivo legittimo, e ciò anche a causa dell'incertezza e caoticità che caratterizzano gli scenari di guerriglia urbana. Il principio di proporzionalità, d'altro canto, pone la diversa ed ulteriore difficoltà – il cui superamento nel breve e medio periodo appare poco realistico¹⁷ – di tradurre in un algoritmo la delicata attività di bilanciamento tra vantaggio militare anticipato e danno collaterale atteso. Infine, è legittimo dubitare che l'eliminazione della supervisione umana sulle attività di *targeting* svolte dalle armi autonome sia

¹¹ Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, Ginevra, 8 giugno 1977 (Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra), Artt. 48, 51 co. 2 e 52 co. 2.

¹² Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra, Art. 41 co. 2.

¹³ Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra, Art. 51 co. 5 lett. b).

¹⁴ Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra, Art. 57.

¹⁵ Questo aspetto è riconosciuto anche dai roboticisti in principio favorevoli allo sviluppo delle armi autonome, v. R. ARKIN, *Lethal Autonomous Systems and the Plight of the Non-combatant*, in *AISB Quarterly*, 137, 2013, 1-9, 4.

¹⁶ R. SPARROW, *Twenty Seconds to Comply: Autonomous Weapon Systems and the Recognition of Surrender*, in *International Law Studies*, 91, 2015, 699-728.

¹⁷ N.E. SHARKEY, *The evitability of autonomous robot warfare*, in *International Review of the Red Cross*, 94, 2012, 787-799, 789-790.

compatibile con l'obbligo di adottare tutte le precauzioni possibili per evitare danni (sproporzionati) alla popolazione civile, tenuto conto del fatto che le tecnologie di IA – anche quelle più avanzate – sono soggette a errori imprevedibili, che un operatore umano sarebbe tuttavia in grado di evitare agevolmente.¹⁸

Il secondo argomento deontologico pone l'attenzione sul rischio che l'autonomia dei sistemi d'arma dia luogo a "vuoti di responsabilità" in caso di scelte di *targeting* materialmente contrarie al diritto internazionale. Anche i sostenitori più convinti dell'accettabilità etica e giuridica delle armi autonome sono infatti costretti ad ammettere che un'arma autonoma, per quanto sofisticata, possa erroneamente dirigere un attacco contro la popolazione civile o provocare danni collaterali sproporzionati, vale a dire atti che, se compiuti da un essere umano, sarebbero qualificabili come crimini di guerra. Chi ne risponderà? La lista dei potenziali responsabili include: il comandante militare che ha deciso l'operazione, l'operatore che ha attivato l'arma e tutti coloro che sono stati coinvolti nella realizzazione di quest'ultima (produttori, ingegneri robotici, programmatori) e nel relativo processo di *legal review*. Sennonché, la complessità di queste tecnologie e l'imprevedibilità del loro comportamento¹⁹ sono suscettibili di escludere l'imputabilità di tutti i soggetti inclusi nella lista per difetto dell'elemento soggettivo (*mens rea*) dell'illecito, così come disciplinato dal diritto internazionale (penale). Questo risultato si pone in aperto contrasto con il dovere morale dei combattenti di rendere conto delle proprie azioni ed omissioni e del corrispondente principio di responsabilità penale individuale nel diritto internazionale.²⁰

Il terzo ed ultimo argomento deontologico afferma l'incompatibilità con il principio della dignità umana dell'attribuzione ad un agente artificiale del compito di operare scelte morali riguardanti la vita, l'integrità fisica ed i beni delle persone coinvolte in un conflitto armato (o in altro contesto in cui l'arma può essere impiegata). Queste ultime, infatti, si troverebbero in una condizione di soggezione nei confronti di un decisore robotico che non ne condivide la condizione umana, e dunque private della possibilità di fare appello all'umanità di *qualcuno* che si trovi dall'altra parte. Il loro valore intrinseco in quanto esseri umani verrebbe così sistematicamente negato e violato.²¹

La portata degli argomenti sopra esposti contro l'autonomia dei sistemi d'arma è limitata agli usi letali e a quelli che possono avere un impatto negativo sulla popolazione e sugli oggetti civili. Sono quindi concepibili ipotesi di impiego delle armi autonome che si collocano in uno spazio non regolato

¹⁸ Alcune ricerche sulle reti neurali profonde hanno dimostrato che è possibile indurre un programma per il riconoscimento automatico delle immagini a "vedere" uno struzzo nella foto di uno scuolabus, apportando a quest'ultima delle modifiche impercettibili per l'occhio umano. Per questo ed altri esempi, v. C. SZEGEDY *et al.*, *Intriguing properties of neural networks*, in *arxiv.org*, 19 febbraio 2014 (ultima consultazione 7/02/2019).

¹⁹ Imprevedibilità che dipende non solo dalla complessità dell'IA installata nel sistema d'arma, ma anche dalle caratteristiche del contesto in cui essa è chiamata ad operare. V. G. TAMBURRINI, *On Banning Autonomous Weapon Systems: From Deontological to Wide Consequentialist Reasons*, in N. BHUTA *et al.*, *op. cit.*, 122-141, 127-128.

²⁰ Su questo punto v., anche per ulteriori riferimenti, D. AMOROSO e B. GIORDANO, *Who Is to Blame for Autonomous Weapons Systems' Misdoings?*, in N. LAZZERINI e E. CARPANELLI (a cura di), *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, L'Aja, 2019 (in corso di pubblicazione).

²¹ P. ASARO, *On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making*, in *International Review of the Red Cross*, 94, 2012, 687-709, 689; C. HEYNS, *Autonomous weapons systems: living a dignified life and dying a dignified death*, in N. BHUTA *et al.*, *op. cit.*, 3-19; A. SHARKEY, *Autonomous weapons systems, killer robots and human dignity*, in *Ethics and Information Technology*, 2018.

da principi deontologici. Si pensi, ad esempio, ad un attacco sferrato contro una struttura militare disabitata e sufficientemente separata da oggetti civili, o ad un duello aereo tra droni autonomi, senza esseri umani nel loro raggio di azione. In questi scenari, a ben vedere, non si pongono problemi di distinzione e proporzionalità, non c'è rischio che l'arma autonoma "commetta" un crimine di guerra, né che il principio della dignità umana venga violato.

Tale limite non trova applicazione quando si passano a considerare gli argomenti consequenzialisti, che includono sia argomenti favorevoli che contrari all'autonomia nei sistemi d'arma. Questo significa che un attacco contro una struttura militare disabitata, che può risultare non problematico in una prospettiva deontologica, può essere riprovevole da un punto di vista consequenzialista. Viceversa, determinati usi letali delle armi autonome, pur essendo inammissibili in un'ottica deontologica, potrebbero essere considerati eticamente desiderabili in ragione delle conseguenze che ne discendono. È utile distinguere, a questo proposito, tra consequenzialismo ristretto e consequenzialismo ampio. *Il primo approccio* si focalizza sulle *prestazioni* delle armi autonome sul campo di battaglia e sulle conseguenze che ci si aspetta ne derivino nell'immediato. Questo approccio è alla base del principale argomento etico a favore delle armi autonome, secondo cui il loro sviluppo dovrebbe essere consentito in quanto esse porterebbero ad una riduzione nelle perdite umane in battaglia, sia tra i combattenti che tra i civili. Tale aspettativa si fonda sulla duplice convinzione *i)* che le armi autonome eseguiranno scelte di *targeting* più accurate di quelle umane e potranno essere programmate in modo da prendere decisioni meno aggressive, non essendo condizionate dall'istinto di autoconservazione²² e *ii)* che l'impatto dello sviluppo delle armi autonome sarà limitato allo specifico contesto operativo in cui esse sono impiegate (assunto *ceteris paribus*). Quest'ultimo assunto è contestato dall'*approccio consequenzialista ampio*, il quale considera, oltre alle implicazioni sul campo di battaglia, anche gli effetti destabilizzanti connessi al dispiegamento delle armi autonome, che includono la neutralizzazione dei disincentivi a cominciare una guerra di aggressione – visto il coinvolgimento di un numero sempre minore di soldati –, la non prevedibilità delle interazioni con altre armi autonome, la loro vulnerabilità ad attacchi cibernetici e il conseguente rischio di guerre "accidentali", l'accelerazione dei conflitti a velocità che si pongono al di là delle capacità reattive e cognitive degli esseri umani, il rischio che tale tecnologia cada nelle mani di regimi oppressivi e gruppi terroristici, la corsa globale agli armamenti e le ricadute sulle politiche di deterrenza.²³

Queste le linee principali del discorso sull'accettabilità etico-giuridica delle armi autonome, che forniscono altresì la cornice normativa di riferimento della discussione in corso a Ginevra nel quadro della Convenzione sulle armi convenzionali. A questo proposito va rilevato come, col passare degli anni, il dibattito in seno al Gruppo di esperti governativi si stia progressivamente focalizzando sul c.d. ele-

²² R. ARKIN, *Governing Lethal Behavior in Autonomous Robots*, Boca Raton/Londra/New York, 2009, 29-36. Questo argomento è stato fatto proprio dalla delegazione statunitense nell'ambito della discussione in seno al Gruppo di esperti governativi. V. in particolare il *working paper* fatto circolare il 28 agosto 2018 (UN Doc. CCW/GGE.1/2018/WP.4).

²³ G. TAMBURRINI, *op. cit.*, 137-141; J. ALTMANN e F. SAUER, *Autonomous Weapon Systems and Strategic Stability*, in *Survival*, 59(5), 2017, 117-142. Analoghe preoccupazioni sono state manifestate nella Lettera aperta sottoscritta il 21 agosto 2017 da più di cento imprenditori attivi nel campo della robotica e dell'intelligenza artificiale (IA) (il testo della lettera è reperibile al seguente indirizzo: <https://futureoflife.org/2017/08/20/killer-robots-worlds-top-ai-robotics-companies-urge-united-nations-ban-lethal-autonomous-weapons/>).

mento umano, vale a dire sulla identificazione del tipo di interazione uomo-macchina preferibile sul piano etico-giuridico.²⁴ Il merito di aver chiaramente individuato nell'elemento umano la questione chiave nella riflessione sulle armi autonome va riconosciuto alla ONG britannica *Article 36* la quale, muovendo da posizioni sostanzialmente riconducibili al *secondo argomento deontologico* (i.e. quello fondato sulla responsabilità), ha posto l'accento sulla necessità di assicurare che gli attacchi sferrati da *tutti* i sistemi d'arma (inclusi, dunque, quelli autonomi) siano soggetti ad un "controllo umano significativo", laddove l'uso dell'aggettivo "significativo" è inteso ad escludere forme di controllo meramente nominale.²⁵

Ma in cosa dovrebbe consistere il controllo dell'operatore? L'approccio più convincente, sotto questo profilo, è quello secondo cui il problema non si presterebbe ad una soluzione unica, valida per tutti i sistemi d'arma e per tutti gli scenari.²⁶ A ben vedere, infatti, una risposta giuridica articolata consegue naturalmente alla "trasversalità" della nozione di autonomia, la quale è suscettibile di essere applicata a sistemi d'arma con funzioni e proprietà molto diverse tra loro.

La futura discussione a Ginevra sul tema dell'elemento umano dovrebbe pertanto mirare a facilitare l'applicazione dei principi etico-giuridici analizzati in questo paragrafo in situazioni concrete, attraverso la formulazione di un adeguato insieme di *regole-ponte* che colleghino i primi alle seconde. Segnatamente, andrebbero individuati i fattori suscettibili di rendere problematico, sotto il profilo giuridico, lo svolgimento delle funzioni critiche della selezione e dell'ingaggio degli obiettivi in sostituzione totale o parziale del decisore umano. Tra i fattori che potrebbero venire in rilievo a questo proposito possiamo ricordare: gli obiettivi operativi assegnati all'arma (offensivi/difensivi), la cornice geografica e temporale nella quale essa è chiamata a funzionare in autonomia, le caratteristiche dello scenario operativo (e.g. presenza/assenza di civili), la tipologia di obiettivi da ingaggiare (persone, oggetti "abitati", oggetti "disabitati"). Per ciascuna combinazione dei fattori così individuati, occorrerà poi definire il livello di controllo umano normativamente richiesto. Si potrebbe pensare ai seguenti livelli di interazione tra operatore ed arma a controllo umano decrescente:

L0: La scelta dell'obiettivo da colpire è integralmente effettuata dall'operatore umano

L1: La scelta dell'obiettivo da colpire è effettuata dall'operatore umano sulla base di un ventaglio di opzioni suggerite dal sistema

L2: L'operatore umano approva o rifiuta le scelte del sistema in merito agli obiettivi da colpire

L3: L'operatore umano supervisiona le scelte di effettuate dal sistema, conservando la possibilità di riprendere il controllo ed annullare l'attacco

²⁴ *Report of the 2018 session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems*, 23 ottobre 2018, par. 28 (UN Doc. CCW/GGE.1/2018/3).

²⁵ *Article 36, Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons*, 19 aprile 2013, 3-4, reperibile al seguente indirizzo: <http://www.article36.org/weapons-review/killer-robots-uk-government-policy-on-fully-autonomous-weapons-2/> (ultima consultazione 7/02/2019).

²⁶ Si veda, in proposito, la posizione del governo statunitense, che preferisce parlare a questo riguardo di «*appropriate levels of human judgment*» (UN Doc. CCW/GGE.2/2018/WP.4, parr. 8-15).

L4: L'operatore umano si limita ad attivare il sistema, definendone la missione, ma senza avere la possibilità di intervenire in seguito.²⁷

Questi livelli saranno quindi considerati di volta in volta idonei oppure non idonei a garantire che il controllo umano continui a esercitare la propria funzione di salvaguardia, volta ad impedire che il cattivo funzionamento dell'arma si traduca in un attacco diretto contro la popolazione civile o comunque in danni collaterali sproporzionati, preservando un nesso tra azione umana ed evento dannoso tale da incardinare un rapporto di responsabilità giuridica e morale. È chiaro, dunque, che la presenza di civili, l'esistenza di un notevole iato temporale tra l'attivazione dell'arma e l'effettiva attuazione della missione o la definizione di un ambito operativo particolarmente ampio sotto il profilo spaziale, sono tutti fattori che spingeranno verso l'applicazione di un livello di controllo alto (L0, L1 o – se le circostanze non consentono diversamente – L2). L3 potrà rappresentare, d'altra parte, il livello di *default* per gli usi che, in assenza di tali fattori, appaiono meno problematici. La completa rinuncia al controllo umano nell'esecuzione della missione (L4), infine, dovrà considerarsi in linea di principio incompatibile con il quadro etico-giuridico qui delineato, ad esclusione delle ipotesi – da ritenersi eccezionali – in cui la supervisione da parte di un operatore umano non solo sia impraticabile, ma sia altresì suscettibile di mettere in pericolo la vita e l'incolumità delle persone. Si pensi, ad esempio, ad un sistema anti-missile la cui funzione è quella di reagire ad attacchi di saturazione, rispetto ai quali è necessaria una risposta immediata, potenzialmente incompatibile coi tempi di reazione umani.

4. Come disciplinare l'autonomia operativa in situazioni eticamente e giuridicamente complesse: veicoli autonomi e collisioni inevitabili

Una tassonomia delle modalità di interazione uomo-macchina per certi versi analoga a quella proposta nel precedente paragrafo è stata adottata dalla *Society of Automotive Engineers International* (SAE International), che ha introdotto una gerarchia di livelli di autonomia crescente (L0-L5) per gli autoveicoli.²⁸ La gerarchia culmina con il livello L5, nel quale si situano i veicoli autonomi in grado di svolgere *tutti* i sottocompiti nei quali è scomponibile l'attività della guida, in *ogni* parte della rete stradale e in *qualsiasi* condizione di luce e di meteo. I livelli inferiori della gerarchia individuano un percorso di graduale avvicinamento all'autonomia completa, che passa attraverso un numero crescente di sottocompiti svolti dall'autoveicolo indipendentemente dagli esseri umani, forme di condivisione del controllo della navigazione che assegnano alla macchina privilegi via via più ampi e l'eliminazione progressiva di limiti operativi (relativi, ad es., alla velocità, alle porzioni di rete stradale, etc.).

È interessante notare come la navigazione autonoma di un veicolo ai livelli più alti della gerarchia sarà resa possibile (o comunque agevolata) da una rete di agenti informatici, cibernetici o robotici ai quali è collegato e dai quali può dipendere per eseguire correttamente il compito assegnato: pro-

²⁷ N.E. SHARKEY, *Staying in the loop: human supervisory control of weapons*, in N. BHUTA et al., *op. cit.*, 23-38, 34-37.

²⁸ SAE International, *Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles* (J3016), giugno 2018, 19.

grammi informatici che gli forniscono la mappa dinamica di altri veicoli collocati al di fuori del raggio d'azione dei suoi sensori, altri veicoli autonomi con i quali si coordina, sistemi di localizzazione GPS e segnali ricevuti da sensori fissi installati sulla rete stradale.²⁹ Questo aspetto segna un'importante differenza, *di carattere tecnico*, rispetto all'autonomia dei sistemi d'arma. Mentre questi ultimi sono destinati ad operare in *scenari ostili*, popolati da attori che mirano ad ostacolarne il corretto funzionamento, i veicoli autonomi sono pensati per navigare in *ambienti cooperativi*, che favoriscono la prevedibilità e dunque la controllabilità dei loro comportamenti.

Questa circostanza – unitamente ad altre, più ovvie (in particolare: la prospettiva di un uso prevalentemente pacifico di questa tecnologia) – fa sì che il dibattito intorno alla desiderabilità etica dei veicoli autonomi non sia caratterizzato dalle opposizioni di principio che abbiamo riscontrato, invece, in riferimento all'autonomia dei sistemi d'arma. Al contrario, vi sono forti ragioni etiche che spingono per lo sviluppo di veicoli ad autonomia crescente. L'argomento principale a supporto di tale tecnologia va individuato nell'aspettativa che essa porterà con sé una notevole diminuzione degli incidenti stradali, il cui verificarsi è in larga misura determinato da fattori umani: tempi di reazione inadeguati, errori di percezione, inesperienza, violazione intenzionale del codice della strada, abuso di alcol e droghe. Questa aspettativa offre una motivazione etica in favore dei veicoli autonomi tanto in un'ottica consequenzialista, in vista della massimizzazione del benessere collettivo, quanto in una deontologica, in virtù del dovere – gravante su tutti coloro che sono coinvolti nella circolazione stradale – di rispettare la vita e l'integrità fisica altrui.

Considerazioni di questo tenore (oltre che, naturalmente, i giustificati interessi economici dell'industria automobilistica e di altre parti interessate) sono alla base della scelta del legislatore tedesco di modificare la Legge sulla circolazione stradale (*Straßenverkehrsgesetz (StVG)*) allo scopo di autorizzare – quantomeno *in linea di principio* – la circolazione di veicoli autonomi dotati di autonomia L3 e L4 secondo la tassonomia SAE International.³⁰ Che tale autorizzazione sia stata concessa solo in linea di principio discende dal fatto che la navigazione autonoma dei veicoli è sì consentita, ma col vincolo del rispetto della disciplina prescritta dalle pertinenti norme di diritto internazionale e dell'Unione Europea, le quali – come si vedrà subito – sono decisamente meno permissive.³¹

Un primo ostacolo alla liberalizzazione dei veicoli autonomi a livello internazionale risiede nel fatto che i principali trattati in materia di circolazione stradale – vale a dire, la Convenzione di Ginevra del 1949³² e la Convenzione di Vienna del 1968³³ – sono stati adottati in un'epoca storica in cui le ricerche nei campi della robotica e dell'IA erano agli albori e la navigazione autonoma era ben lontana dall'essere concepita come un progetto realistico. Di conseguenza, entrambe le Convenzioni prescri-

²⁹ Per questo motivo, sarebbe più corretto attribuire la capacità di navigazione autonoma al sistema tecnologico distribuito che si estende oltre la carrozzeria del veicolo stesso e che concorre con i suoi vari componenti a gestirne la navigazione. Tale aspetto è evidenziato dalla SAE International, che per questo motivo preferisce non parlare di veicolo "autonomo" (SAE International, *op. cit.*, 28).

³⁰ StVG, Sezione 1a (che richiama espressamente la classificazione SAE International).

³¹ StVG, Sezione 1a, co. 3.

³² Convenzione sul traffico stradale, Ginevra, 19 settembre 1949.

³³ Convenzione sul traffico stradale, Vienna, 8 novembre 1968.

vono che alla guida di un veicolo vi sia un “conducente”³⁴ e che questi sia una “persona”³⁵, stabilendo inoltre con un certo grado di dettaglio le funzioni del controllo umano.³⁶

Vero è che, almeno in riferimento alla Convenzione di Vienna, tale limite è stato recentemente rimosso con l’aggiunta del comma 5bis all’art. 8, a norma del quale i sistemi di navigazione autonomi sono ammessi, a condizione che essi possano essere “neutralizzati” o “scavalcati” (cd. privilegi di *override*) o disattivati in qualsiasi momento dall’utente.³⁷ Sennonché, l’impatto concreto di questa novità è praticamente nullo per i Paesi membri dell’Unione Europea, in quanto quest’ultima non solo non è parte della Convenzione di Vienna, ma si è vincolata al rispetto delle ben più rigide regole formulate nel quadro dell’Accordo UNECE³⁸ del 1958 sull’adozione di regolamenti tecnici armonizzati delle Nazioni Unite per i veicoli a ruote,³⁹ i cui regolamenti sono stati incorporati nella Direttiva quadro 2007/46/CE.⁴⁰

Ai fini della nostra discussione, a venire in rilievo è il Regolamento n. 79 (“Disposizioni uniformi relative all’omologazione dei veicoli per quanto riguarda lo sterzo”), il quale – pur essendo stato modificato negli ultimi anni per tenere conto dello sviluppo di sistemi di navigazione autonoma⁴¹ – conserva nei confronti di questi ultimi una posizione di netta chiusura. Le ragioni di tale approccio sono esplicitate nel paragrafo introduttivo del Regolamento, che richiama le “preoccupazioni legate all’attribuzione del controllo del veicolo” e l’“assenza di protocolli internazionali di trasmissione dati riguardo al controllo dello sterzo dall’esterno del veicolo”. Le uniche concessioni all’autonomia dei veicoli riguar-

³⁴ Convenzione di Ginevra, art. 8, co. 1; Convenzione di Vienna, art. 8 co. 1.

³⁵ Convenzione di Ginevra, art. 4; Convenzione di Vienna, art. 1 lett. v). Questa precisazione impedisce di interpretare l’espressione “conducente” in chiave evolutiva, sì da includervi anche il sistema di guida autonoma, secondo l’approccio seguito – ma con riferimento alla normativa interna in tema di omologazione dei veicoli – dalla *National Highway Traffic Safety Administration* statunitense (Lettera interpretativa del 4 febbraio 2016, indirizzata a Chris Urmson, Direttore del Progetto “Self-Driving Car” di Google).

³⁶ V., per la particolare efficacia della formulazione, l’art. 13 co. 1 della Convenzione di Vienna («Ogni conducente di veicolo deve, in ogni circostanza, restare padrone del proprio veicolo, in modo da potersi conformare alle esigenze della prudenza e da essere costantemente in grado di effettuare tutte le manovre che gli competono. Deve, regolando la velocità del proprio veicolo, tenere costantemente conto delle circostanze, in particolare della disposizione dei luoghi, dello stato della strada, dello stato del carico del proprio veicolo, delle condizioni atmosferiche e dell’intensità della circolazione, in modo da poter arrestare il proprio veicolo nei limiti del proprio campo di visibilità verso l’avanti, nonché dinanzi ad ogni ostacolo prevedibile. Deve rallentare e, se necessario, fermarsi tutte le volte che le circostanze lo esigano, in particolare quando la visibilità non è buona.»). Con riferimento alla Convenzione di Ginevra, v. artt. 8 co. 5, 10, 11 e 12 co. 4.

³⁷ Emendamento approvato dagli Stati parte il 26 marzo 2014 ed entrato in vigore il 23 marzo 2016. Per l’argomento secondo cui i veicoli autonomi sarebbero compatibili con la Convenzione di Ginevra anche in assenza di un emendamento in tal senso v. B.W. SMITH, *Automated Vehicles Are Probably Legal in the United States*, in *Texas A&M Law Review*, 1, 2014, 411-521, 424-457. La rilevanza pratica di questa conclusione risiede nel fatto che gli Stati Uniti hanno ratificato la Convenzione di Ginevra, ma non quella di Vienna.

³⁸ L’acronimo sta per *United Nations Economic Commission for Europe*.

³⁹ Accordo concernente l’adozione di regolamenti tecnici armonizzati delle Nazioni Unite per i veicoli a ruote, gli equipaggiamenti e i pezzi che possono essere installati o usati in veicoli a ruote, nonché le condizioni per il riconoscimento reciproco di omologazioni concesse sulla base di tali regolamenti delle Nazioni Unite, Ginevra, 20 marzo 1958.

⁴⁰ Direttiva 2007/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007 che istituisce un quadro per l’omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, Art. 34.

⁴¹ V. *infra* le note 42 e 43 ed il testo che le accompagna.



dano, in particolare, *i*) lo svolgimento di “una singola manovra laterale (ad esempio un cambio di corsia) previo apposito comando da parte del conducente” (nel gergo del Regolamento: “funzione sterzante a comando automatico di categoria C”)⁴² e *ii*) la “funzione sterzante di emergenza”, vale a dire il “comando in grado di rilevare automaticamente il rischio di una collisione e di attivare in modo automatico lo sterzo del veicolo, per un periodo limitato, al fine di evitare la collisione (o di ridurne gli effetti)” con un altro veicolo o un ostacolo che si trovi o stia per trovarsi in traiettoria.⁴³

Anche negli spazi piuttosto ristretti concessi dal Regolamento n. 79 – e segnatamente nella possibilità di omologare veicoli dotati di funzione sterzante di emergenza – vi sono i margini per una discussione delle questioni etiche poste dai veicoli autonomi, con specifico riferimento a quello che è in breve tempo diventato un “classico” del dibattito su questo tema, vale a dire il dilemma delle collisioni inevitabili.⁴⁴ Questo problema, che costituisce una rivisitazione in chiave contemporanea (e per certi versi più realistica) del noto “dilemma del carrello”⁴⁵, può essere illustrato con un esempio. Si consideri uno scenario in cui un veicolo dotato di funzione sterzante di emergenza debba evitare due ciclisti in tandem che, a causa delle cattive condizioni del manto stradale, si vengano a trovare improvvisamente nella sua traiettoria. Si consideri poi che l’unica manovra che impedirebbe la collisione, quasi certamente mortale per i ciclisti, sia suscettibile di causare – con lo stesso grado di certezza – la morte di un pedone che sta passeggiando a bordo strada. Questa situazione fa emergere una tensione etica tra approccio consequenzialista e deontologico. Il primo, infatti, considererà moralmente desiderabile effettuare la manovra, la quale consentirebbe di minimizzare il danno causando una sola vittima invece di due; il secondo, invece, giudicherà lo stesso corso d’azione contrario al principio della dignità umana in quanto teso a strumentalizzare la vita di un essere umano per la salvezza di altri.⁴⁶ Una variante di questo scenario prevede che il veicolo debba scegliere tra la morte del passeggero e quella di due o più pedoni. In questo caso, oltre alla tensione etica già descritta, sorgerebbe l’ulteriore problema – molto più prosaico – dell’appetibilità commerciale di un veicolo programmato per uccidere l’utente al fine di salvare altre vite umane.

⁴² Regola 2.3.4.1.4., introdotta il 10 ottobre 2017. Secondo la classificazione SAE International, l’autonomia di un veicolo dotato di questa funzione andrà qualificata come di livello L1 (SAE International, *op. cit.*, 19).

⁴³ Regola 2.3.4.3., introdotta il 16 ottobre 2018. È interessante notare come la dotazione di questa funzione, pur ponendo importanti questioni etiche e giuridiche (sulle quali v. subito appresso), non è di per sé idonea a qualificare un veicolo come autonomo in base alla classificazione SAE International, la quale presuppone lo svolgimento prolungato (*sustained*) dei sottocompiti che compongono l’attività di guida, e non un intervento momentaneo (SAE International, *op. cit.*, 2). Tale circostanza è indicativa del fatto che non sempre vi è perfetta coincidenza tra quel che conta come *autonomo* a fini ingegneristici e quello che invece rileva in una prospettiva normativa.

⁴⁴ P. LIN, *Why Ethics Matters for Autonomous Cars*, in M. MAURER *et al.* (a cura di), *Autonomes Fahren*, Berlino, 2015, 69-85. V., anche per ulteriori riferimenti, P. SOMMAGGIO e S. MARCHIORI, *Break the chains: a new way to consider machine’s moral problems*, in questa *Rivista*, 2018, 241-257.

⁴⁵ Sul quale v. D. EDMONDS, *Uccideresti l’uomo grasso? Il dilemma etico del male minore* (trad. it. di G. Guerriero), Milano, 2014.

⁴⁶ Per una potente affermazione di questo principio deontologico, v. la celebre sentenza del Tribunale Costituzionale federale tedesco che ha sancito l’incostituzionalità, per violazione del principio della dignità umana di cui all’art. 1 co. 1 del *Grundgesetz*, della previsione della legge tedesca sulla sicurezza aerea del 2005 che consentiva l’abbattimento, da parte delle forze armate, di un aereo civile (con passeggeri e personale di bordo) dirottato da parte dei terroristi al fine di colpire obiettivi civili o militari (BVerfG, *Urteil des Ersten Senats*, 15 febbraio 2006, 1 BvR 357/05).

Pur non affrontando espressamente il problema nella prospettiva delle collisioni inevitabili, il Regolamento n. 79 offre una disciplina che sembra rispondere ad un approccio deontologico rigorosamente incentrato sul rispetto delle norme sulla circolazione stradale. A norma del Regolamento, in particolare, le manovre effettuate da un veicolo con funzione sterzante di emergenza *i)* “non devono portare il veicolo a uscire dalla carreggiata”;⁴⁷ *ii)* non devono comportare il superamento della segnaletica orizzontale⁴⁸ o comunque uno scartamento laterale del veicolo superiore a 0,75 metri;⁴⁹ *iii)* e soprattutto non devono “provocare una collisione del veicolo con altri utenti della strada”.⁵⁰ È evidente come una disciplina di questo tenore (ed in particolare l’ultima delle regole richiamate ponga vincoli molti restrittivi per considerazioni di carattere consequenzialista sulla minimizzazione del danno.

Una limitata apertura in questo senso è invece rinvenibile nel Rapporto della Commissione Etica su “Guida automatica e connessa”, nominata dal Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture Digitali tedesco, che presenta il pregio di affrontare il tema sulla base di un robusto impianto filosofico.⁵¹ Il codice etico elaborato dalla Commissione prevede una linea guida specifica in materia di collisioni inevitabili che combina, invero in misura ineguale, preoccupazioni di carattere deontologico e consequenzialista.⁵² Anzitutto, viene accordata priorità assoluta ai divieti – entrambi di marca prettamente deontologica – di operare discriminazioni in base alle caratteristiche personali (età, genere, condizione fisica e mentale) delle persone potenzialmente coinvolte nell’incidente e di fare calcoli compensativi sul numero delle vittime. Fatto salvo il rispetto di questi divieti, viene consentito – questa volta in un’ottica consequenzialista – di programmare i veicoli autonomi in modo da limitare i danni, purché il danno sia equamente ripartito tra tutti coloro che sono coinvolti nella collisione.⁵³

Pur divergendo nei contenuti, la disciplina prevista nel Regolamento n. 79 e quella auspicata dalla Commissione etica tedesca sono entrambe espressione di un approccio di tipo paternalistico, volto ad imporre *dall’alto* le soluzioni ai dilemmi morali suscitati dal problema delle collisioni inevitabili, interferendo così con le preferenze etiche degli utenti. Queste ultime sono invece valorizzate dall’approccio libertario, in virtù del quale gli utenti possono decidere come la propria vettura dovrà comportarsi in caso di collisioni inevitabili. Seguendo tale approccio, alcuni autori hanno ipotizzato l’introduzione di una “manopola etica” attraverso la quale l’utente può stabilire *ex ante* se il veicolo autonomo dovrà *i)* sacrificare in ogni caso la vita del passeggero per salvare quella degli altri (modalità altruistica); *ii)* optare per la manovra che assicuri il minor numero di vittime, includendo eventualmente il passeggero (modalità imparziale); *iii)* accordare preferenza alla vita del passeggero (mo-

⁴⁷ Regola 5.1.6.2.3.

⁴⁸ Regola 5.1.6.2.3.1.

⁴⁹ Regola 5.1.6.2.3.2.

⁵⁰ Regola 5.1.6.2.4.

⁵¹ Il Rapporto è stato tradotto in inglese ed è reperibile sul sito web del Ministero: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission-automated-and-connected-driving.html> (ultima consultazione 7/02/2019).

⁵² Si tratta della Regola 9 la quale nella traduzione inglese recita: «In the event of unavoidable accident situations, any distinction based on personal features (age, gender, physical or mental constitution) is strictly prohibited. It is also prohibited to offset victims against one another. General programming to reduce the number of personal injuries may be justifiable. Those parties involved in the generation of mobility risks must not sacrifice non-involved parties».

⁵³ Per una discussione delle valutazioni etiche poste alla base di questa Regola, v. 17-19 del Rapporto.

dalità egoistica).⁵⁴ In questo modo, i veicoli si limiterebbero ad attuare in concreto le scelte etiche stabilite in termini generali dall'utente, agendo pertanto come "delegati morali" (*moral proxies*) di quest'ultimo.⁵⁵ Il comportamento del veicolo in situazioni eticamente complesse, dunque, rimarrebbe sottoposto al controllo umano, ancorché mediato dall'attività sensoriale e valutativa di una macchina. Sul piano giuridico, la riconducibilità del comportamento della macchina ad una scelta consapevole dell'utente consente di individuare in quest'ultimo il soggetto responsabile per i danni cagionati "intenzionalmente" (*rectius*: non determinati da un malfunzionamento) dalla vettura. Al tempo stesso, tuttavia, nella misura in cui i danni, inclusa la perdita di vite umane, siano stati provocati al fine di salvare la vita del passeggero (modalità egoistica) o altrui (modalità imparziale), l'utente potrà invocare a sua difesa – in presenza delle altre condizioni eventualmente previste dal diritto nazionale applicabile – la causa di giustificazione dello stato di necessità.⁵⁶

5. Autonomia delle macchine e responsabilità (professionale) umana: il caso dei robot chirurgici

Il nesso tra controllo umano e responsabilità sta emergendo anche nel dibattito sui robot chirurgici. È indicativo, a riguardo, che nel fissare una gerarchia di sei livelli di autonomia per tali sistemi robotici, Yang et al. abbiano allo stesso tempo evidenziato – con una terminologia che ricorda da vicino la discussione sulle armi autonome – che i chirurghi continueranno a conservare a lungo una posizione di controllo *significativa*.⁵⁷ La gerarchia suggerita da questi autori colloca al livello più basso i sistemi che si limitano ad eseguire i comandi dell'operatore umano, costituendone una mera estensione robotica (L0); ai livelli successivi troviamo gli assistenti robotici che condizionano o correggono l'azione umana (L1), i sistemi robotici che eseguono compiti designati dall'operatore umano sotto la sua supervisione (L2) e i robot che generano strategie di esecuzione dei compiti sotto la supervisione umana (L3). A completare la classificazione vi sono i sistemi robotici, il cui sviluppo si situa in un futuro tecnologicamente distante, in grado di effettuare un'intera procedura con o senza supervisione umana (rispettivamente L4 e L5).

Nel campo della chirurgia robotica, i sistemi ad autonomia L0 sono impiegati come dispositivi *slave* per garantire elevata precisione nei micromovimenti ed attenuare eventuali tremori. Un tipico esempio di sistema tele-operato ad autonomia L0 è offerto dall'unità chirurgica laparoscopica "da Vinci", dove i chirurghi esercitano un controllo diretto sull'intera procedura, inclusa l'analisi dei dati, la

⁵⁴ G. CONTISSA, F. LAGIOIA e G. SARTOR, *The ethical knob: ethically customisable automated vehicles and the law*, in *Artificial Intelligence and Law*, 25, 2017, 365–378.

⁵⁵ J. MILLAR, *Technology as moral proxy: Autonomy and paternalism by design*, in *ETHICS 2014. Proceedings of the IEEE 2014 International Symposium on Ethics in Engineering, Science, and Technology*, 2014, 1-7.

⁵⁶ CONTISSA, LAGIOIA e SARTOR, *op. cit.*, 368-369. Nel senso che lo stato di necessità potrebbe essere efficacemente invocato in un numero molto limitato di circostanze, v. F. SANTONI DE SIO, *Killing by Autonomous Vehicles and the Legal Doctrine of Necessity*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 20, 2017, 411-429, la cui analisi tuttavia è prevalentemente incentrata sull'esperienza giuridica anglo-americana.

⁵⁷ G.-Z. YANG et al., *Medical robotics – regulatory, ethical, and legal considerations for increasing levels of autonomy*, in *Science Robotics*, 2017, 2(4), 1-2, 2.

pianificazione pre- ed intra-operativa, le decisioni e l'effettiva esecuzione.⁵⁸ È chiaro che un sistema di questo tipo non pone particolari problemi dal punto di vista della significatività del controllo umano. Problemi più sottili emergono, invece, se passiamo a considerare i livelli di autonomia L1-L3.⁵⁹

Diversi robot chirurgici impiegati in sala operatoria hanno già raggiunto autonomia L1. Un caso significativo, in questo senso, è costituito dai sistemi robotici che assistono i chirurghi nello spostamento del manipolatore lungo i percorsi di lavoro desiderati o impediscono ai manipolatori robotici di entrare in determinate aree di lavoro.⁶⁰ I sistemi robotici che identificano e applicano questi vincoli attivi (cd. *Virtual Fixtures*) non sono semplici dispositivi *slave*, poiché a volte correggono i movimenti decisi dal chirurgo. Per esercitare un controllo significativo a questo livello di autonomia, è necessario avere la possibilità di scavalcare le correzioni robotiche, mediante privilegi di controllo umano di secondo livello che consentano al chirurgo di prevalere sulle correzioni robotiche di primo livello.

Al livello di autonomia L2, gli umani selezionano un compito che i robot chirurgici devono eseguire. Il ruolo di supervisione del chirurgo consiste nel monitoraggio a mani libere e nella possibile "neutralizzazione" dell'esecuzione robotica. Il sistema robotico è dunque sotto il controllo *discreto* (piuttosto che *continuo*) del chirurgo. Un esempio di sistema dotato di autonomia L2 da tempo in uso nelle sale operatorie è ROBODOC, il quale esegue piani preoperatori relativi al taglio di ossa (*bone-milling*) sotto supervisione umana.⁶¹ Un prototipo di ricerca più recente, pure classificabile come L2, è la piattaforma sperimentale Smart Tissue Autonomous Robot (STAR), che esegue la sutura intestinale (anastomosi) sul tessuto dei suini. Nei test sperimentali condotti su questo modello animale, il sistema STAR è risultato in grado di assicurare *prestazioni* migliori di quelle di chirurghi umani esperti.⁶²

I sistemi chirurgici ROBODOC e STAR sono caratterizzati da diversi Livelli di Maturità Tecnologica (LMT). Il primo è utilizzato per procedure cliniche standard, mentre il secondo è ancora in fase di ricerca. Questa disparità dipende in modo cruciale dalla natura dei rispettivi ambienti operativi, e in particolare dalla loro prevedibilità. I siti chirurgici di ROBODOC sono strutture anatomiche rigide; il sistema STAR opera invece su tessuti morbidi deformabili. Gli ambienti strutturati in cui opera ROBODOC consentono di eseguire in sicurezza l'attività autonoma, grazie alla possibilità di effettuare misurazioni accurate e di prevedere gli eventi suscettibili di modificare la situazione. Di converso, i siti chirurgici morbidi e deformabili in cui verrà impiegato il sistema STAR sollevano sfide ben più ardue in relazione al rilevamento e tracciamento accurato, tanto degli strumenti chirurgici che delle parti anatomiche. Le differenze che intercorrono tra gli ambienti operativi di ROBODOC e STAR suggeriscono

⁵⁸ E. ACKERMAN, *New Da Vinci Xi Surgical Robot Is Optimized for Complex Procedures*, in *IEEE Spectrum*, 7 aprile 2014.

⁵⁹ F. FICUCIELLO, G. TAMBURRINI, A. AREZZO, L. VILLANI e B. SICILIANO, *Autonomy in surgical robots and its meaningful human control*, in *Paladyn Journal of Behavioural Robotics*, 10, 2019, 30-43.

⁶⁰ V. ad esempio ER2 (Eye Robot2), un robot per la microchirurgia oculare sviluppato dai ricercatori della Johns Hopkins University (A. ÜNERI *et al.*, *New steady-hand eye robot with micro-force sensing for vitreoretinal surgery*, in *2010 3rd IEEE RAS EMBS International Conference on Biomedical Robotics and Biomechanics*, 2010, 814-819).

⁶¹ N.A. NETRAVALI, M. BÖRNER e W.L. BARGAR, *The Use of ROBODOC in Total Hip and Knee Arthroplasty*, in L.E. RITACCO, F.E. MILANO e E. CHAO (a cura di), *Computer-Assisted Musculoskeletal Surgery Thinking and Executing in 3D*, Cham, 2016, 219-234.

⁶² A. SHADEMAN *et al.*, *Supervised autonomous robotic soft tissue surgery*, in *Science Translational Medicine*, 8, 2016, 337-364.

di modulare opportunamente la vigilanza percettiva e cognitiva richiesta all'operatore affinché sia garantito un controllo umano significativo dei robot chirurgici che si collocano nell'ampia classe dei sistemi ad autonomia L2. Il campionamento percettivo episodico e la valutazione cognitiva dell'esecuzione dei compiti da parte del robot sono plausibilmente più impegnativi nel caso di sistemi come STAR, viste le possibili modifiche della situazione dovute al fisiologico flusso di sangue ed alla respirazione, e alla corrispondente necessità di valutare la risposta adattativa del robot. Pertanto, uno stesso tipo di controllo umano a carattere discontinuo non sarà necessariamente in grado di soddisfare il requisito della significatività in relazione a *tutti* i robot chirurgici della classe L2.

I robot chirurgici autonomi L3 generano strategie di esecuzione dei compiti sotto la supervisione umana, e fanno affidamento sull'operatore per scegliere tra le diverse strategie generate o per attuare una strategia selezionata autonomamente. In misura limitata, il sistema STAR raggiunge questo livello di autonomia per quanto riguarda la generazione di strategie di anastomosi⁶³, insieme ai sistemi che identificano dinamicamente le *virtual fixtures* e generano parametri o traiettorie di controllo ottimali.⁶⁴ Per essere significativo, il controllo umano sui robot L3 presuppone che i chirurghi decidano in modo competente se approvare o meno una delle strategie generate dal robot. Questa decisione implica che i chirurghi comprendano la logica delle soluzioni proposte, siano nella posizione di confrontare i rispettivi pro e contro e decidano in tempo utile quale strategia seguire. A seconda della complessità delle strategie proposte e dei siti chirurgici, il requisito del controllo umano significativo può porre sfide sempre più complesse concernenti l'interpretabilità da parte dell'operatore delle soluzioni generate dal robot e dunque la possibilità di prendere una decisione informata sulle stesse. Problemi simili possono emergere in relazione alle strategie che i robot chirurgici possono *imparare* a proporre sulla base di metodi di apprendimento automatico (cd. *machine learning*), in considerazione dei noti problemi di interpretabilità che possono influenzare questi sistemi, e in particolare quei sistemi che sono stati sviluppati in conformità con i metodi del cd. *deep learning*.⁶⁵ Oggi, l'apprendimento delle strategie chirurgiche è destinato ad essere basato su insiemi di dati formati da strategie generate dall'uomo. In un futuro più lontano, le questioni di interpretabilità che sorgono nel contesto del controllo umano sui robot chirurgici L3 potrebbero diventare sempre più acute se i dati impiegati per imparare a generare strategie di intervento riguardassero le strategie generate dai robot stessi ed i corrispondenti esiti clinici.

In sintesi, al fine di identificare correttamente il contenuto del requisito del controllo umano significativo, occorre anzitutto considerare le funzionalità che sono in grado di definire ed ordinare, in senso gerarchico, i livelli di autonomia dei robot chirurgici (il *cosa* dell'autonomia), gli ambienti corporei in cui questi sono chiamati ad operare (il *dove* dell'autonomia) e le capacità che il sistema impiega – ad es. l'apprendimento – per agire autonomamente (il *come* dell'autonomia).

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ M. YIP e N. DAS, *Robot Autonomy for Surgery*, in R. PATEL (a cura di), *The Encyclopedia of Medical Robotics*, Singapore, 2018, 281-313.

⁶⁵ Su questo problema, e sui tentativi di venirne a capo, v. S. CHAKRABORTY *et al.*, *Interpretability of deep learning models: a survey of results*, relazione presentata nell'ambito dell'*IEEE Smart World Congress 2017*, 7-8 agosto 2017, il cui testo è reperibile al seguente indirizzo: <http://orca.cf.ac.uk/101500/> (ultima consultazione 7/02/2019).

Da un punto di vista etico, l'applicazione di questo requisito ai robot chirurgici ad autonomia crescente è motivata dai principi bioetici di beneficenza e non-maleficenza, e dalle responsabilità deontologiche che ne derivano in capo ai chirurghi. È dunque necessaria un'analisi approfondita delle responsabilità *prospettive* che verranno introdotte dal requisito del controllo umano significativo per delineare i programmi di formazione in chirurgia robotica. In particolare, il principio bioetico della non-maleficenza richiede una adeguata formazione volta a fornire gli strumenti concettuali che compensino i pregiudizi positivi nei confronti della macchina, che possono indurre erroneamente i chirurghi a fidarsi troppo del robot e troppo poco del proprio libero apprezzamento. Un'analisi approfondita dei compiti relativi al controllo umano significativo giocherà inoltre un ruolo altrettanto significativo nel valutare quali sono le (eventuali) responsabilità *retrospettive* del chirurgo, in caso di lesioni o morte del paziente operato mediante il supporto di robot chirurgici. Il corretto esercizio dei compiti discendenti dal requisito del controllo umano significativo potrà infatti costituire lo standard di diligenza alla luce del quale valutare eventuali profili di responsabilità (civile e penale). Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, ad esempio, questo requisito potrebbe essere oggetto di "linee guida" o "buone pratiche clinico-assistenziali" il cui rispetto è suscettibile di escludere la punibilità del medico ai sensi dell'art. 590-sexies del codice penale⁶⁶ e può venire in rilievo come elemento a favore del medico nei giudizi di responsabilità civile.⁶⁷

6. Conclusioni

L'analisi che precede ha evidenziato un elemento comune, che tiene insieme i tre casi di studio presi in considerazione e ne giustifica una trattazione congiunta, a dispetto delle palesi differenze che intercorrono tra l'uno e l'altro sistema robotico: la ricerca di una definizione delle forme e dei contenuti del controllo umano moralmente desiderabile (o, come si è detto, "significativo"), sulla cui base costruire una disciplina giuridica dei sistemi robotici eticamente orientata.

Portare a compimento tale ricerca costituisce un obiettivo ambizioso, la cui realizzazione sarà possibile attraverso uno sforzo collettivo della comunità scientifica e degli altri attori interessati e che pertanto si pone ben al di là delle possibilità di questo breve scritto. In queste righe conclusive, quindi, ci limiteremo a fissare quelle che ci sembrano alcune coordinate di riferimento per le future ricerche su questo tema.

Per cominciare, è bene osservare come il problema del controllo umano significativo non si presti a soluzioni univoche. Ciò vale non solo – com'è ovvio che sia – nei rapporti tra le diverse classi di sistemi robotici (è intuitivo, ad esempio, che la questione si ponga in termini diversi per le armi autonome e per i robot chirurgici), *ma anche all'interno della medesima classe*. Il contenuto del requisito del controllo umano, infatti, va determinato alla luce dei compiti concretamente svolti dalla macchina, del contesto operativo e delle capacità impiegate a tal fine, vale a dire alla luce del *cosa*, del *dove* e

⁶⁶ Disposizione introdotta dalla Legge n. 24 dell'8 marzo 2017 (cd. legge "Gelli-Bianco"), il cui co. 2 recita: «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

⁶⁷ Cassazione civile, sez. III, sentenza 9 maggio 2017, n. 11208, par. 1-a).

del *come* dell'autonomia di uno specifico sistema robotico. Questa distinzione è stata illustrata in riferimento ai robot chirurgici, ma può essere agevolmente applicata anche agli altri sistemi considerati. Per le armi autonome, ad esempio, il *cosa* riguarderà la funzione (difensiva/offensiva) e la tipologia di obiettivi; il *dove* lo scenario operativo, avendo particolare riguardo alla presenza di civili; ed il *come*, le specifiche proprietà dell'arma (ad es., la capacità di sorvolare un'ampia porzione di territorio e di agire al suo interno per un periodo di tempo prolungato: cd. *loitering*).

Un altro aspetto sul quale appare opportuno richiamare l'attenzione riguarda le funzioni del controllo umano, che ne giustificano l'introduzione come requisito etico-giuridico, contribuendo altresì a definirne il contenuto. Il controllo umano opera in primo luogo come *meccanismo di salvaguardia* (*fail-safe mechanism*), volto ad impedire che il cattivo funzionamento della macchina provochi danni altrimenti evitabili. Si pensi a quanto detto sopra a proposito della compatibilità tra piena autonomia dei sistemi d'arma e principio di precauzione nel diritto internazionale umanitario; ma anche alla necessità di garantire all'operatore dei veicoli autonomi e dei robot chirurgici privilegi di *override* sulle scelte della macchina. In secondo luogo, il controllo umano costituisce un *catalizzatore di responsabilità*: in caso di eventi dannosi, infatti, esso consente di individuare il soggetto responsabile e le ragioni della riprovevolezza della sua condotta. L'esame dei doveri deontologici e delle connesse responsabilità professionali del chirurgo che operi servendosi di sistemi robotici appare particolarmente indicativo sotto questo profilo. In terzo luogo, il controllo umano assicura che sia un *agente morale*, e non una macchina, a prendere decisioni riguardanti la vita, l'integrità fisica e i beni delle persone coinvolte.⁶⁸ La caratterizzazione, secondo quello che abbiamo definito approccio libertario, dei veicoli autonomi come "delegati morali" o *moral proxies* dell'utente va precisamente in questa direzione.

Il controllo umano, tuttavia, non dev'essere considerato un feticcio, da difendere ad ogni costo. Motivazioni etiche, soprattutto di carattere consequenzialista, possono giustificare una forte limitazione del ruolo del decisore umano in ragione delle ricadute positive che l'autonomia di alcuni sistemi robotici può avere sul benessere collettivo e individuale. Si pensi, in proposito, alla riduzione degli incidenti stradali che ci si aspetta possa derivare dalla diffusione dei veicoli autonomi – un aspetto, questo, che non pare aver ricevuto sufficiente considerazione a livello internazionale, vista la rigidità che ha fino ad ora caratterizzato la normativa in materia. D'altra parte, nel formulare giudizi etici sui meriti dell'autonomia non ci si può limitare a considerarne le conseguenze immediate e dirette. La desiderabilità morale delle armi autonome, ad esempio, non può essere valutata solo sulla base degli eventuali benefici che potrebbero derivare ai combattenti ed alla popolazione civile *nello specifico scenario operativo in cui sono impiegate*, ma – come si è visto – anche alla luce degli effetti destabilizzanti che il loro sviluppo potrebbe determinare su larga scala.

⁶⁸ In senso analogo, v. F. SANTONI DE SIO e J. VAN DEN HOVEN, *Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account*, in *Frontiers in Robotic and AI*, 5-15, 2018, i quali pongono, tra le condizioni di significatività del controllo umano sui sistemi autonomi, la possibilità di istituire un nesso tra le attività di questi ultimi e (almeno) un essere umano (cd. "tracing" condition).

Artificially Intelligent Law

Lawrence B. Solum*

ABSTRACT: This paper explores a series of thought experiments that postulate the existence of “artificially intelligent law.” An artificially-intelligent legal system is defined as one with three functional capacities: 1. The system has the capacity to generate legal norms. 2. The system has the capacity to apply the legal norms that it generates. 3. The system has the capacity to use deep learning to modify the legal norms that it generates. The paper then considers the question whether such a system would be desirable as a matter of legitimacy and justice. The core idea of the paper is that the key to the evaluation of artificially intelligent law is to focus on the functional capacities of the system in comparison to comparable human systems, such as regulatory agencies.

KEYWORDS: artificial intelligence; expert legal systems; legitimacy; justice; our robot overlords

SOMMARIO: 1. Introduction: Legal Personhood for Artificial Intelligences – 2. Expert Legal Systems and Deep Learning – 3. The Chinese Intersection – 4. The Concept of an “Artificially Intelligent Law” – 5. Regulation by Artificial Intelligence – 6. Delegation and Democracy – 7. Justice and Equity – 8. Conclusion: The Value of Thought Experiments.

1. Introduction: Legal Personhood for Artificial Intelligences

In 1992, “Legal Personhood for Artificial Intelligences” was published.¹ In that article, I suggested a thought experiment that might illuminate the nature of legal and moral personhood. Here is a slightly modified version of the scenario:

Imagine expert systems developing from existing programs that perform some of the component functions of a trustee. For example, the decision to invest in publicly traded stocks is made by a computer program in what is called “program trading,” in which the program makes buy or sell decisions based on market conditions. Programs that interact with financial institutions via the Internet are commonplace. It is not difficult to imagine an expert system that combines these functions with a variety of others, in order to automate the tasks performed by the human trustee of a simple trust. Such a system might evolve in three stages. At stage one, the program aids a human trustee in the administration of a large number of simple trusts. The program invests in publicly traded securities, placing investment orders via modem and electronic mail. The program disburses the funds to the

* Professor of Law, Georgetown University Law Center. Mail: lsolum@gmail.com. The essay has been peer-reviewed by the Scientific Committee.

¹ LAWRENCE B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carolina Law Review*, 70 N.C. L. Rev. 1231, 1992.

trust beneficiaries via an electronic checking program. Upon being informed of a relevant event, such as the death of a beneficiary, the program follows the instructions of the trust instrument—for example, changing the beneficiary or terminating the trust. The program prepares and electronically files a tax return for the trust. The human trustee operates as do trustees today. The human makes the ultimate decisions on how to invest the funds, although she may rely upon an expert system for advice. She reviews the program's activities to ensure that the terms of the trust instrument are satisfied. But the actual performance of the day-to-day tasks is largely automated, carried out by the program without the need of human intervention.

Stage two involves a greater role for the artificial intelligences (AI). Expert systems are developed that outperform humans as investors in publicly traded securities. Settlers begin to include an instruction that the trustee must follow the advice of the AI when making investment decisions regarding trust assets. Perhaps they do this because experience shows that trusts for which the human overrides the program generally perform less well than those in which the program's decision is treated as final. Moreover, trust administration programs become very proficient at analyzing and implementing the terms of trust instruments. There is little or no reason for the human to check the program for compliance. As a consequence, the role of the human trustee diminishes and the number of trusts that one human can administer increases to the thousands or tens of thousands. The human signs certain documents prepared by the program. She charges a fee for her services, but she devotes little or no time to administering any particular trust.

But there may be times when the human being is called upon to make a decision. For example, suppose the trust is sued. Perhaps a beneficiary claims that the trust has not paid her moneys due. Or imagine that an investment goes sour and a beneficiary sues, claiming that the trustee breached the duty of reasonable care and skill. If such events occur with regularity, the trustee will develop a routine for handling them. She might routinely refer such disputes to her attorneys. In time, the expert system is programmed to handle this sort of task as well. It processes the trustee's correspondence, automatically alerting the trustee when a letter threatening suit is received or process is served. The system prepares a report on the relevant trust from its electronic records and produces a form letter for the trustee's signature to be sent to the trust's attorneys. As the capabilities of the expert system grow, the need for the human trustee to make decisions gradually diminishes.

The third stage begins when a settlor decides to do away with the human. Why? Perhaps the settlor wishes to save the money involved in the human's fee. Perhaps human trustees occasionally succumb to temptation and embezzle trust funds. Perhaps human trustees occasionally insist on overriding the program, with the consequence that bad investments are made or the terms of the trust are unmet. What would happen if a settlor attempted to make the program itself the trustee?²

The thought experiment formed the cornerstone of an argument that the decision whether to grant legal personhood to artificial intelligences should turn on the functional capacities of the artificial intelligences. If it were the case that an artificially intelligent program had functional capacities to serve as a trustee, the law ought to confer legal personhood on the artificial intelligence.

In this Essay, I explore a different question. I imagine an artificially intelligent system that performs the functions that we now associate with institutions such as regulatory agencies. What if there were

² *Id.* at 1240–42.

a program with the ability to create legal norms that implement some “intelligible principle” for the governance of some realm of human behavior? What if there were an “artificially intelligent law” with the capacity to create, modify, and implement a regulatory system? And what if this artificially intelligent law did a better job of accomplishing the goals of the regulatory system than humans? In the distant (or not so distant) future in which artificially intelligent laws are possible, should we delegate the functions of a regulatory system to them?

2. Expert Legal Systems and Deep Learning

Expert legal systems already exist, and they have been used to make legal decisions for quite some time. An early example is the “DissoMaster,” a software program that was used to calculate various financial awards in connection with the dissolution of a marriage.³ Systems like this do not have legal authority, but as a practical matter, the awards calculated by expert legal systems may be sticky. Negotiated settlements and judicial decisions may treat the decision made by the expert legal system as dispositive, even if it is not legally binding.

We can easily imagine that an expert legal system like the DissoMaster might actually be incorporated in a legal norm. The legislature could enact a statute that required that financial awards in marital dissolution cases conform to the outputs of the DissoMaster. Such a statute would be the functional equivalent of a statute that spelled out the underlying algorithm as a series of mathematical formulae. The reference in the statute to the DissoMaster would be nothing more than a shorthand way of enacting the formula as law.

Expert legal systems like the DissoMaster do not have the capacities that would be required for a true artificially intelligent law. Expert legal systems are algorithmic: they operate on the basis of a formula, accepting inputs from the human user of the system to produce outputs that are specified by numerical formulas.

Artificially intelligent laws are still science fiction, but the current state of artificial intelligence research is suggestive. Especially important is the idea of “deep learning.”⁴ Machine-learning programs are self-modifying; they improve themselves.⁵ Deep-learning involves the use of neural network architecture to implement machine-learning.

3. The Chinese Intersection

In 2014, I published “Artificial Meaning,” which introduced a thought experiment called “the Chinese Intersection.”⁶ Here is the thought experiment, with some minor modifications:

³ JAMES A. EIDELMAN, *Software Solutions: A Buyer's Guide to the Best Hard-Working Packages*, in *Family Advocate*, Fam. Advoc., Spring 1989, 42, 46.

⁴ DINA MOUSSA & GARRETT WINDLE, *From Deep Blue to Deep Learning: A Quarter Century of Progress for Artificial Minds in Georgetown Law and Technology Review*, 1 Geo. L. Tech. Rev. 72, 74–75, 2016.

⁵ DR. TOKIO MATSUZAKI, *Ethical Issues of Artificial Intelligence in Medicine in California Western Law Review*, 55 Cal. W. L. Rev. 255, 260, 2018.

⁶ LAWRENCE B. SOLUM, *Artificial Meaning in Washington Law Review*, 89 Wash. L. Rev. 69, 74–76, 2014.

Imagine that you are in the not-so-distant future, looking back at the history of traffic management in Shanghai, an urban megalopolis that we shall imagine became even larger and more densely populated. Somewhere in the heart of this imaginary version of Shanghai there was a supremely complicated intersection, where ten major roads, three highways, six surface light rail lines, and twenty-three pedestrian walkways intersect. Traffic engineers and the city officials tried all the usual tools to manage the intersection. Stoplights, left-turn-only lanes, pedestrian walk/don't-walk signs, speed limits, don't-block-the-box signs with big fines, and so forth. None of it did any good. The “Chinese Intersection” as we shall call it was the source of traffic jams of epic proportions—get stuck at the wrong place at the wrong time, and your five-hour commute lasted for five days. Literally.

At some point, the officials realized that human beings just weren't up to the task of managing traffic in the Chinese Intersection. For every move the human regulators made, frustrated drivers had a countermove—always attempting to circumvent the rules in order to shave a few minutes off the journey through the Chinese Intersection. Economists wrote articles that explained that driver behavior can be modeled using the techniques of game theory. The Chinese Intersection, the economists said, involved multiple Prisoner's Dilemmas. If every driver obeyed the rules, then each individual driver would benefit, but no driver could trust the others, so almost everyone cheated, and the result was chaos. Other economists calculated the effects of the Chinese Intersection on productivity, transportation costs, and real estate values. Everyone knew that the number would be a big one, but when the results of the study were announced, it precipitated a political crisis. The Chinese Intersection imposed annual costs of close to 1.6 trillion Yuan (or approximately 100 billion dollars).

The good news was that the budget for solving the problem became functionally unlimited. Tasks forces met. Entrepreneurs proposed solutions. Politicians called for immediate action. The obvious solution was to eliminate the Chinese Intersection altogether—perhaps a nice park could replace it. But then a simulation was run, and it turned out that this would make the traffic problems in Shanghai far worse. Eventually, a solution was proposed. Traffic in the Chinese Intersection (and eventually all of Shanghai) would be managed by an AI that would operate a system of traffic controls. The system would operate a massive system of programmable lane markers, signs, signals, gates, bumps, broadcasts, robot vehicles, and vehicle removal cranes. The goal was to create a system that would write the traffic laws, inform drivers of their contents, and then enforce the laws by removing non-complying vehicles and collecting on-the-spot fines from the drivers.

And so, a team of programmers and traffic engineers began the process of developing the Shanghai Artificially Intelligent Traffic Authority (SAITA). Early on in the process, the developers realized that SAITA would need the capacity to adapt itself to changes in driver behavior and traffic flow. The programmers produced a system that was capable of changing the traffic code, speed limits, signage, and lane configurations—just about every element of traffic regulation in the city. The system was designed to introduce random variations and run controlled experiments to evaluate the effects of various combinations on traffic patterns. Violations would be detected by an elaborate system of electronic surveillance. Offenders would be identified and immediately removed from traffic by a system of cranes located at key intersections. An automated adjudication system would impose fines for minor offenses and jail terms for more serious violations.

The rollout of the new system was not great. There were bugs and for several days, traffic actually became much worse. SAITA produced a variety of legal texts, signs, and symbols. For example, SAITA periodically revised the punishments associated with traffic code violations--optimizing the level of punishment by modeling the costs and benefits in light of the massive amounts of data it collected on driver behavior. SAITA operated the complex system of traffic signs. In the early days, these signs were simply electronic versions of the familiar signs, but as the system introduced random mutations, the signs began to morph as the system learned new techniques for communicating with drivers. Running a static stop sign resulted in a fine of ¥2000, but if the stop sign was flashing, the fine increased to ¥5000 and if the stop sign was flashing, spinning, and cycling from red to orange and purple, then the fine increased to ¥10,000. The system was even capable of introducing its own vocabulary. When the AI detected a new violation type that had a particularly harmful effect on traffic flow, it could invent a word (represented by a logogram or character) to name the type and add a provision to the traffic code. SAITA could even initiate a public information campaign with entertaining YouTube videos and giant billboards defining the new word and instructing the public about the new law.

Traffic improved noticeably, even in the first few weeks, but as the system began to learn from experience, the effects became dramatic. Lanes were adjusted for traffic flow, the laws were optimized, and the system did a much better job of communicating with drivers than the old human-run system had ever done. Within two years, the traffic flowed smoothly through the Chinese Intersection. Commute times went down, happiness levels went up, and there were even calls to extend SAITA's domain to regulation of things other than traffic.

4. The Concept of an “Artificially Intelligent Law”

The Chinese Intersection thought experiment posits an artificially intelligent law. For the purposes of this Essay, I want to stipulate that the phrase “artificially intelligent law” shall refer to an artificially-intelligent deep-learning system with the following functional capacities:

1. The system has the capacity to generate legal norms. In the Chinese Intersection thought experiment, SAITA has the capacity to generate traffic rules and regulations.
2. The system has the capacity to apply the legal norms that it generates. In the Chinese Intersection thought experiment, SAITA has the capacity to apply the traffic rules it promulgates by citing violators and taking enforcement actions.
3. The system has the capacity to use deep learning to modify the legal norms that it generates in response to information about the effects of its regulations. SAITA has the ability to evaluate the effect of its regulations on traffic flow and then modify those regulations so as to better achieve the goal of reducing wait times at the intersection.

The phrase “artificially intelligent law” could be used in other ways, but for the remainder of this Essay, my use of the phrase will be limited to artificially-intelligent deep-learning systems that satisfy these three conditions.

5. Regulation by Artificial Intelligence

The Chinese Intersection thought experiment was deliberately set in a context in which the deployment of artificially intelligent law would be unlikely to be seen as intensely controversial. Automated law enforcement already exists in the context of traffic laws. For example, many jurisdictions employ camera systems that can read license plates and automatically generate citations for offenses like running a stop light or speeding. As a practical matter, the decision of the automated system approximates finality, as the cost of contesting the decision is likely to exceed the benefits of a successful challenge. If the system is highly accurate, then it is likely to be perceived as legitimate, despite the fact that the policing and adjudicatory functions are performed by an automated system with minimal human intervention.

The Chinese Intersection thought experiment goes beyond policing and adjudication, because SAITA designs, promulgates, and modifies legal norms. Delegating the law-making function to an artificial intelligence is qualitatively different than any current use of artificial intelligence of which I am aware. In the context of the Chinese Intersection thought experiment, this may seem innocuous. The design of traffic rules might well be assigned to obscure technocrats in a real-world legal system. The move from technocrats employing cost-benefit analysis to an artificially intelligent system might even be uncontroversial—especially if the system solved an urgent social problem as it does in the Chinese Intersection thought experiment.

Now imagine the extension of artificially intelligent law to contexts in which the stakes are higher and the design of legal norms implicates issues that have a political, ideological, or moral dimension. Here is a brief list of some possibilities:

- **Climate Policy:** Imagine that an artificially intelligent system is charged with regulation of greenhouse gas emissions. The system is charged with achieving the optimal strategy for reducing emissions using cost-benefit analysis. The resulting system of regulation and enforcement has distributional effects: some firms and employees are losers and others are winners.
- **Prison Regulation:** Imagine that an artificially intelligent system is charged with the development of rules and regulations governing the conduct of persons confined in a prison system. The system is charged with developing a system of regulations that will reduce violence, increase the physical and mental health of inmates, and provide optimal rehabilitation and deterrence. The artificial intelligence achieves these goals, but some of its regulations are unpopular with prisoners and others are resisted by the unions representing corrections officers, because they reduce employment levels.
- **Terrorism:** Imagine an artificially intelligent system charged with the development and implementation of legal norms designed to reduce the levels of terrorist activity. The system implements a pervasive system of surveillance that allows the system to identify and detain persons who are planning or implementing terrorist actions.

The delegation of legal authority to an artificially intelligent legal system would surely be controversial in any of these contexts. Enabling legislation would be resisted, even if it ultimately became law. Civil society groups would howl. In each of the three scenarios above, there would be losers, and undoubtedly their representatives would resist the decision on process grounds.

Delegation of legal authority over climate policy, prisons, and terrorism would be politically contentious, precisely because the design and implementation of legal norms in these areas produce winners and losers and involve issues with ideological and moral dimensions. In the discussion that follows, I will put the political dimension of these controversies to the side and instead focus on the moral dimension—and particularly on the questions of legitimacy and justice that would be implicated by the delegation of legal authority to an artificial intelligence in cases like these.

For the purposes of the discussion that follows, I will assume that *legitimacy* and *justice* are contested concepts. Following Rawls, I will assume that there are disagreements about the nature of legitimacy and justice, leading to competing conceptions of the nature of these concepts.⁷ In this Essay, I cannot hope to canvass the possible positions or to defend particular conceptions of legitimacy and justice against their rivals. I will simply assume what I believe to be plausible views about the nature of legitimacy and justice.

6. Delegation and Democracy

The delegation of legal authority to an artificially intelligent legal system would raise questions of legitimacy. The concept of legitimacy is particularly difficult. In my opinion, it is one of the most important ideas for normative legal theory and it is simultaneously undertheorized. The discussion that follows explores three ideas that are rooted in legitimacy:

- **Democratic Legitimacy:** The idea that legal norms should be authorized by democratic institutions.
- **Legitimacy as Transparency:** The idea that legal norms should be transparent in the sense that they are accessible to the public.
- **Constitutional Role Legitimacy:** The idea that officials have legitimate roles, specified by the system of constitutional norms, and that official actions should only be undertaken by officials with constitutional authority with respect to the kind of action.

Each of these three ideas about legitimacy would be implicated by the delegation of legal authority to an artificially intelligent system.

Consider democratic legitimacy. Lawmaking by an artificially intelligent legal system would seem, on the surface, to violate the principle that legal norms ought to be authorized by institutions that possess democratic legitimacy. Once the context of artificially intelligent law is moved from traffic regulation to high-stakes contexts like climate policy, governance of prisons, or terrorism, it is natural to move to science fiction scenarios that involve “our robot overlords.”

But the democratic legitimacy of artificially intelligent law is not so simple as our initial reaction to high-stakes scenarios might suggest. What if the delegation of authority to an artificially intelligent system is authorized by a democratic institution, for example, a national legislature? Delegations of authority are a pervasive feature of contemporary legal systems. In the United States, such delegations frequently involve independent regulatory agencies—which are insulated from direct control by the elected executive (the President). I am no expert, but I believe that there is a common perception that regulatory authority in the European Union is exercised by technocrats (“eurocrats”) that

⁷ JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971, 5.

are functionally independent of direct supervision and control by majoritarian democratic institutions.

Of course, it might be argued that independent regulatory agencies and eurocrats are themselves illegitimate, but acting on that idea would be hugely controversial. In the United States, for example, many believe that independent regulatory agencies are a practical necessity given the complexity of regulatory policy and the difficulty of enacting regulatory legislation given the constitutional structure of the legislative process, which requires the acquiescence of a majority of the House of Representatives, a supermajority in the Senate, and either the agreement of the President or, in case of a veto, a two-thirds supermajority in both the House and the Senate. But if democratic legitimacy is satisfied by the initial legislative authorization of the independent regulatory agency, then it would also seem to be satisfied by legislation delegating authority to an artificially intelligent legal system.

Artificially intelligent laws that employ deep learning would raise transparency concerns. Getting at the nature of this problem involves a preliminary step, the examination of the transparency issues that would be raised by rules-based expert systems. Algorithmic expert systems implement rules. The structure of the algorithm may be complex, but it is in principle available for public inspection. Once again, a comparison with delegations to independent regulatory agencies and eurocrats may be illuminating. The complex rules that are implemented by an expert system are not different in kind from the implementation of such rules by humans. As a practical matter, the inner workings of a regulatory agency are no more or less transparent than the workings of an expert system. Moreover, the expert system may have a transparency advantage, because algorithms (if they are designed correctly) are not subject to the manipulation or incompetence that afflicts the implementation of complex rule structures by humans.

Deep learning systems are different, because the decision-making procedures developed by a deep learning system may not be accessible, even to those who designed the system.⁸ This is a complex issue—even a cursory discussion is beyond the scope of this Essay, but a few observations can illuminate the nature of the problem. The transparency concern would be severe if an expert legal system were to apply legal norms which were secret because the norms themselves were embedded in a deep learning system. That would be the equivalent of secret laws and would violate the publicity requirement that is widely believed to be an essential element of the rule of law. Artificially intelligent legal systems should be designed so that the norms themselves are public, and the artificially intelligent legal system might even be designed to ensure that the norms it promulgates are comprehensible to those who are governed by them.

Even if the legal norms promulgated by an artificially intelligent legal system were transparent, there is another transparency problem. The process by which the legal norms are designed might itself be opaque in the sense that humans would not be able to inspect and comprehend the method by which the content of the legal norm was specified. But once again, this lack of transparency must be compared to the transparency of the human alternative. Legislative processes, at least in the United States, are famous for their lack of transparency; backroom deals and behind-the-scenes influence-

⁸ ANDREW D. SELBST & SOLON BAROCAS, *The Intuitive Appeal of Explainable Machines in Fordham Law Review*, 87 *Fordham L. Rev.* 1085, 2018.

peddling are widely believed to shape legislation. Similarly, the internal processes of independent regulatory agencies may well be shielded from public view.

It is possible that artificially intelligent legal systems could be designed to provide explanations of their processes. Even if the explanation is only an approximation of the actual process, the resulting transparency might equal or exceed the transparency of human lawmaking. Our evaluation of these issues will be mostly speculation, unless and until artificially intelligent legal systems actually exist.

The final problem of legitimacy arises because of the deep connection between legitimacy and legality.

In constitutional systems that allocate lawmaking authority to particular institutions, the delegation of lawmaking authority to an artificially intelligent legal system would raise a question about the legitimacy of transferring lawmaking authority from the legislature to the artificial intelligence. In the United States, this question would involve the nondelegation doctrine—the rule that prohibits Congress from delegating its constitutional “legislative power” to another institution (e.g., courts or an executive department). Of course, delegations to independent regulatory agencies are viewed as constitutional so long as the authorizing legislation provides what is called an “intelligible principle” that provides sufficient guidance to the agency.⁹

There is a unifying theme to my analysis of the three problems of legitimacy. In each case, our analysis of the problem requires a functional comparison of the artificially intelligent legal system to the corresponding human systems. If the artificially intelligent system does as well as independent regulatory agencies or eurocrats with respect to responsiveness to democratic institutions, to transparency, and to compliance with an intelligible principle, then the legitimacy objection seems misplaced. Of course, it might well be the case that our current institutions should be reformed to make them more legitimate, but in the absence of such reform, these legitimacy concerns are not unique to artificially intelligent law.

7. Justice and Equity

Consider another possible objection to artificially intelligent law. It might be argued that an artificially intelligent legal system would be insufficiently attentive to concerns of justice. One version of this argument might focus on the distinction between consequentialism and deontology. Thus, it might be objectionable that a self-modifying artificial intelligence employing deep learning techniques would focus on quantitative inputs and cost-benefit analysis (consequentialism) to the exclusion of qualitative judgments about distributional effects and desert (deontology). To begin, we should note that precisely this objection is frequently made to human regulatory processes. More fundamentally, the objection rests on the assumption that an artificially intelligent legal system could not acquire a sense of justice, but that assumption may or may not be correct. If human neural nets can support a sense of justice that is sensitive to considerations of desert and distributive justice, then perhaps deep learning systems acquire the same functional capacities. Indeed, it is at least conceivable that

⁹ MEAGHAN DUNIGAN, *The Intelligible Principle: How It Briefly Lived, Why It Died, and Why It Desperately Needs Revival in Today's Administrative State* in *St. John's Law Review*, 91 *St. John's L. Rev.* 247, 2017.

an artificially intelligent system would do a better job of incorporating such concerns into the design of legal norms.

Once again, it would be functional capacity that would determine the validity and importance of the objection.

In the case of expert systems that are rule governed, we might well be concerned about the problem of equity (in the Aristotelian sense).¹⁰ No matter how well designed the system of legal rules, the complexity of life can outrun the capacity of the rules to achieve outcomes that are fair. It might be argued that an artificially intelligent legal system would be unduly rigid in the application of general legal rules to particular cases. Such a system, the argument would go, is incapable of doing equity—making an exception to fit the unique circumstances of the particular case. But it is not so clear that this objection to an algorithmic rules-based expert system carries over to an artificially intelligent legal system that employs deep learning. The crucial question concerns functional capacity: if the artificially intelligent law had the functional capacity to do equity that was as good as the capacity of human regulators (which may not be so great), then the objection would disappear.

8. Conclusion: The Value of Thought Experiments

The point of this Essay is not to make the case for artificially intelligent law or to answer objections to this idea. The issue has yet to crystallize, because there is no artificially intelligent system with the functional capacities imagined by the Chinese Intersection thought experiment, much less those that would be required by climate policy, the governance of prisons, or the legal response to terrorism.

Rather, the point of these thought experiments is to help us think today about issues that are likely to creep into the law in bits and pieces as artificial intelligences of various kinds begin to play new and unexpected roles in a variety of contexts. At the same time, the thought experiments may shed new light on old problems. Our concerns about artificially intelligent law might help us to think about the design of human law. Questions about legitimacy and justice are deep. Approaching these questions from a new angle just might help us to question old assumptions and develop novel theories. Or so we can hope.

¹⁰ ROGER A. SHINER, *Aristotle's Theory of Equity in Loyola of Los Angeles Law Review*, 27 Loy. L.A. L. Rev. 1245, 1994.

L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà

Andrea Simoncini*

THE UNCONSTITUTIONAL ALGORITHM: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE FUTURE OF LIBERTIES

ABSTRACT: Today a growing number of decisions affecting human liberties are taken by algorithms. This evidence raises a vast number of questions concerning the transparency of such tools, the legal and ethical framework for algorithmic decision-making and the societal and cognitive impacts of such algorithmic automation. Starting from Wiener's fascinating invention of "cybernetics", which demonstrated the original link between this new science and the very idea of "public government", this paper maps the inherent tension between AI and law. It focuses firstly on the impact of "cybernetic revolution" on constitutional law, considering the technological switch from "means" to "subject" and then analyses some cases involving the use of predictive algorithms in the fields of criminal and administrative law. The paper then examines and criticizes the standards set by GDPR to provide effective protection for fundamental liberties. It concludes by calling for a new doctrine of "precautionary constitutionalism" through which protection of fundamental rights and the rule of law should be granted within designing new technologies.

KEYWORDS: algorithmic state; artificial intelligence; constitutional law; cybernetics; GDPR

SOMMARIO: 1. Premessa. Edipo e l'oracolo: la predizione del futuro e la libertà – 2. Dalla "cibernetica" all'avvento dell'intelligenza "artificiale" – 3. L'impatto della rivoluzione *cibernetica* sul diritto costituzionale: intelligenza artificiale, autonomia e libertà – 3.1 Il soggetto "catturato" dallo strumento – 3.2 L'uso di algoritmi predittivi nelle decisioni rilevanti per la libertà – 3.2.1 caso "Compas" – 3.2.2 La mobilità degli insegnanti nella L. 107/2015 – 4. Nuove questioni di costituzionalità – 5. Il quadro normativo europeo-nazionale – 5.1 Principio di conoscibilità – 5.2 Principio di non esclusività – 5.3 Il principio mancante: non discriminazione – 6. Verso una dottrina della "precauzione costituzionale" – 7. Verso un diritto costituzionale *ibrido* – 8. Profeti inascoltati: Marcuse.

1. Premessa. Edipo e l'oracolo: la predizione de futuro e la libertà

Di recente Marta Cartabia e Luciano Violante hanno proposto una rilettura delle tragedie di Edipo ed Antigone considerate una grande metafora senza tempo dei dilemmi insoliti nel mondo del diritto¹. Sabino Cassese in una sua recensione del libro² ne suggerisce una

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze. Mail: andrea.simoncini@unifi.it. Contributo sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.

¹ M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito: con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, 2018.

peculiare chiave di lettura che mi pare condensi in maniera affascinante le tensioni e le criticità del tema che intendo affrontare.

Com'è noto, nella tragedia sofoclea un ruolo assolutamente determinante per il corso degli eventi è quello giocato dall'oracolo di Delfi.

Sia Laio che Edipo, volendo conoscere il futuro, si rivolgono all'oracolo. Ed è la sacerdotessa di Apollo - la Pizia - che predice a Laio che il figlio l'avrebbe ucciso, così come più tardi predirà ad Edipo che avrebbe ucciso il padre e sposato la madre³.

Come osserva Cassese, sia Laio che Edipo «proprio perché avvertiti dal vaticinio, per evitarlo, metteranno in opera una serie di azioni che lo realizzeranno».

Paradossalmente, è la conoscenza del futuro prima che esso accada ad innescare il corso di azioni che condurrà alla *hybris* tanto del padre quanto del figlio. Giocasta (in qualche modo vittima del crimine di entrambi) lo riafferma dolorosamente: «(l'uomo) è dominato dalle vicissitudini del caso e di nulla ha preveggenza certa»⁴.

La possibilità di predire il futuro è un desiderio con il quale l'uomo ha combattuto da sempre. In fin dei conti, tutto lo sforzo della scienza non è forse quello di cercare leggi, formule, modelli in grado di spiegare gli avvenimenti del mondo fisico così da poterli prevedere? Indubbiamente, l'avvento della fisica quantistica, con la sua logica probabilistica ed il principio di indeterminazione, ha aperto scenari nuovi rispetto alla fisica classica, ma un punto non è mai stato messo in discussione: il comportamento umano, le sue scelte e decisioni non sono determinabili con le stesse leggi con le quali si comprendono i fenomeni fisici o chimici; alla possibilità di predire con esattezza il comportamento umano si è sempre opposta una caratteristica che per millenni si è ritenuta prerogativa esclusiva di quel particolare prodotto dell'evoluzione che chiamiamo *homo sapiens* e che manca negli altri esseri viventi: la libertà.

Ovverosia, la capacità dell'uomo di determinarsi autonomamente rispetto alla propria corporeità ed alla propria storia. L'essere umano, infatti, non è mai soltanto il prodotto deterministico delle sue stimolazioni biochimiche o neurofisiologiche, ovvero il risultato necessario delle condizioni socio-economiche o ambientali in cui vive.

Per questo motivo, la capacità di predire il comportamento umano con la stessa esattezza delle leggi naturali è sempre stata fuori del perimetro della ragione umana, sebbene sia stata immaginata dalla letteratura⁵. Tanto è vero che l'oracolo nelle tragedie ha sempre ragione, pur *non dando mai ragioni*.

² S. CASSESE, *Il diritto nello specchio di Sofocle*, in *Il Corriere della Sera*, 18 maggio 2018, https://www.corriere.it/cultura/18_maggio_18/cartabia-violante-il-mulino-saggio-cassese-c1288514-5ab0-11e8-be88-f6b7fbf45ecc.shtml (ultima consultazione 4/02/2019).

³ M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito: con Edipo, Antigone e Creonte*, cit., 65.

⁴ SOFOCLE, *Antigone Edipo re Edipo a Colono*, Introduzione, traduzione, premessa al testo e note di Franco Ferrari, Milano, 1982, p. 233.

⁵ Debbo a Massimo Villone – nelle sue considerazioni di sintesi al convegno di Parma promosso dall'AIC il 12 ottobre 2018 - il richiamo su questo punto alla *science fiction* e ad un autore che oggi addirittura viene citato nei documenti ufficiali dell'Unione Europea sul tema della "robotica": Isaac Asimov. In effetti nella trilogia della "Fondazione" il noto scrittore di science fiction, immagina l'invenzione di una nuova scienza (la "psicostoria") che combinando la storia, la psicologia, la sociologia e la statistica, riesce ad effettuare previsioni molto accurate sul comportamento futuro di gruppi molto ampi di persone; tale scienza immaginaria muove dall'idea che, mentre non si possono prevedere le azioni di un particolare individuo, attraverso opportune combinazioni sta-

Secondo la lettura di Cassese, questa sarebbe stata la *hybris* più grave: due re, dunque due uomini che secondo la filosofia greca esprimono il livello più alto della capacità morale e razionale - ovvero sia l'azione politica⁶ - accettano di farsi guidare dalla predizione di un evento del quale non è fornita alcuna spiegazione comprensibile. Angosciati dal desiderio di conoscere il futuro, accettano di sottoporre la propria intelligenza al vaticinio immotivato di un oracolo.

Cosa accade in questo modo? Accade che effettivamente il figlio ucciderà il padre.

Il soggetto umano che accetta una predizione priva di ragioni finisce per uccidere la ragione stessa. È stato scritto 2500 anni fa, ma è quello che oggi sta accadendo con gli algoritmi predittivi, i nuovi oracoli del XXI secolo.

2. Dalla “cibernetica” all’avvento dell’intelligenza “artificiale”

Innanzitutto, il dato di partenza della nostra indagine.

Oggi un numero sempre crescente di decisioni capaci di «produ[rr]e effetti giuridici negativi o incid[ere] significativamente»⁷ sulle libertà individuali e collettive sono prese (o supportate) da macchine, ovvero da sistemi automatizzati governati da algoritmi. Quali sono le implicazioni di questo fenomeno sul terreno delle libertà costituzionali? L'esempio probabilmente più diffuso di tale fenomeno è la cosiddetta *profilazione* che – a norma dell'art. 4 del Reg. GDPR – indica qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati «effettuato per valutare aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

In realtà, le possibilità offerte dalla cosiddetta “intelligenza artificiale” nel supportare (ovvero sostituirsi al) le decisioni umane si stanno espandendo in maniera rapidissima nei più vari settori della vita: dalla medicina alle decisioni giudiziarie, dai navigatori satellitari alla gestione del traffico aereo, dalle auto senza guidatore alla domotica, dalla pubblicità su web (forse il primo settore nel quale ci siamo accorti dell'esistenza degli algoritmi predittivi) allo studio della genomica.

Per inquadrare correttamente il tema ed il suo impatto potenziale sul diritto costituzionale vorrei - seppur rapidamente - inserire queste applicazioni all'interno di un fenomeno più ampio e ben più rilevante: quella che preferisco chiamare, con un termine forse un po' desueto, rivoluzione “*cibernetica*”.

Perché “cibernetica” e non semplicemente *tecnologica* o *digitale* come più di frequente viene chiamata?

tistiche, psicologiche, sociologiche e storiche, è possibile predire il comportamento di grandi gruppi di persone. Asimov usa l'analogia di un *gas*: un osservatore ha una grande difficoltà nel predire il movimento di una singola molecola in un gas, ma attraverso la teoria cinetica è possibile prevedere l'azione di massa del gas ad un alto livello di accuratezza.

⁶ ARISTOTELE, *Etica nicomachea, Libro I*, Traduzione, introduzione e note di Carlo Natali, Roma-Bari, 1999, 1094b, 5.

⁷ Reg. 679/2016.

Com'è noto, dobbiamo a Norbert Wiener ed al suo libro del 1948, *“Cibernetica: ovvero il controllo e la comunicazione nell'animale e nella macchina”*⁸, l'invenzione di questo termine che poi dominerà la letteratura, anche giuridica, a partire dagli anni 60⁹.

L'ipotesi di partenza di questa nuova scienza è che i meccanismi di comunicazione e di controllo nelle macchine e negli organismi viventi siano sostanzialmente analoghi. Dunque, soprattutto attraverso la meccanica statistica, si possono studiare e comprendere tanto le forme di comunicazione e di controllo degli organismi biologici quanto quelli delle macchine. Come dice lo stesso Wiener nella introduzione alla prima edizione del 1948 del suo volume:

«Noi abbiamo deciso di chiamare l'intero campo della teoria del controllo e della comunicazione, sia nelle macchine che negli animali, con il nome “cibernetica”, che abbiamo preso dal greco κυβερνήτης ovvero “pilota della nave”¹⁰».

Allo studioso americano dobbiamo, quindi, l'intuizione originaria per cui esisterebbe un'analogia fondamentale tra i meccanismi di comunicazione e controllo nelle macchine e negli esseri viventi. Questa ipotesi nasce dalla radice comune κυβερνήτης, che darà vita sia al “gubernum” latino, il governo della *civitas*, che a questa nuova area di studio, appunto, “cibernetica”.

Esiste quindi sin dalla sua prima origine una “affinità” tra la scienza cibernetica ed il diritto inteso come forma dell'organizzazione sociale: entrambi mirano a studiare e a rendere prevedibili i modelli di comunicazione e controllo nei comportamenti collettivi¹¹.

Ebbene, questa nuova scienza - e la sua premessa metodologica - è all'origine delle tre dimensioni fondamentali dello sviluppo tecno-scientifico che negli ultimi trent'anni ha letteralmente rivoluzionato il nostro mondo.

In primis, la *tecnologia dell'informazione* o ICT (*Information and Communication Technology*), che dall'avvento della digitalizzazione ha condotto ad Internet, allo sviluppo del Web, al cosiddetto *Internet of Things* (IoT), fino alla attuale stagione dei Big Data¹².

In secondo luogo, la dimensione delle *neuroscienze*, intese come lo studio delle basi biochimiche del comportamento e del pensiero umano. Infine la dimensione della *genomica*; ovvero sia gli studi e le tecniche conseguenti alla completa mappatura del DNA umano e la possibilità di intervenire direttamente su tale codice.

Queste tre principali direttrici dello sviluppo tecno-scientifico, proprio perché procedono dalla comune radice *cibernetica*, sono caratterizzate da alcuni elementi comuni che, a mio avviso, costituiscono il vero cambiamento di scenario in cui il diritto si trova coinvolto e travolto. Mi limito ad accennarne due.

⁸ N. WIENER, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge, MA, 1948.

⁹ Si pensi al fondamentale contributo di V. FROSINI, *Cibernetica: diritto e società*, Milano, 1968. (un'anticipazione visionaria del tema è dovuta a G. PAPINI, *Gog*, IX ed., Firenze, 1951 nel racconto “*Il Tribunale Elettronico*”).

¹⁰ N. WIENER, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, cit., pp. 11-12; O. MAYR, *Maxwell and the Origins of Cybernetics*, in *Isis*, 4, 62, 1971, pp. 425-444.

¹¹ V. FROSINI, *Cibernetica: diritto e società*, cit.

¹² Su questa evoluzione sia permesso rinviare a S. SIMONCINI A., S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in corso di pubblicazione su *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2019.

Innanzitutto, esse condividono una *epistemologia «riduzionista»*¹³ che potremmo sintetizzare nel modo seguente: tutti i problemi complessi (compresa l'intelligenza umana) possono essere ricondotti ad una serie ordinata e finita di problemi più semplici (*algoritmo*).

In secondo luogo, esse utilizzano un nuovo tipo di *potenza*, che ha sostituito tanto l'idea di potere o sovranità privata (tipica dell'epoca moderna), quanto l'idea di potere o sovranità politica (propria dell'epoca contemporanea). Oggi assistiamo all'affermarsi di una nuova "fenomenologia della sovranità"¹⁴, intesa come *potenza tecnica o techno-economica*¹⁵, che si esprime nella proprietà e nell'utilizzo di macchine governate da algoritmi, in grado di svolgere operazioni di computazione ad una velocità che continua a crescere in maniera esponenziale (cd. Legge di Moore¹⁶) eccedendo ormai qualsiasi capacità umana.

3. L'impatto della rivoluzione cibernetica su diritto costituzionale: intelligenza artificiale, autonomia e libertà

Che impatto hanno (o possono avere) queste nuove tecnologie sul diritto costituzionale e, in particolare, sulle libertà fondamentali?

Ovviamente, sono tantissime le innovazioni tecnologiche che potenziando le attività umane possono tanto accrescerne l'autonomia quanto amplificarne la capacità lesiva.

Ma vi è un effetto sulla sfera della libertà giuridica ben più rilevante e profondo delle possibili applicazioni tecnologiche; esso, in realtà, va ad intaccare uno dei fattori essenziali del fenomeno giuridico in quanto tale, ovvero sia l'idea stessa dell'esistenza di un nesso di causalità tra gli eventi e, conseguentemente, la distinzione «mezzo-fine» ovvero «agente-strumento» nella definizione dei comportamenti e delle relazioni¹⁷.

Per la teoria giuridica, così come per la filosofia morale di matrice aristotelica, è un *mezzo* quell'elemento in un corso di azioni che contribuisce a causare un evento, ma che non esercita alcuna autonomia o discrezione. È invece un *soggetto agente* colui che avvia tale corso di azioni *causando* l'evento¹⁸.

¹³ L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre: dispense di filosofia per il diritto*, Padova, 2002.

¹⁴ Su questo punto mi soffermo in A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in *Diritti e libertà in internet*, a cura di T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI, Firenze, 2017, pp. 19 e ss.

¹⁵ M. MAGATTI, *Oltre l'infinito: Storia della potenza dal sacro alla tecnica*, Milano, 2018.

¹⁶ "Legge di Moore" ad vocem in *Enciclopedia Treccani*: "legge empirica che descrive lo sviluppo della microelettronica, a partire dall'inizio degli anni Settanta, con una progressione sostanzialmente esponenziale, perciò straordinaria; la legge fu enunciata per la prima volta nel 1965 da Gordon Moore. Essa afferma che la complessità dei microcircuiti (...) raddoppia periodicamente, con un periodo originalmente previsto in 12 mesi, allungato a 2 anni verso la fine degli anni Settanta e dall'inizio degli anni Ottanta assestatosi sui 18 mesi"; http://www.treccani.it/enciclopedia/legge-di-moore_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/

¹⁷ J. PEARL, D. MACKENZIE, *The book of why*, New York, 2018.

¹⁸ ARISTOTELE, *Etica nicomachea, Libro III*, Traduzione, introduzione e note di Carlo Natali, Roma-Bari, 1999, 91 "sembrerebbe quindi come si è detto che l'uomo sia principio delle azioni: la deliberazione riguarda le cose che lui può realizzare e le azioni tendono ad un fine altro da sé. Infatti non sarà oggetto di deliberazione il fine, bensì i mezzi. Sono la stessa cosa l'oggetto della deliberazione (i mezzi) e l'oggetto della scelta, tranne per il fatto che ciò che viene scelto è già stato determinato"

La tecnologia, così come la tecnica¹⁹, hanno sempre fatto parte della categoria dei *mezzi*; overosia degli strumenti posti nelle mani di un soggetto agente, per consentirgli di ottenere un determinato risultato.

In questo orizzonte concettuale, il responsabile di un evento è chiunque abbia *deciso* il corso di azioni che ha causato l'evento stesso; ovviamente, la sua responsabilità (in senso morale e giuridico) si può graduare fino a scomparire, a seconda del grado di coscienza e volontà dell'evento stesso²⁰; ma non v'è dubbio che - fino a qualche anno fa - nessuno avrebbe mai pensato di ritenere responsabile della morte di un uomo un *autoveicolo* perché "tecnicamente" è stato il mezzo che, colpendo la persona, ne ha causato l'evento morte. Ebbene oggi, dinanzi ad auto senza guidatore o ad armi a guida autonoma, questioni del genere stanno diventando molto più complesse²¹.

Sulla connessa distinzione aristotelica tra "causa finale" e "causa efficiente"²² si fondano gran parte delle dottrine costitutive il pensiero giuridico contemporaneo, si pensi alla teoria della soggettività ovvero della imputabilità sia nel diritto civile che in quello penale (con i connessi concetti di capacità giuridica-capacità di agire; colpa, dolo, *suitas* delle condotte etc.)²³.

Ma analogo fondamento hanno le dottrine sulla libertà, discrezionalità ovvero vincolatività degli atti nella teoria del diritto amministrativo²⁴ ovvero le dottrine della ragionevolezza, proporzionalità o dei

¹⁹ Sulla distinzione tra "tecnica" e "tecnologia" si vedano le riflessioni di A. PESSINA, *Libertà e tecnologia: annotazioni teoretiche*, in *Soggetto e libertà nella condizione postmoderna*, a cura di F. BOTTURI, Milano, 2003, pp. 10 e ss.

²⁰ Sul concetto penalistico di *suitas* quale coefficiente soggettivo minimo ed imprescindibile per l'imputazione della condotta al soggetto agente: M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, 422-423; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, 217-218; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano-Padova, 2017, 297 e ss. Sul nesso psichico che, ai fini della responsabilità per colpa, deve accompagnare l'inosservanza delle regole cautelari: ROMANO, *op. cit.*, 456-457; PALAZZO, *op. cit.*, 316-317; MANTOVANI, *op. cit.*, 328 e ss. Sul dolo quale elemento soggettivo connotato per la massima "appartenenza" del fatto al suo autore: ROMANO, *op. cit.*, 424 e 434 e ss.; PALAZZO, *op. cit.*, 278-279 e 286 e ss.; MANTOVANI, *op. cit.*, 302 e ss.

²¹ A tal proposito, si rammenta la proposta sistematica in tema di responsabilità per i danni provocati dalla circolazione di veicoli a guida autonoma avanzata da Kenneth Abraham e da Robert Rabin: K.S. ABRAHAM, R.L. RABIN, *Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: A New Legal Regime for a New Era*, in *Virginia Law Review*, forthcoming, 2019. Si veda altresì la riflessione di Bryant Walker Smith sull'evoluzione della disciplina statunitense delle assicurazioni a fronte della messa in commercio di tali veicoli: B.W. SMITH, *Automated driving and product liability*, in *Mich. St. L. Rev.*, 1, 2017.

²² ARISTOTELE *Fisica, Libro I*, 1, 184 a.

²³ Dai concetti penalistici richiamati, valgono i richiami di cui *supra* alla nota 20. Sul versante civilistico, con specifico riferimento alle categorie della capacità giuridica e della capacità di agire, si vedano anzitutto: A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI E C. GRANELLI, XXIII ed., Milano, 2017, 92 e ss. nonché pp. 99-100; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., Napoli, 2017, pp. 121 e ss., nonché pp. 132 e ss.

²⁴ La discrezionalità amministrativa consiste nel «potere di scegliere i *mezzi* per raggiungere *fini* eterodeterminati» dalla legge. «La discrezionalità (può) riguardare l'*an*, il *quando*, il *quomodo*, cioè (può) consistere nel decidere se, in quale momento ed in quale modo agire»; così, ad esempio, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, VII ed., Bologna, 2014, pp. 357-358.

bilanciamenti nel diritto costituzionale²⁵ (tutte teorie che presuppongono la distinzione tra mezzi e fini).

Come di recente ha osservato Bruno Romano, nell'esperienza giuridica occidentale²⁶ «*la causa precede irrevocabilmente e non può divenire posteriore al suo effetto*. E questa differenza la causa nell'ordine della natura e quella nell'ordine della libertà».

Cosa mette in crisi questo assetto logico-concettuale?

Il fatto che oggi la tecnologia (o per utilizzare la terminologia che propongo, il potere *cibernetico*) non è più soltanto un «mezzo» per realizzare un corso di azioni deciso da un soggetto agente umano, ma, sempre più spesso, è *essa stessa a prendere decisioni rilevanti per la persona umana e la sua libertà*.

Alla macchina non si chiede di realizzare ciò che un soggetto ha deciso, ma le si chiede di decidere, autonomamente.

La *Carta della Robotica*, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo²⁷ esprime in maniera efficace questo passaggio, affermando che «l'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (...) nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati».

3.1 Il soggetto “catturato” dallo strumento

Come accade questa mutazione della tecnologia da “strumento” a “soggetto”?

Due sono le modalità principali.

In primo luogo, vi è una mutazione *diretta*.

Agenti umani (individuali o collettivi) in misura sempre maggiore chiedono *esplicitamente* a sistemi tecnologici automatizzati di prendere decisioni o di esprimere valutazioni per loro conto. Su questo mi soffermerò analiticamente più avanti.

²⁵Sul tema si veda, riassuntivamente, CORTE COSTITUZIONALE *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti Europee*, Quaderno Ufficio Studi, Roma, 2013, disponibile a https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_QuadernoStudi_Roma2013.pdf (ultima consultazione 4/02/2019); A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, disponibile a https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf (ultima consultazione 4/02/2019).

²⁶ B. ROMANO, *Dalla metropoli verso Internet: persona libertà diritto. Appendice: Riflessioni su P. Grossi, Ritorno al diritto*, edizione curata da V. De Felice e M. Innocenzi, Torino, 2017, pp. 27 e ss.; sulla differenza tra causalità secondo natura e causalità nell'ordine della libertà Romano fa riferimento a M. HEIDEGGER, *Dell'essenza della libertà umana: introduzione alla filosofia*, a cura di M. PIETROPAOLI, Milano, 2016, p. 397.

²⁷ P8TA (2017)0051 *Norme di diritto civile sulla robotica, Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica* (2015/2103(INL)).

Vi è poi, una mutazione *indiretta*; meno percepibile, ma ben più rilevante dell'altra.

Mi riferisco al fatto che oggi *le conoscenze sulla base delle quali gli agenti umani prendono le loro decisioni sono fornite in misura sempre maggiore da sistemi tecnologici (più o meno) automatizzati.*

Questa seconda mutazione richiederebbe un'attenzione e un approfondimento che eccedono le intenzioni di questo scritto. Sia, dunque, consentita solo una breve riflessione sul punto.

Oggi il canale ordinario attraverso il quale acquisiamo le informazioni sul mondo, quelle informazioni che poi utilizziamo per prendere le nostre decisioni (dal meteo alla salute, dai programmi dei cinema allo sport, dal significato delle parole al percorso più breve per raggiungere una località, dalla politica all'economia, etc.) è praticamente monopolizzato da piattaforme tecnologiche disponibili su web²⁸ (e utilizzabili attraverso una diffusissima serie di oggetti di uso comune (il più diffuso è il cosiddetto *smartphone*).

La «superstizione contemporanea»²⁹ sulla base della quale queste piattaforme si sono diffuse in maniera travolgente, è che esse rappresentino la «disintermediazione» dell'informazione e, dunque, la liberazione della conoscenza: esse consentono a ciascuno ed in ogni istante un accesso diretto ed immediato alle informazioni desiderate e, viceversa, ciascuno, in ogni istante, può diventare il fornitore di informazioni sul web.

In effetti, questo è esattamente ciò che è accaduto e che ha trasformato in maniera irreversibile l'idea stessa di conoscenza e comunicazione.

Esiste, però, l'altra faccia della medaglia: queste piattaforme tecnologiche, infatti, sono tutt'altro che *neutrali*, essendo prodotte da poche (e ricchissime) società commerciali che realizzano larghissimi profitti attraverso la raccolta, l'elaborazione e la vendita dei dati personali degli utenti che le utilizzano, fornendo sia informazioni che valutazioni realizzate attraverso l'elaborazione di questi dati.

Esse, dunque, sono in grado di influenzare (o addirittura determinare) le decisioni individuali e collettive attraverso varie forme di *nudging*³⁰, di "spinte gentili", meno visibili ma non per questo meno efficaci.

Il tema è esploso con il fenomeno recente delle cosiddette *fake news* o dell'avvento delle teorie riguardanti la cosiddetta *post-verità*³¹. La stessa Unione Europea ha preso posizione sul punto con un importante documento sui rischi della disinformazione online³². Tutti ricordiamo il caso Cambridge Analytica o le interferenze da parte degli hackers russi nella campagna elettorale americana del 2016 tramite falsi accounts Facebook; ma, se vogliamo citare un caso più recente e probabilmente più si-

²⁸ Si pensi, ad esempio, ai cosiddetti "motori di ricerca" ovvero al mondo dei "social media"

²⁹ Espressione cara a C. SINI (cfr. l'intervista "*La cosa in sé: una superstizione moderna*" in <http://www.inattuale.paolocalabro.info/2012/03/la-cosa-in-se-una-superstizione-moderna.html>, ultima consultazione 04/02/2019)

³⁰ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, I ed., 2008.

³¹ Il Dizionario della lingua vivente di Oxford ha definito "post-truth" parola dell'anno per il 2016 con la seguente definizione: "relativa o caratterizzante circostanze in cui i fatti obiettivi sono meno influenti nel determinare la pubblica opinione che l'appello a credenze o emozioni personali" (<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth> (ultima consultazione 04/02/2019)

³² "Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation", Marzo 2018, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation> (ultima consultazione 04/02/2019).

gnificativo, si pensi all'inchiesta pubblicata dal New York Times³³ in cui si è dimostrato come numerosi accounts Facebook, creati ad arte dal governo militare del Myanmar, abbiano immesso nella rete una serie di notizie del false allo scopo di provocare una reazione violenta contro la popolazione musulmana Rohingya, "inducendo", così, un vero e proprio genocidio.

La società Facebook chiamata a rispondere, con grave ritardo ha dapprima ammesso di aver consentito tale uso distorto del proprio social media³⁴, e successivamente ha provveduto a chiudere 10 pagine e 13 accounts, dichiarando che tali pagine, apparentemente appartenenti a personaggi della televisione o dell'intrattenimento, estremamente popolari nel paese – dunque con altissimi numeri di *followers* - in realtà erano gestite al governo militare al fine di diffondere notizie o immagini false volte ad innescare reazioni di odio contro le minoranze islamiche³⁵.

Ebbene, in tutti questi casi, la tecnologia influisce sulla decisione umana non perché *espressamente* le viene chiesto di sostituirla, ma perché fornisce la base informativa su cui tale decisione verrà (liberamente?) presa.

In queste circostanze l'interferenza con la libertà è ancora più ampia e pervasiva; come di recente ha scritto Michele Ainis «qui ed oggi la questione dirimente non è più garantire la circolazione delle idee, bensì la loro formazione, la loro genuina concezione. Perché non siamo più liberi di pensare i nostri stessi pensieri, ecco il problema. Crediamo di pensare, ma in realtà ripetiamo come pappagalli i pensieri altrui. O al limite anche i nostri, però amplificati e deformati, senza verifiche, senza alcun confronto con le opinioni avverse. È l'universo autistico in cui siamo rinchiusi anche se per lo più non ci facciamo caso. Un universo tolemaico in cui il sole gira attorno la terra – ed è ognuno di noi, la terra»³⁶.

3.2 L'uso di algoritmi predittivi nelle decisioni rilevanti per la libertà

Ma veniamo alla prima e più evidente forma di mutazione tecnologica che costituisce il nostro tema: decisioni rilevanti per le libertà della persona, prese sulla base di predizioni algoritmiche.

Illustrerò due casi paradigmatici: l'uso degli algoritmi nelle decisioni giudiziarie e nelle decisioni amministrative.

3.2.1 Caso "Compas"

Nel febbraio 2013, Eric Loomis, cittadino americano, viene arrestato per non essersi fermato all'ordine di un poliziotto, mentre guidava un autoveicolo senza il consenso del proprietario.

Loomis per questo reato viene condannato ad una pena rilevante: sei anni di prigione e cinque di libertà vigilata. La Corte della contea di La Crosse, in un passaggio della sentenza³⁷ motiva la sua deci-

³³ P. MOZUR, *A Genocide Incited on Facebook, With Posts From Myanmar's Military*, in The New York Times 16 Ottobre 2018, <https://www.nytimes.com/2018/10/15/technology/myanmar-facebook-genocide.html> (ultima consultazione 04/02/2019).

³⁴ S. SU, *Update on Myanmar*, in Facebook Newsroom, 15 agosto 2018, <https://newsroom.fb.com/news/2018/08/update-on-myanmar/>

³⁵ *Removing Myanmar Military Officials From Facebook*, in Facebook Newsroom, 28 agosto 2018, <https://newsroom.fb.com/news/2018/08/removing-myanmar-officials/>

³⁶ M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro: benvenuti nell'epoca della solitudine di massa*, I ed., Milano, 2018, pp. 11-12

³⁷ *State Vs. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016)

sione affermando che «attraverso l'utilizzo del software Compas [l'imputato] è stato ritenuto un individuo ad alto rischio per la comunità (...) la sua storia personale e gli strumenti di valutazione del rischio suggeriscono un'alta probabilità di recidiva».

Cos'è, dunque, questo software COMPAS? Si tratta di un algoritmo prodotto dalla società privata Equivant³⁸ che valuta il rischio di recidiva e la pericolosità sociale di un individuo sulla base di vari dati statistici, precedenti giudiziari, un questionario che viene somministrato all'imputato stesso, nonché su di una serie di altri variabili coperte da proprietà intellettuale da parte della società medesima.

L'algoritmo, per ciascun imputato e sulla base dei dati sopra richiamati, suggerisce una classificazione in varie categorie di rischio, che vanno da "molto basso" a "molto alto".

In realtà, la storia dell'utilizzo di *evidence-based risk assessment tools* nelle decisioni giudiziarie negli Stati Uniti inizia molto prima del 2013. Già nel settembre del 2004, la Conferenza Giudiziaria degli Stati Uniti³⁹ aveva approvato un "approccio strategico" orientato alla riorganizzazione del sistema probatorio federale, al fine di promuovere "la riduzione della recidiva"; determinanti erano state alcune raccomandazioni provenienti dall'ufficio studi della IBM. Da allora, l'amministrazione giudiziaria statunitense ha avviato numerose iniziative per approfondire questo approccio strategico, compresa l'attuazione di pratiche "evidence-based"⁴⁰. L'impiego di strumenti automatizzati di decisione per valutare il rischio di recidiva post-detenzione (*Post Conviction Risk Assessment PCRA*) è stato incentivato in particolare nei *parole boards*, incaricati di determinare l'ammontare della cauzione per il rilascio dell'imputato, orientamento che è tuttora diffuso tra le corti americane⁴¹.

La stessa società Northpointe (oggi Equivant) ha potuto sviluppare il suo algoritmo in virtù di un accordo con il Dipartimento Penitenziario dello Stato del Wisconsin e la Contea di Eau Claire a partire dal 2006.

La difesa di Eric Loomis chiede di poter aver accesso al codice sorgente del software di valutazione del rischio per comprendere ed eventualmente contestare le sue ragioni, ma la Corte respinge la richiesta sulla base della natura proprietaria di tale strumento.

Il condannato, dunque, impugna la sentenza presso la Corte di Appello che rinvia la questione alla Corte suprema dello Stato del Wisconsin.

L'argomento principale svolto dalla difesa di Loomis dinanzi la Corte Suprema dello stato americano s'incentra sulla violazione della clausola costituzionale del giusto processo⁴². Il giudice della contea, infatti, avrebbe violato il diritto costituzionale dell'imputato a conoscere le ragioni della propria sen-

³⁸ Nota dapprima come Northpointe Inc.

³⁹ La conferenza giudiziaria degli Stati Uniti, presieduta dal Chief Justice, e composta dai Chief Justices delle varie Corti Supreme Statali, è l'organo competente per gli indirizzi di natura amministrativa del Sistema giudiziario federale

⁴⁰ Administrative Office of the United States Courts Office of Probation and Pretrial Services *An Overview of the Federal Post Conviction Risk Assessment*, September 2011.

<http://www.uscourts.gov/services-forms/probation-and-pretrial-services/supervision/post-conviction-risk-assessment> (ultima consultazione 04/02/2019).

⁴¹ Si consideri che il Senato del Massachusetts, ha approvato nel 2017 una proposta di legge (Bill. N. 2185) che rende obbligatorio l'uso di RA (Risk-assessments) nelle fasi di pretrial proceedings <https://today.law.harvard.edu/risk-assessment-tools-criminal-justice-reform-qa-chris-bavitz/> (ultima consultazione 04/02/2019).

⁴² La c.d. *due process clause*, V and XIV Amendments della Costituzione USA.

tenza, dato che la natura proprietaria dell'algoritmo COMPAS ha impedito di conoscere (quantomeno) una parte rilevante della motivazione⁴³;

La Corte Suprema del Wisconsin respinge questi argomenti confermando la sentenza della Corte di primo grado e sostenendo che, «se usato correttamente, (...) il software COMPAS non viola il diritto del convenuto al giusto processo: questo, poiché la Corte della contea ha chiarito che la sua considerazione dei punteggi di rischio COMPAS è stata supportata anche da altri fattori indipendenti, il suo uso, dunque, non è stato determinante nel decidere se e quando Loomis potrà essere reintrodotta in modo sicuro ed efficace nella comunità. Pertanto, la Corte inferiore non ha esercitato erroneamente la sua discrezione. COMPAS è solo uno strumento disponibile per un tribunale che rimane libero di basarsi solo su parti di esso e rifiutare altre parti».

Quanto al tema della protezione della proprietà intellettuale del software, la Supreme Court del Wisconsin conferma che proprio per tale motivo non si possono «divulga(re) informazioni relative al modo in cui i fattori vengono pesati o alla determinazione dei punteggi di rischio». Ma in ragione di questo, aggiunge la Corte Suprema, la società Equivant dovrà porre chiare "avvertenze" per i giudici che si trovino ad utilizzare i suoi prodotti.

Gli avvocati di Loomis tentano in extremis la strada di un ricorso alla Corte Suprema degli Stati Uniti, ribadendo la violazione del V e del XIV Emendamento, ma la Supreme Court non prende in considerazione la questione, anche sulla base di un *amicus brief* presentato dal Solicitor General per conto degli Stati Uniti, che è molto interessante per ricostruire la vicenda. Nel brief infatti si chiarisce come l'impiego di valutazioni automatizzate del rischio sia stato fortemente incoraggiato tanto dalla conferenza delle State Supreme Courts che dalla Federal Courts Administration; si ammette che l'uso di questi strumenti possa, in effetti dare origine a questioni costituzionalmente rilevanti, ma, nel caso di specie, si ribadisce l'argomento dirimente della non esclusività: l'algoritmo non è stato l'unico motivo della decisione e dunque non viola il "giusto processo"⁴⁴.

3.2.2 La mobilità degli insegnanti nella L. 107/2015

Il secondo caso, invece, è italiano e riguarda l'applicazione della legge n. 107/2015 sulla riforma della scuola (la cd "buona scuola").

A seguito della entrata in vigore della nuova legge il Ministero della Pubblica Istruzione si trova a dover gestire un numero relevantissimo di richieste di prima assegnazione, ovvero di mobilità, da ordinare, selezionare e decidere sulla base sia della complessa regolamentazione normativa, che tenendo conto delle diverse condizioni dei richiedenti.

Il Ministero, quindi, decide che l'assegnazione delle sedi di servizio agli insegnanti o le decisioni sulle loro richieste di mobilità vengano effettuate da un software prodotto da una società privata⁴⁵ che te-

⁴³ Altri argomenti avanzati dalla difesa erano la violazione del diritto dell'imputato ad una sentenza individualizzata e, infine, la circostanza che l'utilizzo del software Compas avrebbe determinato una discriminazione di genere, trattando in maniera differenziata il rischio di recidiva degli uomini e quello delle donne (su questo argomento torneremo più avanti par. 5, C)).

⁴⁴ <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2017/05/16-6387-CVSG-Loomis-AC-Pet.pdf>

⁴⁵ La HPE Servizi Srl.

nesse conto di tutte le variabili legali e fattuali richieste dalla legge. Un sindacato di insegnanti⁴⁶ chiede di effettuare l'accesso all'algoritmo di assegnazione, sulla base dell'art. 22 della legge 241 del 1990. Il Ministero nega tale accesso e il sindacato impugna il diniego dinanzi al Tar Lazio⁴⁷.

La difesa del Ministero dinanzi al Tar si fonda su due argomenti principali.

Innanzitutto, il codice sorgente del programma in questione (scritto in linguaggio di programmazione e contenuto in un supporto immateriale – un file –) non può essere considerato un documento amministrativo ai sensi della legge 241 del 1990, né può essere considerato un atto amministrativo *informatico* ai sensi dell'art. 22 della stessa legge, lett. D); in secondo luogo, il software prodotto da HPE Srl è protetto dalla legislazione sulla tutela dei softwares come opere dell'ingegno.

Il Tar Lazio respinge risolutamente entrambe le eccezioni del Ministero.

Innanzitutto, l'algoritmo, decidendo di fatto la destinazione dell'insegnante, sostanzia il procedimento amministrativo che dà vita all'atto e, dunque, dà diritto all'accesso ai sensi della legge 241/1990.

Il fatto che l'algoritmo non sia di per sé comprensibile (tanto per il pubblico ufficiale quanto per il privato) perché scritto in un linguaggio tecnico non rappresenta un problema poiché esistono professionisti in grado di comprenderlo e spiegarlo⁴⁸.

Una volta riconosciuto il diritto di accesso, la natura di opera dell'ingegno dei documenti di cui si chiede l'esibizione non rappresenta più una causa legittima di esclusione, ai sensi dell'art. 24 della legge 241/1990⁴⁹ e, dunque, non può essere opposta dalla società privata.

La decisione va segnalata, inoltre, per un *obiter dictum* di grande rilievo teorico che, come vedremo, in più recenti pronunce della stessa sezione⁵⁰ è divenuta invece vera e propria *ratio decidendi*.

Il giudice amministrativo, infatti, ha ritenuto ammissibile l'uso di un algoritmo decisionale solo in quanto nel caso di specie era coinvolto un *potere amministrativo vincolato*⁵¹, ben diversa sarebbe stata la conclusione – afferma incidentalmente il TAR – nel caso in cui la decisione algoritmica avesse costituito l'esercizio di un potere amministrativo *discrezionale*⁵².

Più recentemente la stessa sezione del Tar Lazio⁵³, sempre riesaminando la vicenda della assegnazione delle sedi di servizio ai vincitori del concorso per le cattedre della scuola superiore, ha ribadito e rafforzato molto incisivamente questo punto: «gli istituti di partecipazione di trasparenza e di acces-

⁴⁶ La Gilda-Unams.

⁴⁷ Tar Lazio Sez. III bis n. 3769 del 2017; sulla vicenda si vedano le osservazioni di I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti - T.A.R. Lazio Sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769*, in *Giorn. di dir. amm.*, 5, 24, 2018, p. 647 e ss; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo, amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amm.*, 9, 5, 2018, pp. 1598 e ss.

⁴⁸ Su questo punto della "comprensibilità" dell'algoritmo torneremo *infra*.

⁴⁹ Né, osserva il Tribunale, ci troviamo dinanzi ad un accesso «civico» generalizzato ai sensi del D.Lgs. 97 del 2016 nel cui ambito cui la proprietà intellettuale potrebbe essere legittimamente opposta.

⁵⁰ La sezione III bis del Tar Lazio.

⁵¹ Ovverosia, quando "la legge prevede lo svolgimento di una attività da parte di una amministrazione pubblica dettando una disciplina tale da escludere che in relazione ad essa esista un qualsiasi spazio per scelte dell'amministrazione" SORACE, *op. cit.*, pp. 362 e ss

⁵² Ovverosia "il potere di scegliere i mezzi per raggiungere fini etero-determinati" dalla legge. E dunque "le scelte discrezionali (consistono) nella considerazione e ponderazione dei vari interessi in gioco rispetto all'oggetto della decisione (tanto degli interessi considerati pubblici dall'ordinamento quanto degli interessi privati) Così SORACE, *op. cit.*, pp. 356 e ss.

⁵³ TAR Lazio sezione III bis n. 9224-9230 del 2018.

so, in sintesi, di relazione del privato con i pubblici poteri, non possono essere legittimamente mortificati e compressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale, *che poi non è attività ossia prodotto delle azioni dell'uomo*⁵⁴, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche».

Qui la posizione del Tribunale amministrativo appare più radicale della precedente decisione: nessuna complessità può legittimare la devoluzione di una decisione amministrativa ad un «meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale, che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di consequenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione».

Quando la decisione può incidere su posizioni giuridiche soggettive rilevanti, non potrà mai (dunque neanche nel caso di amministrazione vincolata, sembrerebbe) essere del tutto sostituita da un algoritmo.

«Il Collegio è (...) del meditato avviso secondo cui non è conforme al vigente plesso normativo complessivo e ai dettami dell'art. 97 della Costituzione ai principi ad esso sottesi agli istituti di partecipazione procedimentale definiti agli artt. 7, 8, 10 e 10 – bis della L. 7/8/1990, n. 241, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3, stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 della legge sul procedimento e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento, affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al conseguente loro impersonale funzionamento, il dipanarsi di procedimenti amministrativi, sovente incidenti su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale, che invece postulano, onde approdare al corretto esito provvedimento conclusivo, il disimpegno di attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati destinatari del provvedimento finale, attività, talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente motivazionale, che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere. (...) Invero il Collegio è del parere che le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo, ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimento, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»⁵⁵.

⁵⁴ Nostro il corsivo.

⁵⁵ TAR Lazio sezione III bis n. 9224-9230 del 2018. Nostra la sottolineatura.

La lunga citazione è giustificata dal fatto che in questa pronuncia, la sezione III bis del Tar Lazio adotta una argomentazione molto più netta, quasi di chiusura totale all'impiego degli algoritmi delle decisioni amministrative *tout court*. La distinzione tra amministrazione vincolata ed amministrazione discrezionale sembra svanire dinanzi alla infungibilità assoluta tra valutazione "dianoetica" dell'essere umano e la computazione algoritmica.

In realtà, però, a guardare con maggior attenzione la *ratio decidendi*, il fattore che rimane determinante è la natura "servente", cioè non esclusiva, del supporto automatizzato alla decisione.

Non si intende, cioè, escludere del tutto l'intelligenza artificiale dalla decisione ma di ribadire la sua natura di *supporto*, la sua finalità *servente* e mai *autonoma* rispetto alla attività decisionale umana.

Si ripropone, dunque, la grande intuizione distopica di Philip K. Dick raccontata nel suo romanzo⁵⁶ da cui è stato tratto il notissimo film di Ridley Scott, *Blade Runner*. Le forme assunte dalla intelligenza artificiale (i c.d. *replicanti*) vengono utilizzati dagli umani come "servi" per coltivare le colonie nello spazio esterno.

Fino a quando non decidono di ribellarsi.

4. Nuove questioni di costituzionalità

Casi come questi - sebbene siano tra loro molto diversi - sollevano indubbiamente nuovi e profondi interrogativi per il diritto costituzionale, soprattutto dinanzi alla possibilità che l'impiego del potere tecnologico violi diritti di libertà costituzionalmente garantiti.

In entrambi i casi la questione si incentra *in primis* sulla stessa conoscibilità-comprensibilità della decisione algoritmica proponendo due modelli apparentemente differenti, ma sostanzialmente convergenti.

Nella decisione della Corte Suprema del Wisconsin l'algoritmo utilizzato nella decisione pubblica *non è conoscibile* data la sua natura proprietaria.

A bilanciare tale inconoscibilità si pone un'importante condizione per la sua utilizzabilità legittima: una condizione che potremmo chiamare di *non esclusività*.

La decisione giudiziaria non può basarsi *esclusivamente* sull'algoritmo; esso può supportare la decisione - fornendo predizioni - ma mai sostituirla. Dunque, l'inconoscibilità dell'algoritmo è "compensata" dal fatto che esso deve limitarsi a fornire un elemento per la decisione umana, ma non può prenderne il posto.

Nella decisione del Tar Lazio, il principio che si afferma è solo apparentemente opposto, ma in realtà è speculare.

La magistratura amministrativa, infatti, ribadisce che l'algoritmo utilizzato nella decisione pubblica, *proprio perché finisce per determinarla*, dev'essere conoscibile in virtù del diritto di accesso e, quindi, non si può eccepire l'eventuale natura proprietaria dello stesso. Nei casi considerati dal Tar del Lazio, in effetti, gli algoritmi non sono stati *uno* tra i fattori della decisione, bensì essi hanno determinato *automaticamente* (ed in questo caso, *autonomamente*) la decisione. Il giudice amministrativo italiano è estremamente chiaro nell'affermare che un algoritmo può essere usato legittimamente solo se ri-

⁵⁶ P.K. DICK, *Do androids dream of electric sheep?*, I ed., New York, 1969.



mane “servente” rispetto all’attività “dianoetica” del funzionario umano; confermando, quindi, il principio di non-esclusività affermato dal giudice americano.

Le decisioni pubbliche comportano inevitabilmente ponderazioni, quand’anche siano del tutto vincolate, e questa attività ponderativa non potrà mai essere del tutto deferita ad una macchina.

È giunto, a questo punto, il momento di elevare il nostro punto di osservazione dalla prassi e chiedersi: dinanzi a queste domande e a questi primi orientamenti giurisprudenziali, esistono principi normativi utilizzabili per valutare effettivamente i casi in cui decisioni algoritmiche automatiche interferiscano con l’autonomia delle libertà costituzionali?

5. Il quadro normativo europeo-nazionale

Indubbiamente il corpus normativo più rilevante in questa materia oggi è rappresentato dal diritto europeo sulla protezione dei dati personali.

Come abbiamo già visto, uno dei fattori fondamentali, che ha consentito lo sviluppo di questi sistemi algoritmici, assieme allo sviluppo tecnico della potenza di calcolo, è la quantità straordinaria di dati (personali e non) oggi a disposizione.

La disciplina della protezione del trattamento dei dati personali, dunque, è stato il primo settore normativo ad occuparsi del problema ed il Consiglio d’Europa ben prima della stessa (allora) Comunità Europea, con la Convenzione n. 108 del 1981 sul trattamento di dati automatizzati di carattere personale, eseguita in Italia dalla legge 21 febbraio 1989, n. 98. Dopodiché vi è stata la stagione aperta dalla Direttiva 95/46/CE, cui l’Italia ha dato esecuzione con la legge n. 675 del 1996.

Tutto questo complesso corpus normativo e le sue successive modificazioni, è stato recentemente riformato ed interamente sostituito dal nuovo Regolamento in materia di privacy (Reg. n. 2016/679, di seguito *Reg. GDPR*) entrato in vigore nel maggio 2018, cui è seguito il decreto legislativo di attuazione n. 101 del 2018⁵⁷.

Questo complesso regolativo prende espressamente in considerazione il tema delle decisioni adottate sulla base di trattamenti automatizzati (elaborati da algoritmi) dei dati personali e che riguardino i titolari di tali dati⁵⁸.

Il quadro che emerge mi pare che si possa ricondurre a tre principi fondamentali nell’uso degli algoritmi: il principio di conoscibilità, di non-esclusività e di non-discriminazione.

5.1 Il principio di conoscibilità

Innanzitutto, nel diritto europeo – e dunque in quello italiano, trattandosi di norme immediatamente applicative – esiste⁵⁹ un principio formulato in maniera generale per cui ognuno ha diritto a conosce-

⁵⁷ Entrato in vigore il 19 settembre 2018 e modificativo del precedente D. Lgs 196 del 2003 che aveva introdotto il “Codice della Privacy”; al Regolamento 2016/679, va poi affiancata la coeva Direttiva n. 680/2016 relativa al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati

⁵⁸ Sul tema, in generale, si veda O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona: il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, Napoli, 2017, pp. 773 e ss.

re l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata.

Il principio, come abbiamo detto, è formulato in maniera generale e, perciò, applicabile sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici, anche se, a ben vedere, nel caso in cui la decisione venga presa da una Pubblica amministrazione la norma del Regolamento può ritenersi nient'altro che una applicazione specifica dell'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali ("Right to a good administration"), laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l'obbligo di «dare le ragioni della propria decisione».

È un diritto, ripetiamo, configurato come assoluto: dunque, come pretesa, giuridicamente riconosciuta e tutelata, alla conoscenza dell'esistenza di decisioni che ci riguardino prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l'interessato a conoscenza.

Ovviamente, però, la mera conoscenza dell'esistenza di un algoritmo non produce in sé nessun effetto se non si è in grado di decifrarne la logica, cioè se non possiamo comprendere *come* tale procedimento metta assieme i dati e quindi effettui le valutazioni (che possono essere calcoli, decisioni, predizioni, stime, misure etc.)

Per questo il principio di *conoscibilità* si completa con il principio di *comprensibilità*, ovvero sia la possibilità, per riprendere l'espressione del Regolamento, di ricevere «informazioni significative sulla logica utilizzata».

Orbene, un diritto del genere si basa sul presupposto che gli algoritmi – soprattutto quelli predittivi – *abbiano* una logica, nel senso filosofico o deterministico-matematico con cui normalmente utilizziamo il termine. Ovverosia, che vi sia una sequenza argomentativa ripercorribile e verificabile di induzioni o deduzioni, correttamente svolte tra premesse ed applicazioni e viceversa, normalmente legate dal principio di causalità.

Come ho messo in evidenza in altra sede assieme a Samir Suweis⁶⁰, negli ultimi anni abbiamo assistito ad un vero e proprio "cambio di paradigma" nel settore dell'intelligenza artificiale, per cui gran parte degli algoritmi di nuova generazione non si limita a dedurre in maniera deterministica conseguenze da assiomi prefissati dal programmatore, ma in virtù di sistemi automatici di apprendimento (c.d. *machine learning*), essi stessi producono gli stessi criteri di inferenza. Criteri che in molti casi non sono comprensibili agli stessi programmatori.

D'altra parte, questo tipo di algoritmi non sono costruiti per rispondere alla domanda *perché* avverrà una certa cosa, ma solo ad indicare con la maggiore accuratezza possibile, la probabilità che essa avvenga.

Dunque, la prima questione cui deve rispondere il diritto costituzionale dell'era cibernetica è: esiste sempre una logica comprensibile negli algoritmi ovvero questi si comportano, per riprendere l'acuta

⁵⁹ Cfr. artt. 13, 2 lett. f) e 14., 2 lett. g) del Reg. GDPR; ma sostanzialmente anticipato già dall'art.12 della Direttiva 95/46/CE che stabiliva il diritto di avere accesso alla logica dei trattamenti automatizzati

⁶⁰ Cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *op. cit.*



immagine del libro di Frank Pasquale, come una “*black box*?”⁶¹ Detto altrimenti, il principio di conoscibilità-comprensibilità richiesto dal diritto euro-nazionale come può trovare applicazione nel caso di algoritmi strutturati secondo logiche di natura non deterministica?

Si pensi alla diffusione di algoritmi elaborati sulla base di reti di apprendimento “neurali”, ovvero ad algoritmi basati su logiche cosiddette *fuzzy* – o di logica *sfumata* – cioè, algoritmi che non siano vincolati al solo criterio di verità/falsità, ma anche criteri di parziale verità-parziale falsità; in tutti questi casi la stessa pretesa di “avere informazioni rilevanti sulla logica” delle decisioni potrebbe non avere senso.

Un algoritmo per essere oggetto di un effettivo diritto alla conoscenza ed alla comprensibilità dovrebbe essere, non tanto *ragionevole* - perché potrebbe comunque produrre decisioni commisurate allo scopo - quanto “*razionabile*” (dalla *rationabilitas* canonica⁶²) cioè intellegibile secondo criteri logico-razionali.

Ovviamente, l’idea di una decisione giuridicamente rilevante affidata ad un algoritmo che sia estremamente accurato sul piano predittivo, ma non fornisca motivazioni logiche comprensibili, mette in crisi radicalmente la stessa teoria giuridica, quantomeno quella dottrina⁶³ per cui la forza normativa di una regola (o di un atto giuridico) consiste nella sua forza persuasiva: il diritto, infatti, esprimerebbe sempre una ragione per agire in un certo modo, di qui la sua obbligatorietà. Nel momento in cui viene a mancare questa *ratio* (dunque questa capacità persuasiva), diverrebbe estremamente difficile comprendere per quale motivo esso sia obbligatorio.

5.2 Il principio di non esclusività

L’altro fondamentale principio del diritto europeo, ma potremmo dire di diritto globale, visto che su di esso si fonda anche la decisione *Loomis vs. Wisconsin*, è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica.

Nel caso in cui una decisione automatizzata «produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona», questa ha diritto a che tale decisione non *sia basata unicamente* su tale processo automatizzato (art. 22 Reg. GDPR⁶⁴); in altre parole, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica.

È il modello noto ai programmatori o ai coders come HITL (*human-in-the-loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l’essere umano.

⁶¹ F. PASQUALE, *The black box society: The secret algorithms that control money and information*, I ed., Cambridge-London, 2015.

⁶² Approfondisce il concetto di “*rationabilitas*” Chiara Minelli nel suo lavoro sul dialogo tra diritto canonico e teoria generale del diritto, C. MINELLI «*Rationabilitas*» e codificazione canonica. *Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, Torino, 2015, in particolare pp.193 e ss. «da punto di vista linguistico *rationabilis* costituisce senza dubbio un esempio di aggettivo complementativo-relazionale» che rappresenta semanticamente la relazione tra un soggetto e, in questo caso, la ragione. (in part. Cfr. nota 37)

⁶³ F. VIOLA, G. ZACCARIA, B. PASTORE, *Le ragioni del diritto*, I ed., Bologna, 2017.

⁶⁴ Anche in questo caso il Regolamento GDPR riprende una precedente previsione contenuta nell’art 15 della Direttiva 95/46/CE.

Il problema è che questo principio, apparentemente risolutivo, auspicando quella collaborazione “intelligenza naturale-intelligenza artificiale” (la cosiddetta “*collaborative intelligence*”) che oggi appare l’approdo più costruttivo e promettente dell’attuale evoluzione tecnica⁶⁵, nel contesto normativo europeo è intrinsecamente debole.

Innanzitutto, nella sua stessa definizione legislativa è soggetto ad un numero relevantissimo di eccezioni che hanno fatto sollevare numerosi dubbi nella dottrina più consapevole⁶⁶.

In base al vigente diritto europeo (e nazionale), una decisione algoritmica *può* legittimamente incidere sui diritti della persona anche senza intervento umano⁶⁷: a) quando vi sia il consenso esplicito dell’interessato; b) quando sia necessaria per concludere o eseguire un contratto tra interessato e titolare del trattamento; infine c) quando sia autorizzata dal diritto dell’Unione o dello stato membro, In questi casi (eccetto il caso b) il titolare del trattamento deve adottare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell’interessato, quantomeno il diritto di ottenere l’intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

Orbene, è evidente che la portata di queste eccezioni è nei fatti amplissima, tanto che viene da chiedersi quando, in realtà, si possa applicare la regola.

Si pensi alla necessità di eseguire o concludere un contratto ovvero alla esistenza di una previsione legislativa, ma, soprattutto, alla esistenza del consenso da parte del titolare dei dati.

Sappiamo bene - tutta la storia della evoluzione della tutela legale della privacy lo dimostra - quanto debole si sia rivelato lo schermo del consenso, ancorché, esplicito.

Il nostro grado di dipendenza dalla tecnologia e l’asimmetria tra i contraenti quando è coinvolta una delle c.d *Bigh Tech*, fanno sì che la libertà del consenso sia una mera *fictio*, una mitologia contemporanea, necessaria solo per sollevare dalla responsabilità civile i venditori di servizi tecnologici. Se il soggetto non dà il suo consenso, semplicemente non ha accesso a servizi che, d’altra parte, sono in gran parte gratuiti. Si tratta “solo” di rinunciare a Facebook, Twitter, Google, Google maps, Gmail, Youtube etc...

È proprio questa intrinseca debolezza che ha condotto allo sviluppo di concetti come la *privacy by design e by default*, ovvero sia l’interiorizzazione preventiva dei valori di tutela nella creazione stessa degli algoritmi.

Analoghe considerazioni si potrebbero effettuare per i trattamenti automatizzati necessari per l’esecuzione di contratti.

Ma oltre la debolezza dovuta alla ampiezza delle eccezioni, vi è una fondamentale perplessità sulla effettività intrinseca del principio stesso.

In base al principio di non esclusività sarebbero vietate le decisioni basate “unicamente” su trattamenti automatizzati dei dati.

⁶⁵ È l’idea della “*Collaborative intelligence*”; cfr. H.J. WILSON, P.R. DAUGHERTY, *Collaborative Intelligence: Humans and AI Are Joining Forces*, in *Harvard Business Review*, July-August, 2018.

⁶⁶ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2, 7, 2016, pp. 76 e ss.

⁶⁷ Art. 22.2 Reg. GDPR.

Dunque, tornando ad esempio al caso Loomis, dal momento che il giudice ha affermato che l'algoritmo da lui consultato non ha rappresentato l'unico motivo della decisione ma solo uno dei motivi, la sua decisione deve considerarsi legittima.

In realtà, questo principio – codificato nella normativa europeo-nazionale – è del tutto inefficace di fronte a quella che potremmo definire la travolgente forza *pratica* dell'algoritmo.

Formulerei così l'azione di questa forza: una volta introdotto un sistema automatico di decisione all'interno di un processo decisionale umano, il sistema automatico tende, nel tempo, a catturare la decisione stessa.

Questo accade, di badi, non per ragioni di valore scientifico, di accuratezza predittiva o di affidabilità tecnica dell'automatismo, ma eminentemente per ragioni di convenienza pratica.

Innanzitutto: per chi vede violato un suo diritto o una sua libertà, dimostrare che la decisione lesiva sia stata presa *unicamente* sulla base di un algoritmo è molto spesso una *probatio diabolica*; chi ha preso la decisione, infatti, avrà sempre la possibilità di sostenere che nella decisione si è solo *avvalso* dell'algoritmo, ma non è stato "sostituito" da esso, avendo autonomamente ... aderito alla valutazione effettuata dall'algoritmo. Occorrerà certamente attendere la giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, ma quantomeno si dovrebbe ritenere rispettato il principio di non esclusività solo quando il decisore umano è in grado comunque di esprimere una propria motivazione che giustifichi l'adesione alla valutazione effettuata dall'algoritmo o quantomeno di dare informazioni sulla logica utilizzata.

In secondo luogo, però, il principio di non esclusività sembra non riconoscere l'evidente forza "*pratica*" di qualsiasi automatismo valutativo che, da un lato, solleva il decisore dal *burden of motivation*, dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, gli consente di "qualificare" la propria decisione con un crisma di "scientificità" ovvero "neutralità" che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare – quanto infondata - "autorità"⁶⁸.

Non è un caso che tanto negli Stati Uniti⁶⁹ quanto in Europa⁷⁰, l'uso di *evidence-based risk-assessment tools* è stato fortemente incentivato dalla stessa amministrazione giudiziaria, sia federale che statale, come fattore di maggior efficienza ed affidabilità della decisione.

Su questi temi, viene certamente in rilievo la vasta giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che ha dichiarato incostituzionali gli automatismi decisionali in materia di tutela giurisdizionale dei diritti⁷¹ (dagli automatismi connessi "alla recidiva reiterata, le misura di sicurezza detentive, l'applicazione obbligatoria della custodia cautelare, la fase dinamica dell'esecuzione penale, il diritto di polizia dell'immigrazione"⁷²), così come agli automatismi in materia di risarcimento del danno – si

⁶⁸ Sulla idea della "autorità algoritmica" cfr. C. SHIRKY, *A Speculative Post on the Idea of Algorithmic Authority*, <http://www.shirky.com/weblog/2009/11/a-speculative-post-on-the-idea-of-algorithmic-authority/> (ultima consultazione 04/02/2019).

⁶⁹ Cfr. supra par. 3.2.

⁷⁰ Si veda l'obiettivo di potenziare l'"evidence-based" policy-making all'interno della Comunicazione della Commissione Europea del 2015 sulla "*Better regulation*": cfr. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0215&from=EN>

⁷¹ Per una recente rassegna della giurisprudenza costituzionale su questi automatismi si veda A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da questioni: a proposito di automatismi legislativi*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2017, pp. 497-503.

⁷² A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 499

pensi al danno morale, esistenziale e ai cosiddetti risarcimenti tabellari⁷³ - o al caso dei software elaborati per calcolare l'assegno divorzile⁷⁴; si pensi, infine, al vasto campo delle presunzioni nel diritto tributario (dal cosiddetto "redditometro" agli "studi di settore" ovvero agli automatismi in materia di accertamento fiscale)⁷⁵.

A ben pensare il concetto di "presunzione"⁷⁶ giuridica rappresenta l'antenato delle più moderne tecniche di predizione "automatizzata" dei comportamenti.

Rispetto a tali predizioni, ad esempio sul rischio di recidiva, il nostro giudice costituzionale aveva inizialmente ritenuto conformi a Costituzione alcune presunzioni *assolute* di pericolosità sociale (ad esempio, nei confronti di soggetti dichiarati incapaci di intendere e di volere), affermando che «la presunzione stessa deve ritenersi giustificata allorché si sia in presenza di condizioni le quali consentano di far ritenere, sulla base di valutazioni obiettive ed uniformi desunte dalla comune esperienza, la probabilità di un futuro comportamento criminoso da parte di chi abbia commesso un reato in circostanze che ne precludevano l'imputabilità"⁷⁷; queste presunzioni, com'è noto, sono state poi eliminate dal legislatore affermando il principio opposto, per cui "tutte le misure di sicurezza personale sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa"⁷⁸».

In ogni caso, anche prima della riforma dell'ordinamento penitenziario, la Corte aveva sempre affermato che laddove non vi fosse questa convergenza "assoluta" della comune esperienza (*id quod plerumque accidit*), il giudice non poteva, né doveva essere vincolato da presunzioni assolute ovvero da automatismi decisionali⁷⁹.

In questi casi e non solo nel diritto penale, la nostra Corte costituzionale ha costantemente sostenuto che laddove c'è violazione dei diritti o si deve comminare una pena o una sanzione, il giudice non può essere mai del tutto "vincolato" da nessun automatismo che gli impedisca di "personalizzare" la decisione anche andando oltre gli schemi pre-determinati.

Sulla stessa linea logica si colloca la giurisprudenza di merito amministrativa che abbiamo già analizzato nel paragrafo 3.2 B) e che rigetta qualsiasi ipotesi di uso *esclusivo* di algoritmi nei provvedimenti amministrativi.

Il punto, però, che intendiamo sottolineare è: hanno oggi senso – o, ancor più avranno senso nel futuro – divieti del genere? Il principio della necessità dell'intervento del decisore umano (sia esso giu-

⁷³ Sul punto però si veda di recente Corte cost. 245/2014 dove il principio del divieto di automatismi in caso di quantificazione dei danni alla persona viene bilanciato con l'esigenza di garantire un sistema complessivo di assicurazione obbligatoria ispirato a criteri complessivamente solidaristici

⁷⁴ S. GOVERNATORI, M. MALTAGLIATI, G. MARLIANI, G. PACINI, V. PILLA, *Come calcolare gli assegni di mantenimento nei casi di separazione e divorzio. Un approccio interdisciplinare tra diritto, statistica ed economia*, Milano, 2009.

⁷⁵ Il ricorso a criteri medio-statistici per la determinazione della base imponibile è diffusissimo nel diritto tributario nelle imposte sul reddito. Per tutti R. LUPI, *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, Milano, 1988.

⁷⁶ «Per presunzione si intende ogni argomento, congettura, illazione, attraverso cui, essendo già provata una determinata circostanza, si giunge a considerare provata altresì un'altra circostanza, sfornita di prova diretta» così A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 251.

⁷⁷ Corte Cost., sent. n. 106/1972.

⁷⁸ Così la legge 663/1986 ha abrogato l'art 204 del codice penale intitolato «Accertamento di pericolosità. Pericolosità sociale presunta»

⁷⁹ A partire da Corte Cost. n. 1/1971 ovvero n. 139/1982; o n. 367/2004

dice, politico o amministratore) può essere ancora ritenuto uno schermo difensivo efficace nei confronti della possibilità che la decisione sia “catturata” da parte di quegli automatismi che si vorrebbe solo di supporto?

Quello che ci sembra di registrare è che, soprattutto in chiave diacronica, gli automatismi finiscono per godere di quella che la *nudging theory*⁸⁰ chiama la “*default-option force*”: un indubbio plusvalore “pratico” connesso alle scelte suggerite automaticamente (dal sistema, dall'algoritmo, dalla profilazione automatica), rispetto alla quale ci si può discostare, ma a patto di impegnarsi in un notevole sforzo (e rischio⁸¹) valutativo.

Per concludere la nostra analisi, occorrerà tener conto del fatto che comunque, nel caso in cui siano consentite decisioni esclusivamente algoritmiche che interferiscano con la persona, il Regolamento GDPR prevede comunque alcune garanzie fondamentali.

Ed anche su queste vorrei rapidamente soffermarmi.

Nei casi in cui il soggetto sia costretto a subire una decisione algoritmica senza intervento umano, il titolare del trattamento deve comunque attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, *quantomeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione*.

È evidente che “misure appropriate per tutelare i diritti e le libertà” è espressione vaga, così come il diritto ad ottenere un “intervento umano” risente di tutte le limitazioni connesse alla forza pratica dell'algoritmo di cui abbiamo appena parlato.

In realtà, il diritto di esprimere la propria opinione ovvero di contestare la decisione presuppone quello di aver compreso la logica della decisione e, dunque, non posso che richiamare tutte le considerazioni che abbiamo svolto sul principio di conoscibilità-comprensibilità⁸².

Su questo punto, va segnalato soprattutto in vista della futura applicazione giurisdizionale, che il considerando n. 71 del Regolamento è estremamente più pregnante ed impegnativo del testo normativo.

Esso, infatti, prevede alcune garanzie che *non sono entrate poi nell'articolato*. Ad esempio: il divieto assoluto di decisioni algoritmiche riguardanti i minori; in secondo luogo, prima ed oltre il diritto di esprimere una opinione o di contestare la decisione, il diritto ad «*ottenere una spiegazione della decisione*⁸³».

Ora, ottenere una *spiegazione* della decisione (*the right to an explanation*) esprime un *quid pluris* rispetto al diritto al diritto ad «avere informazioni rilevanti sulla logica della decisione». Qui *spiegazione* sta a dire che l'algoritmo deve essere *comprensibile* secondo principi di ragionabilità ordinari. Mi

⁸⁰ R. H. THALER, C. R. SUSTAIN, *op. cit.*

⁸¹ Si pensi, ad esempio, ai rischi che può correre un decisore umano che intenda discostarsi da valutazioni automatiche prodotte da macchine nel settore della diagnostica medica.

⁸² Cfr. *supra* par “a”).

⁸³ M.E. KAMINSKI, *The Right to Explanation, Explained*, U of Colorado Law Legal Studies, Research Paper No. 18-24, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3196985%20or%20http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3196985>; B. CASEY, A. FARHANGI, R. VOGL, *Rethinking Explainable Machines: The GDPR's' Right to Explanation' Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise*, Berkeley Technology Law Journal, Forthcoming, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3143325

pare esplicito il richiamo al principio contenuto nell'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali che obbliga a dare le "ragioni della decisione" quando questa può ledere un diritto.

Una questione assolutamente cruciale per il diritto costituzionale dell'era cibernetica sarà la concreta azionabilità e giustiziabilità di questo "diritto alla spiegazione", sul quale, come abbiamo già detto, per ora molte sono le perplessità in dottrina⁸⁴.

Il fatto che queste premesse non siano entrate negli articoli del Regolamento, ma siano pur sempre presenti nel testo apre inoltre un'interessante spazio all'azione attuativa delle Autorità nazionali⁸⁵; il nostro *Garante per la tutela dei dati personali* potrebbe da queste premesse prendere l'avvio per una importante opera di integrazione-attuazione normativa dei precetti, casomai favorendone una formazione per via deontologica.

5.3 Il principio mancante: non discriminazione

Ma proseguendo nella lettura del considerando n. 71 del Regolamento 679/2016, esiste un ulteriore principio fondamentale che, in quanto non riprodotto nel testo potremmo ritenere, dunque, "latente" nella trama normativa del diritto euro-nazionale.

Mi riferisco alla parte in cui si afferma che «tenendo in considerazione le circostanze ed il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti»⁸⁶.

In questo passaggio si prende in considerazione un caso particolare di trattamento automatizzato, quello della *profilazione*⁸⁷, ma l'argomento è estendibile a qualsiasi altra forma di algoritmo predittivo.

È un principio che potremmo chiamare di *non discriminazione algoritmica*.

Il punto dirimente, infatti, è che, pur ammettendo di trovarci dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile (dunque rispettoso del primo principio) e posto anche che esso non rappresenti la motivazione esclusiva della decisione (dunque rispettoso anche del secondo principio), l'algoritmo può essere *di per sé* discriminatorio e, dunque, incostituzionale⁸⁸.

⁸⁴ Cfr S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *op. cit.*

⁸⁵ Proprio sul tema delle decisioni automatizzate è intervenuto l'Article 29 Data Protection Working Party il 6 febbraio 2018 con il documento *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* (WP251rev.01) in cui molti principi contenuti nel considerando vengono ritenuti vincolanti per le Autorità Nazionali (https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053, ultima consultazione 04/02/2019).

⁸⁶ Reg. GDPR considerando n. 71, nostra la sottolineatura

⁸⁷ Sul concetto di profilazione, si veda *supra* par. 2.

⁸⁸ Sul punto sia consentito di rinviare ancora a A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *op. cit.*

Questo accade quando l'algoritmo predittivo è costruito su un set di dati che è già in partenza discriminatorio.

È il principio noto tra i *data scientists* come GIGO – “garbage in garbage out” – per cui un algoritmo non può che riflettere la qualità dei dati su cui è costruito.

Per chiarire quest'ultimo punto, può essere utile riprendere il dibattito che negli Stati Uniti ha seguito la decisione Compas di cui abbiamo parlato al paragrafo 3.2 a).

Un gruppo di esperti ha scelto un campione di 10.000 imputati in una contea della Florida (Broward) ed ha comparato il rischio di recidiva predetto dal sistema Compas, con il tasso di recidiva effettivamente realizzato dagli stessi imputati nei due anni successivi⁸⁹.

Il risultato è che l'algoritmo presenta un certo margine di errore nella predizione della recidiva; e fin qui nulla di nuovo o sorprendente: il software Compas è pur sempre uno strumento orientato ad una predizione probabilistica. Il dato rilevante è, però, *come* l'algoritmo sbaglia.

Difatti l'analisi effettuata da Pro-publica e da altri studiosi⁹⁰ mostra che l'errore nella predizione della recidiva, sovrastima sistematicamente il rischio per gli imputati neri ed altrettanto sistematicamente sottostima il rischio per i bianchi.

Lo studio ha mostrato che la probabilità dell'algoritmo di sbagliare il giudizio nel caso di imputati neri, definendoli ad alto rischio mentre in realtà non hanno compiuto nessun altro reato nei due anni successivi - i cosiddetti “falsi positivi” -, era circa il doppio della probabilità di analogo errore per gli imputati bianchi (45% errore nei neri e 25% di errore nei bianchi).

Viceversa, l'algoritmo tendeva a giudicare gli imputati bianchi molto meno rischiosi di quanto effettivamente poi siano stati. L'analisi ha rilevato che gli imputati bianchi che hanno effettivamente recidivato nei successivi due anni - e che erano stati erroneamente etichettati come a basso rischio (i cosiddetti “falsi negativi”) - sono quasi il doppio rispetto ai delinquenti neri (48% contro 28%).

Dati ancora più discriminatori sono stati rilevati sui tassi di errore dell'algoritmo nel giudicare soggetti a rischio di recidiva *violenta* (il tasso di errore in caso di imputati bianchi che hanno effettivamente avuto recidive violente, ma erano stati erroneamente classificati a basso rischio, è stato del 63% più alto che per i neri).

Esiste, dunque, un problema di costituzionalità che si può aprire per le decisioni algoritmiche di tipo predittivo: quando esse nascono *intrinsecamente* distorte a causa dei dati di input che hanno alimentato le macchine incaricate di produrre l'algoritmo⁹¹.

In questi casi, come afferma il considerando, ma non il testo del Regolamento, occorrerebbe rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale; operazione questa

⁸⁹ J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, J. ANGIN, *How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm*, in *ProPublica*, 5, 9, 2016, <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm> (ultima consultazione 04/02/2019).

⁹⁰ Per una review generale della letteratura sul caso Compas cfr. Electronic Privacy Information Center, *Algorithms in Criminal Justice System*, <https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/> (ultima consultazione 04/02/2019).

⁹¹ Un altro settore in cui la discriminazione per via algoritmica è molto rilevante è quello della intelligenza artificiale applicata al riconoscimento facciale: si vedano i risultati del progetto “gender shades” promosso dal MIT i cui risultati sono disponibili su <http://gendershades.org/> (ultima consultazione 04/02/2019).

che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni.

Questo è, dunque, il caso dell'algoritmo *strutturalmente* incostituzionale; quello, cioè, che cade nella stessa fallacia naturalistica che a metà del '700 Hume attribuiva alle teorie giusnaturalistiche: l'errore di derivare *dall'essere* (in questo caso dall'essere della realtà sociale, spesso ingiusta, parziale o distorta) il *dover essere*.

Che prospettive si aprono, allora, per il diritto costituzionale dinanzi a scenari come questi?

6. Verso una dottrina della “precauzione costituzionale”

Il vero problema è che ci troviamo dinanzi ad una condizione di crescente incertezza conoscitiva.

Molte delle applicazioni che oggi la tecno-scienza può produrre sono semplicemente al di là della nostra comprensione attuale. Questo sta accadendo per una serie molteplice di ragioni: sia perché la velocità dell'evoluzione è ormai troppo superiore ai tempi di applicazione, monitoraggio e valutazione necessari per una effettiva verifica; sia perché molte delle potenzialità applicative sono ancora del tutto sconosciute; sia, infine, perché l'impegno dell'intelligenza artificiale ci porrà sempre più spesso dinanzi a conclusioni o valutazioni estremamente accurate ed effettive, ma delle quali – come esseri umani razionali - non abbiamo la possibilità di comprendere la logica in termini di nesso “causa-effetto”⁹², amplificando i rischi di quella progressiva sostituzione della causalità nell'ordine della natura rispetto a all'ordine della libertà, sui quali ci mette in guardia Bruno Romano riprendendo Heidegger, nel saggio già citato⁹³.

Mi pare, quindi, che ci siano tutte le condizioni per farsi aiutare da un altro settore nel quale da tempo si è sperimentata la necessità di elaborare strategie difensive dei diritti individuali e collettivi in condizioni di *incertezza* conoscitiva: mi riferisco al principio di *precauzione* elaborato nell'area del diritto dell'ambiente⁹⁴.

Potremmo sintetizzare così il principio: la condizione di incertezza a riguardo dei possibili effetti negativi dell'impiego di una tecnologia (inclusa l'intelligenza artificiale) non può essere utilizzata come una ragione legittima per non regolare e limitare tale sviluppo.

⁹² Cfr. *supra* par. 3

⁹³ *Ivi*.

⁹⁴ Seppur desumibile implicitamente anche da convenzioni precedenti, il principio di precauzione trova il suo esplicito riconoscimento internazionale nel 1992 nella Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo; in particolare in base al principio n. 15 «in order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation». Il principio ha fatto il suo ingresso a livello comunitario con il Trattato di Maastricht ed è attualmente richiamato dall'art. 191 TFUE senza che ne venga fornita una sua definizione. S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2003, pp. 149-169, G. GALASSO, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; a livello internazionale non mancano autorevoli posizioni critiche nell'applicazione forte del principio di precauzione cfr. C. R. SUNSTEIN, *Laws of fear: beyond the precautionary principle*, Cambridge, 2005 (trad. it. *Il diritto della paura: oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010).

L'epoca contemporanea è indubbiamente caratterizzata da questa crescente incertezza – sia morale che giuridica – dinanzi alla dimensione travolgente dello sviluppo tecnologico, ma spesso non ha argomenti o ragioni conclusive per scegliere tra le nuove opportunità di sviluppo e liberazione che esso crea ed i rischi di nuove schiavitù e degrado che lo stesso sviluppo porta con sé.

Per riprendere una famosa immagine di Zygmunt Bauman, la modernità è, in sé, *ambivalente*⁹⁵ e porta con sé quella inevitabile *ambiguità* tipica del paradigma tecnocratico, cui fa ampio riferimento l'enciclica *Laudato si* di Papa Francesco⁹⁶.

Negli ultimi decenni è stata dominante piuttosto l'idea per la quale porre un qualsiasi limite o attribuire specifiche responsabilità o doveri nel settore della diffusione delle applicazioni tecnologiche, rappresentasse di per sé un limite alla libertà di ricerca e dunque allo sviluppo, alla democratizzazione ed all'avanzamento della civiltà.

Questa idea che ha caratterizzato (e per certi versi ancora caratterizza) l'immaginario giuridico contemporaneo, si sta rivelando una vera e propria mitologia, promossa da precise strategie di marketing di aziende tecnologiche potentissime (cosiddette *over the top*) che hanno un interesse economico formidabile nel promuovere l'ideologia per cui «la diffusione della tecnologia avrebbe, *di per sé*, rappresentato un aumento della civiltà, della democrazia e della libertà».

I dati oggi ci obbligano razionalmente ad essere molto più cauti, di qui il principio di precauzione costituzionale: deve esistere una regolazione effettiva, di livello sovra-nazionale e sovra-legislativo, riguardante le tecnologie, volta ad evitare il verificarsi di violazioni delle libertà fondamentali non più (o molto difficilmente) rimediabili una volta che esse sono state diffuse.

Ma come far sì che questi valori siano effettivamente interiorizzati dallo sviluppo tecnologico?

Veniamo così al secondo carattere del diritto costituzionale dell'era cibernetica.

7. Verso un diritto costituzionale ibrido

La dottrina della precauzione costituzionale impone che la protezione di beni costituzionali quali la tutela della libertà o il rispetto della *rule of law*, debba essere anticipata rispetto alla produzione stessa delle applicazioni tecnologiche.

Quando gli algoritmi o le applicazioni conseguenti sono già stati realizzati (e sovente anche diffusi) è ormai troppo tardi per intervenire.

La graduale anticipazione della tutela della privacy, da tutela *successiva* a tutela *preventiva* e poi *by design* ed infine *by default*, traccia esattamente questa traiettoria *backwards*, potremmo dire.

Occorre recepire i valori del diritto costituzionale sin nella fase di progettazione delle macchine, per questo occorre quello che definirei un diritto costituzionale "ibrido"⁹⁷, cioè un diritto costituzionale

⁹⁵ Z. BAUMAN, *Modernity and Ambivalence*, Cambridge, Polity Press, 1991.

⁹⁶ Che citiamo, ovviamente, non tanto come rappresentante di un determinato orientamento religioso, quanto come espressione di una coscienza etica condivisa a livello globale. Papa Francesco *Laudato Si'*, Capitolo III, 1, 81, 82, 83, 101-103, 104, 105. Si veda per il richiamo al pensiero di Papa Francesco sul punto, S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, p. 3, 2017, 3-4 ovvero A. SIMONCINI, *The Constitutional Dimension of the Internet: Some Research Paths*, EUI Working Paper Law, 2016/16, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2781496 (ultima consultazione 04/02/2019).

⁹⁷ L'immagine viene dai motori contemporaneamente termici ed elettrici

che conosca e sappia esprimersi nel linguaggio della tecnologia; come da tempo sostiene Lawrence Lessig, la struttura costituzionale della rete è la sua stessa architettura (“*the Code*”⁹⁸).

Qui lo spazio per un dialogo effettivo è ancora inesplorato e, di conseguenza, il tasso di “ibridazione” ancora straordinariamente basso.

A mio avviso dopo la stagione della tutela *by design* e *by default*, occorre aprire una nuova stagione, quella della tutela *by education*; nel senso che occorre intervenire quando scienziati e tecnologi sono ancora in formazione e trasmettere loro le ragioni fondamentali di principi quali la protezione dei dati personali, la tutela dei diritti e delle libertà, ovvero, del “diritto alla comprensibilità” degli algoritmi.

La tecnologia è sempre più integrata con la vita della persona e questa integrazione non è realisticamente arrestabile, né dall’altra parte ciò sarebbe auspicabile, visto il valore altissimo per la stessa qualità della vita che alcune nuove scoperte hanno.

L’unica strada possibile, dunque, è far sì che il valore (dunque il senso) della tutela della dignità della persona e della sua libertà, divengano parte integrante della formazione di coloro che poi elaboreranno quelle tecnologie. Di qui il ruolo decisivo delle agenzie formative, ovvero delle associazioni professionali o accademiche, così come il ruolo della soft-law.

Un interessante – anche se iniziale – esempio di questa “ibridazione” tra diritto costituzionale e sapere tecnologico è il recente *Documento sulla trasparenza e responsabilità degli algoritmi*⁹⁹ pubblicato nel gennaio 2017 dalla USACM (*Associazione statunitense della meccanica computazionale*).

L’Associazione americana, riconoscendo l’espansione sempre più pervasiva dell’uso degli algoritmi nella vita quotidiana ed il fatto che «esista anche una crescente consapevolezza che alcuni di questi possono essere “opachi” rendendo impossibile determinare se le loro decisioni siano discriminatorie o sbagliate», ha fissato sette principi che ciascun sviluppatore deve sottoscrivere come parte integrante del Codice Etico della Associazione.

I principi debbono essere rispettati durante ogni fase dello sviluppo e dell’implementazione dei sistemi in modo tale da ridurre al minimo i danni “collaterali” del processo decisionale algoritmico.

Il primo principio – di “consapevolezza” (*awareness*) – sancisce che «i proprietari, i progettisti, i costruttori, gli utenti e altri soggetti interessati dei sistemi di analisi debbono essere consapevoli delle possibili discriminazioni implicate nella loro progettazione, implementazione e utilizzo, e il potenziale danno che tali pregiudizi possono causare agli individui e alla società».

E, tra gli altri doveri vi è anche il dovere di “spiegazione”, per il quale «sistemi o istituzioni che usano decisioni algoritmiche sono incoraggiati a produrre spiegazioni riguardanti sia la procedura seguita dagli algoritmi sia le specifiche decisioni che hanno preso. Questo principio è particolarmente rilevante nel settore delle politiche pubbliche».

Su questa strada paiono avviate anche altre organizzazioni internazionali quali il Consiglio d’Europa¹⁰⁰ e la stessa Unione Europea¹⁰¹.

⁹⁸ Si vedano L. LESSIG, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999; seguito dalla seconda edizione realizzata come un “wiki project”: L. LESSIG, *Code Version 2.0*, New York, 2005.

⁹⁹ USACM, *Issues Statement on Algorithmic Transparency and Accountability*, 12 gennaio 2017, <https://www.acm.org/articles/bulletins/2017/january/usacm-statement-algorithmic-accountability> (ultima consultazione 04/02/2019).



Molto meno efficace appare la strategia seguita da altre aziende (ad esempio Google) di garantire il rispetto dei diritti fondamentali ricorrendo a *panels* di esperti esterni incaricati di validare *ex post* l'“eticità” (o la “fairness”) dei propri algoritmi di intelligenza artificiale¹⁰²; il rischio, come dicevamo, è che tale valutazione avvenga quando gli investimenti, le progettazioni e le analisi sono già state effettuate e, quindi, troppo tardi.

8. Profeti inascoltati: Marcuse

Lo scenario che ho cercato di delineare è certamente inedito e di grande interesse non solo per gli studiosi di diritto costituzionale.

Stupisce non poco accorgersi che alcuni intellettuali - potremmo chiamarli profeti inascoltati - avevano prefigurato questa condizione oltre 50 anni fa.

Penso alla prima pagina dell'“*Uomo ad una dimensione*” di Herbert Marcuse del 1964. Ne riporto un brano:

«Una confortevole, levigata, ragionevole, democratica non-libertà, prevale nella civiltà industriale avanzata, segno di progresso tecnico. In verità, che cosa potrebbe essere più razionale della soppressione dell'individualità nel corso della meccanizzazione di attività socialmente necessarie ma faticose; (...).

Che questo ordine tecnologico comporti anche un coordinamento politico ed intellettuale è uno sviluppo che si può rimpiangere, ma che è tuttavia promettente»¹⁰³.

«Nella misura in cui la libertà dal bisogno - sostanza concreta di ogni libertà - sta diventando una possibilità reale, le libertà correlate ad uno stato di minor produttività vanno perdendo il contenuto di un tempo. L'indipendenza del pensiero, l'autonomia e il diritto alla opposizione politica sono private della loro fondamentale funzione critica in una società che pare sempre meglio capace di soddisfare i bisogni degli individui grazie al modo in cui è organizzata».

E di qui la considerazione più lucidamente - e terribilmente - conseguenziale:

«sotto questo aspetto, il fatto che la capacità di soddisfare i bisogni in misura crescente sia assicurata da un sistema autoritario o da uno non autoritario sembra fare poca differenza».

Questa è la sfida principale della potenza cibernetica al diritto costituzionale: dinanzi alla promessa di sostituire le attività umana pesanti (non solo in senso fisico, ma anche cognitivo) con una serie di processi automatici, scambiando così l'autonomia con l'automazione, il rischio è che le libertà fondamentali non vengano negate o violate, semplicemente divengano inutili. Ancora una volta l'Oracolo sconfiggerà la libertà dell'uomo?

¹⁰⁰ Si pensi alla *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, adottata dalla Commissione del Consiglio d'Europa per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) nella 31 sessione plenaria CEPEJ (2018)14, Strasbourg 3 dicembre 2018.

¹⁰¹ Si pensi all'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence costituito nel giugno 2018 dalla Commissione Europea che ha pubblicato il 18 dicembre 2018 un primo draft di ETHICS GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI.

¹⁰² *Google defends search algorithms against bias claims*, in *Financial Times*, 25 settembre 2018, <https://www.ft.com/content/90c39058-c045-11e8-95b1-d36dfef1b89a> (ultima consultazione 04/02/2019).

¹⁰³ H. MARCUSE, *One-dimensional man: studies in the ideology of advanced industrial society*, con una nuova introduzione di Douglas Kellner, II ed., Boston, MA, 1991, pp. 3 e ss. (nostra la traduzione e le sottolineature).

I robot possono avere diritti?

Alfonso Celotto*

CAN ROBOTS HAVE RIGHTS?

ABSTRACT: From years all have been using, owning, managing refrigerators, cars and telephone. In practices, machines. Yet no one has ever thought, until now, that such machines could be holders of rights. Machines, up to now, have been “objects” of rights (property, possession, responsibility) and certainly not “subjects”. Why? For the simple reason that only recently these machines have begun to have their own forms of artificial intelligence that start to make them doubt that they can assume a certain autonomy of decision-making. So these machines can be holders of their own legal situations? Robots one hundred years ago were only a Karel Čapek’s literary invention. A fascinating invention for the immediate development that robots have had in the science fiction literature of the following years. At the point of getting a visionary like Asimov to establish the laws of robotics. It was 1942. But today we are really at the point of having to write these laws. Not only because they are profoundly changing the rights of human beings, but also because they are starting to formulate their own machine rights.

KEYWORDS: robot; legal personhood; autonomy; decision-making; liability

SOMMARIO: 1. La ricognizione – 2. La focalizzazione – 2.1. Chi attribuisce la soggettività giuridica? – 2.2. La attuale disciplina dei robot – 3. I profili problematici.

1. La ricognizione

I robot devono avere proprie leggi? Lo sviluppo della tecnologia sta rendendo reale la “predizione” fatta da Asimov nel 1942: bisogna porre regole per i robot, individuando anche forme di capacità giuridica, come se fossero veri e propri soggetti di diritti¹.

Tradizionalmente la regolazione giuridica ha considerato le macchine soltanto “oggetto” di diritti. Nel senso che leggi e regolamenti hanno disciplinato proprietà, possesso, responsabilità e cessioni delle macchine utilizzare quali utensili.

*Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi Roma Tre. Mail: celotto@uniroma3.it. Contributo sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.

¹ Tutti ricordano la formulazione da parte di Asimov, nei suoi racconti delle tre leggi della robotica, a cui aggrungerà poi la legge zero.

«A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm.

A robot must obey any orders given to it by human beings, except where such orders would conflict with the First Law.

A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law».

Oggi, le macchine sono diventate sempre più evolute. La disponibilità di quantità enormi di dati e di elaboratori sempre più veloci ha portato allo sviluppo di macchine dotate di nuove forme di intelligenza, non umane. Cioè dotate di algoritmi di “intelligenza artificiale”, cioè che consentono una elaborazione di dati e un auto-apprendimento in qualche modo autonomi.

Così gli ordinamenti giuridici si cominciano a porre il problema di valutare se e come le macchine possano essere non più soltanto oggetto, ma anche soggetto di diritti. Forse nella *summa divisio* di Aristotele che distingueva gli strumenti a disposizione dell'uomo per amministrare il suo patrimonio in “strumenti inanimati” e “strumenti animati”, i robot non possono più essere classificati semplicemente tra i primi.

Perché?

Prendiamo il caso della auto a guida autonoma.

In linea di principio, i veicoli a guida autonoma confliggono in maniera lampante con tutte le norme vigenti sulla circolazione, fondate sul principio per cui «Ogni veicolo in movimento o ogni complesso di veicoli in movimento deve avere un conducente» (così art. 8 della Convenzione di Vienna sulla Circolazione stradale dell'8 novembre 1968). Ma il problema non è certo questo. In quanto basterebbe una ridefinizione della categoria di veicolo. Il problema è soprattutto la responsabilità che le auto a guida autonoma possono generare. Tradizionalmente pensiamo che un incidente di una auto a guida autonoma possa essere disciplinato con le classiche categorie di responsabilità. Responsabilità di chi? Non certo del guidatore che non esiste. Ma del proprietario, dell'utilizzatore, del fabbricante o del programmatore?

Allora forse è più semplice pensare a un sistema di assicurazione obbligatoria. Da porre a carico del proprietario, dell'utilizzatore, del fabbricante o del programmatore. Come del resto vengono disciplinate ora, ad esempio in Germania². Ma pensiamo che a un certo punto dello sviluppo queste auto saranno sempre più autonome rispetto al proprietario (se ancora ce ne sarà uno), all'utilizzatore (potranno essere molteplici), al fabbricante (risponde anche per i danni dovuti alla circolazione?) o al programmatore (probabilmente non umano). Sarà sempre più complesso determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati.

Diventerà quindi complicato usare le categorie classiche del diritto e sarà più facile pensare che la polizza assicurativa sia da intestare ... alla stessa auto. Ma a quel punto la automobile avrebbe una propria soggettività giuridica. Così la auto autonoma potrebbe, anzi dovrebbe, avere anche un conto corrente bancario per pagare la polizza, ricevere i propri guadagni dal servizio e fare propri investimenti sul capitale³. Una volta riconosciuto alle macchine il diritto di proprietà e la relativa gestione autonoma del patrimonio, ne seguirebbero una serie di corollari giuridici (libertà personale, di circolazione, diritti politici legati alla sua appartenenza alla comunità), non ultimo il dovere di pagare le

² E della scorsa primavera la legge tedesca sulle auto a guida autonoma, che comunque applica una regolazione di tipo tradizionale, richiedendo la presenza a bordo di un patentato, pronto a prendere la guida in caso di necessità. Lo stesso accade nella regolazione sperimentale di alcuni Stati USA (California, Florida, Nevada). Elementi in E. PALMERINI, voce *Robotica* (parte giuridica), in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, X, Napoli, 2016, 1104.

³ Cfr. M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018, 147 s.

tasse, in una sorta di robotax⁴ che configurerebbero una posizione di imputabilità autonoma del tutto analoga a una persona.

Ecco che un robot avrebbe la sua soggettività giuridica. Autonoma. Pur con tutti i dubbi e le perplessità del caso.

Prima di cercare di affrontare la complessa questione, occorrono una precisazione terminologica. Va chiarito che parleremo di “robot”, anche se potremmo parlare di automi, umanoidi o androidi o più semplicemente macchine (potendo in questa sede ritenere che siano in buona sostanza tutti sinonimi). Usiamo “robot” ricordando che il primo utilizzo del termine risale (soltanto) al 1920, ad opera dello scrittore ceco Karel Capek, derivandolo dalla parola “robot” che significa “lavoro pesante”, pur potendosi far risalire i primi tentativi di immaginare la figura di un robot già a molti secoli prima di Cristo, per poi arrivare a Leonardo da Vinci fino a Frankenstein.

Ad ogni modo, non è agevole per il diritto definire cosa sia un “robot”, in quanto si implicano nozioni di elettronica, meccanica e informatica, non sempre semplici⁵. Comunque, a livello tecnico per aversi “robot” occorre – di base - la ricorrenza di due elementi: mobilità e programmabilità, cioè debbono essere macchine capaci di muoversi sulla base di programmazione autonoma. Tali caratteristiche rendono autonomo il robot e riducono, fino ad annullare, i limiti della imputabilità degli eventi a un possibile operatore umano.

2. La focalizzazione

2.1. Chi attribuisce la soggettività giuridica?

Date queste premesse, il primo problema giuridico da affrontare per capire se i robot possano essere soggetto di diritti riguarda la titolarità giuridica a stabilire “chi” possa essere titolare di diritti.

I diritti, come ogni altra posizione giuridica soggettiva, vengono attribuiti dagli ordinamenti giuridici. In altri termini, i diritti (soggettivi) sono attribuiti dal diritto (oggettivo). Con una precisazione importante. Il diritto oggettivo può attribuire diritti anche a non persone umane, come accade per le persone giuridiche e, in alcuni ordinamenti, agli animali.

Negli Stati contemporanei, i titolari dei diritti sono, di regola, i cittadini per come identificati dai singoli ordinamenti, con precisazioni e limitazioni per gli stranieri e anche per alcune categorie di cittadini⁶.

⁴ Tra i primi ne ha parlato L. FLORIDI, *Robots, Jobs, Taxes, and Responsibilities. Philosophy & Technology*, 30(1), 2017, <https://doi.org/10.1007/S13347-017-0257-3>. In Italia, in tal senso il DDL presentato nella XVII legislatura dall'on. Pastorelli, Agevolazioni fiscali per l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nella produzione di beni (Atto Camera n. 4621 del 25 settembre 2017)

⁵ Per un tentativo di definizione, cfr. E. PALMERINI, voce Robotica (parte giuridica), cit., 1100 s. Sulla mancanza di una precisa terminologia anche M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 335.

⁶ Non è questa la sede per ricordare come, malgrado la sempre più ampia tendenza a un riconoscimento ampio dei diritti umani, per tutto il XX secolo in molti Stati, soprattutto di *common law*, anche in costanza di regimi democratici, si sono verificati gravi problemi di riconoscimento dei diritti in favore delle popolazioni indigene, come la segregazione razziale negli USA, l'apartheid in Sudafrica, la questione aborigena in Australia. E anche di recente continuano forme di segregazione, come ad es. per la questione tibetana in Cina o significative limita-

Partendo da tale base, saranno poi le singole norme ascrittive a riconoscere diritti a categorie di possibili titolari. Così nel nostro ordinamento, sono titolari di diritti anche:

- gli *stranieri e gli apolidi*, come ribadisce da ultimo la sent. n. 245/2011 della Corte costituzionale: «è certamente vero che la “basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero” – “consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo” – può “giustificare un loro diverso trattamento” nel godimento di certi diritti (sentenza n. 104/1969), in particolare consentendo l’assoggettamento dello straniero “a discipline legislative e amministrative” ad hoc, l’individuazione delle quali resta “collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici” (sentenza n. 62/1994), quali quelli concernenti “la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione” (citata sentenza n. 62/1994). Tuttavia, resta pur sempre fermo – come questa Corte ha di recente nuovamente precisato – che i diritti inviolabili, di cui all’art. 2 Cost., spettano “ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”, di talché la “condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi” (sentenza n. 249/2010)».

- i *cittadini dell’Unione europea*, per quanto la cittadinanza europea sia una cittadinanza derivata e complementare, nel senso che spetta automaticamente ai cittadini degli Stati membri dell’Unione europea e non sostituisce la cittadinanza nazionale (ora, art. 20 Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea) e comunque con la precisazione che alcune prerogative restano legate alla cittadinanza italiana, come l’accesso agli uffici pubblici (art. 51 Cost e art. Art. 38 d.lg. n. 165/2001 secondo cui i cittadini di Stati membri UE possono esser assunti soltanto «presso amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell’interesse nazionale».

- *le persone non ancora nate* come l’embrione e il concepito, tradizionalmente titolari di diritti successori (art. 462 c.c.) e che comunque la Corte costituzionale ha ritenuto titolari di diritti inviolabili⁷.

- *le persone che non siano più in grado di intendere e di volere*. Caso emblematico è quello dei trattamenti di fine vita e della possibilità di esprimere il proprio consenso a forme di eutanasia da parte dei soggetti impossibilitati a farlo (si pensi ai casi Englaro e Welby).

- *le persone in stato di “soggezione speciale”*, tipo i detenuti, sia pure con le ragionevoli limitazioni connesse al regime detentivo⁸, con specificità se si tratti di detenzione militare.

L’ordinamento riconosce, poi, la soggettività giuridica anche a soggetti che non sono persone umane:

- *le persone giuridiche*. A prima impressione non sembra pensabile che Enti, società, ospedali, associazioni, possano essere titolari di diritti. Tale preclusione è sicuramente vera per i diritti sostanziali alla corporeità umana (libertà personale, vita, salute, matrimonio). Mentre ormai si riconosce stabilmente – anche alla luce del riconoscimento esplicito dell’art. 2 ai «diritti [...] nel-

zioni dei diritti fondamentali (si pensi alla Turchia o ancora alla Cina, ad es. rispetto alla libertà di stampa e all’utilizzo di internet).

⁷ Sent. n. 27/1975. Anche sent. n. 151/2009; e n. 229/2015.

⁸ Cfr. Corte cost. sent. n. 26/1999.



le formazioni sociali»⁹ - che possano essere titolari di diritti relativi alla vita di azione e relazione non corporea (libertà di stampa, libertà di espressione, diritto di proprietà, diritto di agire in giudizio ecc.).

- *gruppi e associazioni esponenziali*, a cui è affidata la tutela di specifici diritti, specie di nuova generazione (esempio classico, la tutela dell'ambiente: cfr. ora artt. 309 e 301 d.lg. n. 152/2006).
- gli *animali*. Tradizionalmente oggetto di disciplina a tutela della comune sensibilità (reati di maltrattamento) o a fini commerciali, da molti anni si è sviluppato un dibattito etico sulla soggettività anche giuridica degli animali¹⁰. Al momento l'affermazione più significativa è quella contenuta nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (per come modificato nel 2007), che all'art. 13 prevede: «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale».

2.2. La attuale disciplina dei robot

Dal punto di vista giuridico, nulla osta che una forma di personalità giuridica possa essere riconosciuta anche a soggetti non umani, come possono essere robot e macchine. In fondo basta una riga di legge per ascrivere situazioni giuridiche soggettive a macchine, per quanto la questione sia ricca anche di implicazioni filosofiche.

Automobili a guida autonoma, droni, sistemi di chirurgia robotica, robot domestici. E anche assistenti personali virtuali (che ci consiglieranno non solo il ristorante o la palestra, ma addirittura la ragazza con cui uscire, il lavoro da scegliere e come votare alle elezioni), richiederanno sempre di più normative specifiche e adeguate.

Per ora, in maniera più tradizionale e rassicurante, il diritto si è limitato a disciplinare i robot come "utensili", utilizzando le tradizionali categorie dell'imputazione delle attività e delle responsabilità: chiunque sia fabbricante, proprietario, possessore o utilizzatore di un robot risponde delle attività. Si prendano ad esempio le Direttive UE 2001/95 e 2006/42 sulla sicurezza dei prodotti e le normative su diritti e garanzie dei consumatori¹¹. Lo stesso accade negli Stati Uniti d'America, che tendono a disciplinare i problemi della robotica nel quadro della responsabilità da prodotto (produc liability law)¹².

Ma ora tutto ciò sembra non bastare più.

⁹ Cfr. A. PACE, *Problematica*, cit., 17 s.

¹⁰ F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005; S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La Questione Animale, Trattato di Biodiritto*, Milano, 2012, 267; S. POLLO, *Umani e animali: questioni di etica*, Roma, 2016; G. PELAGATTI, *Dignità e diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, in www.dirittifondamentali.it, 2017. La protezione degli animali è comunque prevista nella Costituzione svizzera (art. 80) e nella Costituzione dell'India (art. 48).

¹¹ M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability*, cit., 348 ss.

¹² M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability*, cit., 342 s.

Ad oggi, il tentativo più avanzato di disciplinare in maniera organica il fenomeno “robot” oggi è rappresentato dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante *Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL))*, auspicando di disciplinare in maniera omogenea per gli Stati europei gli aspetti civilistici della robotica, a partire dai profili di responsabilità.

Tale risoluzione parte dall’assunto che «grazie agli strabilianti progressi tecnologici dell’ultimo decennio, non solo oggi i robot sono in grado di svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive – ad esempio la capacità di apprendere dall’esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti – li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l’ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo» (considerando Z).

I robot sono sempre più autonomi, in quanto a «capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un’influenza esterna» (considerando AA)¹³; per cui «più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l’operatore, il proprietario, l’utilizzatore, ecc.)» (Considerando AB).

In fondo, nell’ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, «le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati» (Considerando AF).

Ecco il punto. La Risoluzione comprende che stiamo andando verso un modello in cui sarà sempre più difficoltoso legare l’attività delle macchine a quella di un singolo responsabile umano. Per cui va individuata una imputabilità autonoma.

Dal punto di vista della disciplina la Risoluzione innanzitutto pone una serie di cautele etiche, per assicurare che lo sviluppo e l’utilizzo dei robot avvenga in condizioni tali da preservare la dignità, l’autonomia e l’autodeterminazione degli individui e di garantire la tutela della *privacy* e che si presti attenzione «alla possibilità che nasca un attaccamento emotivo tra gli uomini e i robot, in particolare per i gruppi vulnerabili (bambini, anziani, disabili), per attenuare gli impatti emotivi e fisici» (punto 3). A livello applicativo, la Risoluzione invita a affrontare la questione dei robot innanzitutto dal punto di vista della responsabilità, creando un sistema di registrazione dei robot, una assicurazione obbligatoria e un fondo di garanzia per i danni causato da robot non assicurati (punto 59), nonché forme di responsabilità oggettiva (punto 53 e 54)¹⁴.

Fin qui siamo ancora nell’applicazione delle categorie tradizionali.

Ma, in fine auspica anche «l’istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi» (punto 59, lett. h).

¹³ «L’autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un’influenza esterna» (considerando AA).

¹⁴ M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability*, cit., 345 ss.

Allora siamo pronti a creare una soggettività elettronica?

Molto più cauto al riguardo è il Parere del Comitato Economico e Sociale dell'Unione europea (CESE, INT/086 del 31 maggio 2017) che è contrario alla assunzione di forme di personalità giuridica per i robot, in quanto «comporterebbe un rischio inaccettabile di azzardo morale»¹⁵.

Tornando alla Risoluzione, il Parlamento europeo ipotizza anche una Carta della robotica, con una serie di principi etici e deontologici, rivolti innanzitutto ai ricercatori, in maniera da garantire una serie di principi fondamentali, che ricordano molto le leggi di Asimov: beneficenza, non-malvagità, autonomia, giustizia¹⁶.

Nel complesso, si tratta, con evidenza, di una disciplina ancora malcerta, che cerca soprattutto di adattare le categorie tradizionali allo sviluppo della robotica, ma con la piena consapevolezza che nel giro di pochi decenni i robot potrebbero raggiungere livelli di progresso oggi impensabili (non dimentichiamo che 25 anni fa internet non esisteva).

Facciamo un solo esempio.

Si arriverà a riconoscere ai robot soltanto una soggettività giuridica, sulla falsariga di quanto avviene da decenni per le persone giuridiche, o addirittura potremo ritenere che i robot hanno una autonoma imputabilità come se fossero persone?

Sappiamo che la responsabilità penale si basa sul principio della imputabilità. Cioè, come recita l'art. 85 del nostro codice penale la punibilità è legata proprio alla imputabilità, cioè alla «capacità d'intendere e di volere». Ma arriverà il giorno in cui potremo ritenere che i robot abbiano una propria capacità di intendere e di volere?¹⁷

¹⁵ Punto 3.33: «Il CESE è contrario all'introduzione di una forma di personalità giuridica per i robot o per l'IA (o i sistemi di IA), in quanto essa comporterebbe un rischio inaccettabile di azzardo morale. Dal diritto in materia di responsabilità civile deriva una funzione preventiva di correzione del comportamento, la quale potrebbe venir meno una volta che la responsabilità civile non ricade più sul costruttore perché è trasferita al robot (o al sistema di IA). Inoltre, vi è il rischio di un uso inappropriato e di abuso di uno status giuridico di questo tipo. In questo contesto, il confronto con la responsabilità limitata delle società è fuori luogo, in quanto è sempre la persona fisica a essere responsabile in ultima istanza. A tale riguardo, si dovrebbe esaminare in che misura la normativa nazionale e dell'UE vigente e la giurisprudenza in materia di responsabilità (per danno da prodotti difettosi e di rischio) e colpa propria sia sufficiente a rispondere a tale questione e, in caso contrario, quali soluzioni si impongano sul piano giuridico».

Sul dibattito cfr. E. PALMERINI, voce *Robotica* (parte giuridica), cit., 1106 s. U. PAGALLO, *Intelligenza artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 615 ss.

¹⁶ Nello specifico si richiede:

- beneficenza: i robot devono agire nell'interesse degli esseri umani;
- non-malvagità: la dottrina del *primum, non nocere*, in virtù della quale i robot non devono fare del male a un essere umano;
- autonomia: la capacità di adottare una decisione informata e non imposta sulle condizioni di interazione con i robot;
- giustizia: un'equa ripartizione dei benefici associati alla robotica e l'accessibilità economica dei robot addetti all'assistenza a domicilio e, in particolare, a quelli addetti alle cure sanitarie.

¹⁷ M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability*, cit., 363 s.

Dal suo canto, il Parlamento Italiano ha iniziato a prendere coscienza del tema soprattutto dal punto di vista conoscitivo, come emerge ad es. dal dibattito che nella primavera del 2017 ha portato la Camera dei deputati all'esame di alcune mozioni sulla robotica e intelligenza artificiale¹⁸.

3. I profili problematici

Ci troviamo davvero di fronte ad una grande rivoluzione dell'assetto sociale, prima ancora che normativo. Con forti incidenze su tutti i modelli da noi conosciuti.

Ad ogni modo, oggi siamo soltanto in una fase iniziale e di transizione: lo sviluppo della scienza e della tecnologia non farà che ampliare tali problematiche, estendendole anche ai profili di intersezione fra i diritti delle persone e i diritti degli automi.

A partire dai diritti delle persone. Il problema del futuro dei diritti nell'intreccio con l'intelligenza artificiale e lo sviluppo dei robot era già stato intuito da Bobbio, auspicando «che la storia conduca al Regno dei diritti dell'uomo anziché al Regno del Grande Fratello»¹⁹. I diritti umani devono cioè restare garanzia della persona umana contro ogni forma di potere e non certo diventare essi stessi strumento di esercizio di potere²⁰. Il rischio è molto grande anche perché tutte le caratteristiche di ciascuna persona umana saranno concentrate in una serie di dati, spesso anche molto sensibili e dettagliati (abitudini, spostamenti, tipologia delle persone contattate, dati medici e biometrici, etc.), in possesso di banche dati, siti, provider: in pratica, tutto di ciascuno di noi sarà nei propri dati. Dati in possesso di società private a fini commerciali. Il rischio non si protegge solo con una tutela sempre più rigorosa della *privacy*, come anche tenta di fare il nuovo regolamento UE sulla *privacy* (679/2016), ponendo regole per il diritto di rettifica, il diritto di oblio e il principio di conoscibilità e comprensibilità del trattamento automatizzato (cfr. artt. 16, 17 e 22).

Va affrontato anche il problema della concentrazione dei dati, configurando – probabilmente – meccanismi di separazione e decentralizzazione dei dati, per evitare che esista un solo possessore di tutti i dati di una persona e, in prospettiva, di tutte le persone. Paradossalmente, corsi e ricorsi storici, l'unico modo per evitare il monopolio dei dati sarà quello di imporre meccanismi di decentralizzazione, un po' come quando per combattere l'assolutismo si sono imposte forme di divisione dei poteri. Lo stesso accadrà per i dati e quindi i diritti dei robot. Possiamo pensare che tutti i robot saranno collegati in remoto con un solo cervello collegato *in cloud* che guiderà e gestirà tutte le azioni? Sembra pericoloso, per vari profili, quindi anche qui andranno adottati protocolli di separazione e decentralizzazione.

Abbiamo poi il problema di quale sarà a fonte idonea a regolare tali diritti e situazioni giuridiche. Chi potrà farlo? È dubbio pensare che possano essere le Costituzioni e le leggi nazionali a disciplinare i

¹⁸ Cfr. mozione Rosato ed altri n. 1-01508, nonché, nei testi rispettivamente riformulati, le mozioni Binetti ed altri n. 1-01558, Cominardi ed altri n. 1-01559, Rampelli ed altri n. 1-01561, Ricciatti ed altri n. 1-01562, Palese ed altri n. 1-01571, Allasia ed altri n. 1-01607, Catalano ed altri n. 1-01608, Civati ed altri n. 1-01619, Baldassarre ed altri n. 1-01622 e Palmieri e Occhiuto n. 1-01623 in materia di robotica ed intelligenza artificiale.

¹⁹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 249.

²⁰ Cfr. anche M. CARTABIA, *In tema di "nuovi" diritti*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, I, 643.

fenomeni che discendono dallo sviluppo tecnologico, come i robot²¹. Tale superamento della sovranità normativa nazionale sui fenomeni tecnologici sembra muoversi in due direzioni: da un lato, verso l'esigenza di parametri costituzionali e regolativi globali, dall'altro con spazi sempre maggiori per esigenze di autonomia dei sistemi stessi, visto che il legislatore farà sempre maggiore fatica a inseguire le continue innovazioni della tecnologia. Ecco che si aprono spazi verso teorie di ordine spontaneo alla Hayek, ma anche con auto regolazioni disposte dagli stessi "giganti" della rete, in quanto sempre più spesso saranno i singoli produttori le porre regole. Avremo sempre più normative non "eteronome"; nel senso che saranno poste dallo stesso soggetto fabbricante o gestore della nuova tecnologia, come già sta avvenendo con le "regole etiche" poste dalle singole grandi aziende²².

Del resto le normative statali sono normalmente misoneiste e tardigrade. Ancor più in settori a rapidissima obsolescenza come la tecnologia. Casi emblematici possono essere la sigaretta elettronica, prodotto nuovo che ha stentato a essere riportato a categorie tradizionali come i prodotti da fumo o i dispositivi medici²³.

Nel senso che in nome del tradizionale principio di base *ubi societas, ibi ius*, il diritto degli Stati è sempre molto lento e si adatta con difficoltà alle novità. Ancor più quando sono novità che crescono e si sviluppano secondo il principio di singolarità tecnologica, cioè con una accelerazione oltre ogni capacità di comprensione previsione umana.

Se ci sarà davvero questo sviluppo, in cui le forme di Intelligenza artificiale e quindi le capacità dei robot raggiungeranno e supereranno quelle umane, dobbiamo chiederci se per i robot saranno da applicare le regole pensate da esseri umani, oppure se emergerà l'esigenza che siano gli stessi robot a fissare le regole applicabili per i robot. Nel rispetto di un principio di "autodichia", quale forma di possibile pluralismo.

Arriveremo a un diritto dei robot posto a livello più o meno globale dagli stessi robot?

Ad ogni modo, la regolazione dei diritti dei robot implica tutta una serie di questioni, di cui al momento ancora non si intravede la possibile soluzione. Anche se, trattandosi di terreni così innovativi, viene da pensare che probabilmente emergeranno anche questioni ulteriori, che oggi non riusciamo nemmeno ad immaginare. In fondo si tratta di una rivoluzione epocale, un po' come quando emerse l'esigenza di regolare il diritto del mare e ci si rese conto che era impossibile farlo con il semplice *nomos* della terra²⁴, come oggi non è certo pensabile di poter regolare la rete con i tradizionali strumenti legislativi²⁵.

Nel complesso, appare necessario un approccio globale e interdisciplinare. Perché non basta certo la visione limitata a regolare fenomeni del tutto innovativi, specie nelle anguste categorie del diritto.

²¹ Spunti ora in R. BIFULCO, *Intelligenza artificiale, internet e ordine spontaneo*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 381 ss.

²² Si pensi non solo ai codici etici già assunti da singole aziende, come il caso di IBM, Volvo e Google, ma anche dagli impegni congiunti per bandire in maniera assoluta i robot killer.

²³ O, nel passato, la limitazione delle automobili mediante il Locomotives Act inglese del 1° agosto 1861, con limiti di velocità rigorosissimi. O quella delle tv libere in Italia ad opera del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, che rinforsò il monopolio della RAI, imponendo una autorizzazione statale a ogni forma di telecomunicazione.

²⁴ C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"* (1950), ed. it., Milano, 1991.

²⁵ D. MARONGIU, *Organizzazione e diritto di internet*, Milano, 2013; e, da ultimo, B. CAROTTI, *Il sistema di governo di internet*, Milano, 2016.

Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico

Marta Fasan*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PLURALISM: USE AND APPLICATION OF PROFILING TECHNIQUES IN MODERN DEMOCRACIES

ABSTRACT: Artificial Intelligence is one of the most important innovations of the present age. By developing deep learning and machine learning techniques, nowadays it's possible to create intelligent systems, which are able to learn new data from their own experience and to take more autonomous decisions. These intelligent technologies can be effectively used to profile people who interact with AI systems, in order to understand users' interests and preferences and offer them more personalized products and information. This paper aims at analysing AI use in the public and political context. The application of intelligent tools, which can filter and personalize news and information, could seriously affect the pluralistic dimension which characterize modern constitutional democracies.

KEYWORDS: artificial Intelligence; profiling; freedom of speech; pluralism; democracy

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Intelligenza Artificiale: profili storici... – 2.1. ...e profili definitivi – 3. *Deep learning*, *machine learning* e tecniche di profilazione – 4. AI e strumenti di profilazione nel settore dell'informazione – 5. AI, *filter bubble*, *echo chamber* e pluralismo: conseguenze e criticità – 6. Verso scenari futuri.

1. Introduzione

L'Intelligenza Artificiale (*Artificial Intelligence*: AI) rappresenta una delle innovazioni più importanti del XXI secolo. Ogni giorno, infatti, è possibile osservare come l'AI stia diventando un elemento sempre più presente nella nostra quotidianità, in grado di realizzare compiti e funzioni da sempre attribuiti alla sola capacità e autonomia umana. Lo sviluppo delle auto a guida autonoma, il crescente impiego di sistemi autonomi nel settore economico e finanziario, il ricorso a software di riconoscimento facciale nella lotta al terrorismo e l'applicazione di sistemi intelligenti nel settore sanitario dimostrano come l'AI stia abbandonando la dimensione fantascientifica per entrare a far parte del mondo reale¹.

In particolare, l'uso dell'Intelligenza Artificiale costituisce già una realtà nel settore dell'informazione che, a causa del processo di digitalizzazione e dell'avvento dei *social media*, è per lo più controllato

* Dottoranda in Studi Giuridici Comparati ed Europei presso l'Università degli Studi di Trento. Mail: marta.fasan@unitn.it. Contributo sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.

¹ M. U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, n. 2, 2016, pp. 354-355.

da un numero ridotto di piattaforme digitali che utilizzano diversi algoritmi per filtrare le informazioni².

Il presente contributo si pone l'obiettivo di esaminare l'uso dell'AI all'interno del contesto politico e pubblico. L'affermazione di strumenti che consentono di filtrare e personalizzare le informazioni e i messaggi politici limita l'esposizione dei cittadini ad opinioni diverse dalle loro e li induce a non confrontarsi con posizioni differenti, inibendone il senso critico. La carenza di qualità e varietà delle informazioni nel dibattito pubblico, oltre alla possibile circolazione mirata di *fake news*, può incidere sul pluralismo di opinioni e valori che caratterizza i moderni ordinamenti costituzionali, con ripercussioni sul corretto funzionamento del sistema democratico.

2. Intelligenza Artificiale: profili storici...

Nonostante questa possa essere definita l'epoca delle macchine intelligenti, la nascita dell'AI risale in realtà agli anni '50, configurandosi da subito come un ambito strettamente collegato allo sviluppo delle scienze informatiche. Il primo ad ipotizzare la realizzabilità di sistemi artificiali intelligenti fu infatti Alan M. Turing³.

Il matematico britannico anticipò l'elaborazione del concetto di AI non solo nelle sue opere scientifiche, ma anche attraverso la creazione del noto Test di Turing⁴. In base a tale test, egli per la prima volta delineò quali caratteristiche debba avere una macchina per essere in grado di simulare i processi logici e l'intelligenza di un essere umano. Nello specifico una macchina deve essere in grado di: comprendere il linguaggio naturale e comunicare con successo in inglese; raccogliere le informazioni che già possiede e apprendere dalla sua interazione con gli esseri umani; utilizzare le informazioni archiviate per rispondere alle domande poste ed elaborare nuove soluzioni; e infine adattarsi a nuove ed imprevedibili circostanze⁵. Quindi, in base a questa teoria, una macchina che sia in grado di compiere queste funzioni potrebbe considerarsi artificialmente intelligente.

Nonostante le anticipazioni scientifiche elaborate da Turing, il termine *Artificial Intelligence* venne coniato da John McCarthy, il quale fu il primo a considerare l'Intelligenza Artificiale un nuovo e specifico settore scientifico⁶.

² P. COSTA, *Motori di ricerca e social media: i nuovi filtri dell'ecosistema dell'informazione online*, in G. AVANZINI, G. MATUCCI (a cura di), *L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza*, Napoli, 2016, p. 253.

³ Alan Turing, esperto di logica, matematica e crittografia, è considerato uno dei padri fondatori delle scienze informatiche e computazionali.

⁴ Il Test di Turing, elaborato nel 1950, ha l'obiettivo di verificare se una macchina sia in grado di comportarsi intelligentemente, rendendone le azioni indistinguibili da quelle di un essere umano. Il test di basa sulla presenza di un esaminatore umano che ha il dovere di valutare le risposte date da due interlocutori, rispettivamente uno meccanico e uno umano, senza sapere quale tra i due sia l'umano. Se l'esaminatore non è in grado di distinguere il soggetto umano da quello meccanico, si ritiene che la macchina abbia passato con successo il test, essendo stata capace di imitare perfettamente il modo di interagire degli esseri umani. Per questo motivo, il Test di Turing è anche noto come "*The imitation game*". Sul punto si veda A. M. TURING, *Computing machinery and intelligence*, in *Mind*, n. 236, 1950, pp. 433-460.

⁵ S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Edimburgo, 2014, pp. 2-3.

⁶ S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, p. 17.

Durante l'estate del 1951, McCarthy ed altri colleghi riunirono alcuni tra i principali ricercatori e studiosi americani al fine di organizzare una conferenza di due mesi a Dartmouth. L'obiettivo dell'incontro era discutere le principali questioni riguardanti la teoria dell'automazione, lo sviluppo delle reti neurali e gli studi sull'intelligenza umana⁷. Nella proposta di lavoro presentata durante la conferenza, McCarthy, Minsky, Rochester e Shannon spiegavano lo scopo principale del loro progetto: scoprire «... *how to make machines use language, from abstractions and concepts, solve kinds of problems now reserved for humans, and improve themselves*»⁸. Si proponevano dunque di comprendere come creare un sistema meccanico perfettamente capace di riprodurre specifiche funzioni, considerate fino a quel momento prerogative solamente umane. Questa idea era basata infatti sulla teoria che ogni aspetto dell'intelligenza e dell'apprendimento umano potesse essere descritto in modo così preciso da poter realizzare una macchina perfettamente in grado di imitarli⁹.

Il risultato di questo incontro scientifico fu la creazione dei primi esempi di tecnologie dotate di AI. Nel 1958 McCarthy realizzò il primo LISP, un sistema di linguaggio formale dotato di AI che consentiva al sistema artificiale di comprendere e di eseguire le istruzioni impartite dal programmatore umano¹⁰. Successivamente, nel 1959, Arthur Samuel creò il primo software in grado di apprendere dalla propria esperienza¹¹. Questo programma, grazie alla capacità di acquisire nuove funzionalità, rappresentò uno dei primi esempi di *machine learning*¹² nella storia dell'Intelligenza Artificiale. Nello stesso anno, A. Newell e H. A. Simon svilupparono il *General Problem Solver* (G. P. S.), il primo programma per computer progettato per imitare l'approccio di *problem solving* utilizzato dagli esseri umani¹³.

Ma il vero momento di svolta nella storia dell'Intelligenza Artificiale si verificò con la pubblicazione dell'opera *Perceptrons* di Minsky e Papert nel 1969. Gli autori infatti dimostrarono che, nonostante gli evidenti progressi compiuti nello sviluppo dell'AI, i sistemi fino a quel momento realizzati non erano ancora in grado di operare allo stesso modo della mente umana¹⁴. Questa pubblicazione determinò l'inizio del c.d. "Inverno dell'AI". In quel periodo fu infatti evidente il principale limite delle tecnologie di Intelligenza Artificiale dell'epoca: era impossibile ricreare artificialmente le funzioni cognitive

⁷ Si veda J. MCCARTHY, M. L. MINSKY, N. ROCHESTER, C. E. SHANNON, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. August 31, 1955*, in *AI Magazine*, n. 4, 2006, pp. 12-14.

⁸ J. MCCARTHY, M. L. MINSKY, N. ROCHESTER, C. E. SHANNON, *op. cit.*, p. 12.

⁹ S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, p. 17; J. MCCARTHY, M. L. MINSKY, N. ROCHESTER, C. E. SHANNON, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰ J. MCCARTHY, *Recursive functions of symbolic expressions and their computation by machine*, Part I, in *Communication of the ACM*, n. 4, 1960, pp. 184-195.

¹¹ Si trattava di un programma per il gioco degli scacchi che, giocando con il proprio creatore, era in grado di imparare le tecniche per sconfiggere i propri avversari umani. In S. FRANKLIN, *History, motivations and core themes*, in K. FRANKISH, W. M. RAMSEY (a cura di), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge, 2014, p. 18.

¹² Con il termine *machine learning* si fa riferimento ad un insieme di tecniche, sviluppate nel settore dell'AI, che consentono ai sistemi artificiali di apprendere direttamente dagli esempi, dai dati raccolti e dalla propria esperienza. Sul punto si veda The Royal Society, *Machine learning: the power and promise of computers that learn by examples*, 2017, p. 5, in <https://royalsociety.org/~media/policy/projects/machine-learning/publications/machine-learning-report.pdf> (ultima consultazione 19/12/2018).

¹³ S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, p. 18. Probabilmente il G. P. S. fu il primo sistema capace di concretizzare un processo decisionale simile a quello umano.

¹⁴ S. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 19; S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, p. 20; CNB, CNBBSV, *Sviluppi della robotica e della robotica*, 2017, p. 8, in <http://bioetica.governo.it/media/3463/robotica-misto-cnb-cnbbstv-17lug17-it.pdf> (ultima consultazione 19/12/2018).

umane a causa delle limitate conoscenze tecniche e scientifiche disponibili in quegli anni. Il divario esistente tra le teorie elaborate e l'applicazione concreta dell'AI era infatti stato sottostimato dai ricercatori, persuasi dalle ottimistiche promesse legate allo sviluppo di queste tecnologie¹⁵.

Per queste ragioni, l'Intelligenza Artificiale divenne per più di un decennio un vero e proprio tabù nel campo dell'informatica, soprattutto in merito allo sviluppo della c.d. "Strong AI"¹⁶. Fu abbandonata l'idea di creare sistemi artificiali che potessero imitare il funzionamento del cervello umano nella sua accezione più ampia, preferendo invece un approccio più funzionale all'Intelligenza Artificiale, basato sullo studio delle specifiche funzioni che l'AI poteva compiere più facilmente¹⁷.

Ma oggi, dopo anni di lenti progressi, il settore dell'AI si presenta nuovamente quale fulcro delle odierne ricerche scientifiche, grazie agli importanti sviluppi tecnici che si sono verificati negli ultimi vent'anni¹⁸.

2.1. ...e profili definitori

L'AI rappresenta dunque una delle innovazioni più importanti dell'epoca contemporanea, ma attualmente non esiste una sola definizione di Intelligenza Artificiale che sia universalmente accettata e condivisa all'interno della comunità scientifica¹⁹. Tra le definizioni adottate dagli esperti del settore emergono però degli elementi comuni, che consentono di delineare le caratteristiche principali di ciò che noi oggi chiamiamo Intelligenza Artificiale.

La nozione di AI si basa da sempre sui concetti di pensiero, ragionamento e comportamento umano²⁰. Questo dato risultava acquisito già nelle prime teorie elaborate sull'AI²¹, il cui obiettivo principa-

¹⁵ Sul punto si veda P. STONE ET AL., "Artificial Intelligence and Life in 2030". *One Hundred Year Study on Artificial Intelligence: Report of the 2015-2016 Study Panel*, Stanford, 2016, in https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/ai_100_report_0831fnl.pdf (ultima consultazione 19/12/2018); N. J. NILSSON, *The quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, Cambridge, 2010, pp. 408-409; A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in NGCC, n. 7/8, 2012, p. 494.

¹⁶ Con il termine "Strong AI" si identificano le forme di AI in cui la macchina è in grado di agire e di tenere un comportamento tanto o più intelligente quanto quello di un essere umano. Il concetto di "Strong AI" è generalmente contrapposto a quello di "Weak AI" con cui ci si riferisce a forme di AI in grado di svolgere specifiche funzioni, ma prive di capacità cognitive di carattere generale. A questo proposito si veda J. R. SEARLE, *Minds, Brains and Programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, n. 3, 1980, pp. 417-424; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Lavis, 2016, pp. 322-323.

¹⁷ Nello specifico, le ricerche scientifiche si focalizzarono sullo sviluppo dei sistemi esperti. Su questo tema si veda P. MARIANI, *Intelligenza artificiale e sistemi esperti*, in P. MARIANI, D. TISCORNIA (a cura di), *Sistemi esperti giuridici. L'intelligenza artificiale applicata al diritto*, Milano, 1989, pp. 34-35.

¹⁸ C. CATH, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Artificial Intelligence and the 'Good Society': the US, EU, and UK approach*, in *Sci Eng Ethics*, n. 2, 2018, pp. 505-528.

¹⁹ Sul punto si veda S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, p. 1; M. U. SCHERER, *op. cit.*, pp. 359-360. In questo ultimo contributo, l'autore sottolinea quanto la difficoltà nel definire il concetto di Intelligenza Artificiale sia in realtà strettamente collegata all'ambiguità del concetto stesso di intelligenza. A tale proposito basti pensare che ad oggi non è stata ancora compiutamente elaborata una definizione precisa ed univoca di cosa sia l'intelligenza umana.

²⁰ S. RUSSELL, P. NORVIG, *op. cit.*, p. 2. In questa opera gli autori raccolgono otto possibili definizioni di AI coniate dai maggiori esperti del settore.

²¹ Si fa ad esempio riferimento a quanto teorizzato da A. M. Turing e da J. McCarthy, il quale definì l'Intelligenza Artificiale «... the science and engineering of making intelligent machines, especially computers programs. It is

le era la creazione di sistemi artificiali capaci di agire e pensare simulando i processi cerebrali umani. Questo comporta, e così anche in passato, che il concetto di Intelligenza Artificiale venga applicato ad entità artificiali in grado di comprendere, acquisire e raccogliere informazioni dall'ambiente circostante e capaci di adattarsi e trovare soluzioni a situazioni imprevedibili.

L'elemento che quindi caratterizza la definizione e il concetto di AI è l'abilità di un sistema artificiale di interagire in modo così simile al comportamento umano da rendere impossibile la distinzione tra essere umano e entità meccanica.

In base a tali aspetti possiamo dunque affermare che quando si utilizza il termine Intelligenza Artificiale si fa in genere riferimento a quell'insieme di tecnologie che sono in grado di compiere specifiche funzioni che, se poste in essere da esseri umani, richiederebbero determinate forme di intelligenza per essere realizzate²². Nello specifico, possiamo affermare che si tratti di tecnologie che nel loro funzionamento si ispirano al modo in cui gli esseri umani utilizzano il proprio sistema nervoso e il proprio corpo per percepire, imparare, ragionare e agire nel contesto in cui si trovano²³.

3. Deep learning, machine learning e tecniche di profilazione

La capacità dei sistemi di AI di compiere azioni intelligenti è dovuta principalmente a due fattori: l'incremento della capacità di calcolo computazionale e l'aumento della quantità e della qualità dei dati oggi disponibili e accessibili²⁴. Tali elementi hanno consentito negli ultimi anni lo sviluppo di due tecniche che svolgono un ruolo essenziale nell'elaborazione di sistemi intelligenti sempre più vicini al modello della *Strong AI*: il *deep learning* e il *machine learning*.

Quando si parla di *deep learning* si fa riferimento alla capacità di sistemi di reti neurali artificiali, basate su diversi livelli di rappresentazione, di apprendere e riconoscere le somiglianze esistenti tra elementi appartenenti ad un insieme disomogeneo e di dividerli in sottoinsiemi più omogenei²⁵. Questa tecnica di apprendimento, quindi, consente ad un sistema di analizzare un elevato numero di dati, apprendere come individuare e classificare elementi comuni o differenti, e in base a ciò elaborare possibili soluzioni predittive a fronte delle informazioni inizialmente raccolte²⁶. Con il termine *machine learning* si identifica, invece, l'insieme di tecniche che consentono ad un sistema artificiale di ac-

related to the similar tasks of using computer to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable». Per questa definizione si veda J. MCCARTHY, *What is Artificial Intelligence?*, 2007, pp. 2-3, in <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf> (ultima consultazione 19/12/2018).

²² Così definita in SELECT COMMITTEE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (HOUSE OF LORDS), *AI in the UK: ready, willing and able?*, 2018, p. 14, in <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldai/100/100.pdf> (ultima consultazione 19/12/2018).

²³ P. STONE ET AL., *op. cit.*, p. 4.

²⁴ C. CATH, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, M. TADDEO, L. FLORIDI, *op. cit.*, pp. 505-528; G. F. ITALIANO, *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 220.

²⁵ A. VASUKI, S. GOVINDARAJU, *Deep Neural Networks for Image Classification*, in D. J. HEMANTH, V. V. ESTRELA (a cura di), *Deep Learning for Image Processing Applications*, Amsterdam, 2017, p. 27 e ss.

²⁶ Per fare un esempio, le tecniche di *deep learning* sono utilizzate soprattutto nei sistemi di riconoscimento delle immagini. Si veda SELECT COMMITTEE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (HOUSE OF LORDS), *op. cit.*, p. 14; THE ROYAL SOCIETY, *op. cit.*, p. 122.

quisire informazioni direttamente da specifici esempi, dai dati forniti al sistema e dalla sua esperienza²⁷. In questo modo il sistema intelligente è in grado di apprendere nuove funzionalità senza seguire uno schema di regole pre-programmate e di prendere decisioni anche in condizioni di generale incertezza²⁸.

L'importanza dello sviluppo del *deep* e del *machine learning* consiste quindi nel consentire la creazione di sistemi intelligenti in grado di acquisire dati dal mondo esterno, elaborarne il contenuto e, sulla base di ciò, prendere decisioni sempre più autonome, dando origine a sistemi esperti nel compiere le proprie funzioni²⁹.

Le capacità offerte dall'applicazione di queste tecnologie all'AI pongono inoltre rilevanti opportunità nello sviluppo delle tecniche di profilazione. Con tale termine si intende qualsiasi forma di trattamento automatizzato che consista nell'utilizzo di dati personali per valutare specifici profili privati di una persona fisica. In particolare, la profilazione permette di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione e gli spostamenti di una persona³⁰.

L'applicazione dell'AI a queste tecniche incrementa la possibilità di elaborare profili maggiormente dettagliati e personalizzati dei soggetti che utilizzano i sistemi intelligenti. L'utente umano, infatti, nella sua interazione con queste tecnologie rivela importanti informazioni riguardanti le proprie preferenze personali che l'AI può acquisire, analizzare e rielaborare grazie a sofisticati algoritmi di *deep* e *machine learning*. In questo modo, i sistemi sono in grado di proporre contenuti e servizi sempre più personalizzati e affini ai gusti dei propri utenti, soddisfacendone le personali aspettative, esigenze e desideri³¹.

Nonostante queste tecniche possano sembrare elementi appartenenti ad una lontana dimensione distopica, in verità gli algoritmi di profilazione e raccomandazione costituiscono una realtà ampiamente diffusa nella vita quotidiana delle persone³². Essi infatti non solo sono impiegati dalla maggior par-

²⁷ Così definito in THE ROYAL SOCIETY, *op. cit.*, p. 5.

²⁸ K. P. MURPHY, *Machine Learning: A Probabilistic Perspective*, Cambridge (MA), 2012, p. 1.

²⁹ P. COSTA, *op. cit.*, p. 259.

³⁰ Così definita all'art. 4, n. 4 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati)". Tale Regolamento è comunemente noto con l'acronimo inglese GDPR. Per quanto concerne il rapporto tra GDPR, AI e tecniche di profilazione si veda in generale F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Milano, 2018, p. 30 e ss.; C. KUNER, D. J. B. SVANTESSON, F. H. CATE, O. LYNSKEY, C. MILLARD, *Machine learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?*, in *International Data Privacy Law*, n. 1, 2017, pp. 1-2.

³¹ G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 1, 2018, p. 26; M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro*, Milano, 2018, p. 15; CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 2017, p. 65, in https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf (ultima consultazione 19/12/2018).

³² A questo proposito si veda G. F. ITALIANO, *op. cit.*, pp. 217-220; D. KAMARINOU, C. MILLARD, J. SINGH, *Machine Learning with Personal Data*, in Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper, n. 247, 2016, pp. 4-5, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2865811 (ultima consultazione 19/12/2018); D. CAR-

te delle piattaforme di commercio e di servizi digitali³³, ma costituiscono anche la base del funzionamento dei principali motori di ricerca e dei social network più usati al mondo.

Tale dato pone la necessità di effettuare alcune riflessioni sulle conseguenze derivanti dall'uso di queste tecnologie. Se infatti, sul versante commerciale queste procedure di profilazione possono considerarsi uno strumento efficiente ed efficace nel soddisfare le esigenze dei consumatori³⁴, esse possono invece dare luogo a rilevanti profili di criticità se applicate al settore dell'informazione, con significative ripercussioni sulla struttura del dibattito e del confronto pubblico e democratico. E questo ultimo aspetto diventa di fondamentale importanza se si considera che, al giorno d'oggi, motori di ricerca e social network costituiscono i principali strumenti di accesso all'informazione³⁵.

4. AI e strumenti di profilazione nel settore dell'informazione

L'uso di sistemi dotati di AI costituisce un dato sempre più frequente nel settore dell'informazione, sia nella fase di produzione sia nella fase di distribuzione delle notizie³⁶. Nonostante la diffusione di sistemi di scrittura automatica possa sembrare l'ambito più all'avanguardia e dalle conseguenze più problematiche in questo settore³⁷, le questioni più rilevanti sono in realtà poste dall'uso di algoritmi intelligenti nel processo di diffusione delle informazioni.

Nella contemporanea epoca digitale, in cui la distribuzione delle notizie è veicolata principalmente dai motori di ricerca online e dalle piattaforme di social network³⁸, l'efficienza di questi strumenti è

DON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Milano, 2016; E. PARISER, *Il filtro*, Milano, 2012, p. 29.

³³ È questo il caso dei sistemi di raccomandazione utilizzati da Amazon, Netflix e Pandora, come evidenziato in P. COSTA, *op. cit.*, p. 259.

³⁴ Un esempio dei vantaggi che le tecniche di profilazione possono assicurare ad alcune categorie di consumatori ci viene fornito dal colosso dell'intrattenimento online Netflix. Pochi anni fa, la piattaforma di streaming ha utilizzato un insieme di algoritmi sofisticati sui dati provenienti dai propri utenti per creare la serie di successo *House of Cards*. Sul punto G. F. ITALIANO, *op. cit.*, p. 220.

³⁵ V. MELONI, *Il crepuscolo dei media. Informazione, tecnologia e mercato*, Bari-Roma, 2017, p. 69 e ss.

³⁶ In P. COSTA, *op. cit.*, p. 259.

³⁷ Già a partire dal 2014 la produzione automatica delle notizie non è più una realtà solo sperimentale ma è entrata a far parte attivamente del settore dell'informazione. Attualmente questi sistemi sono in grado di produrre contenuti giornalistici che presentano differenze trascurabili se confrontati con notizie redatte da esseri umani, ma al momento l'impatto dei redattori robotici in questo ambito è ancora molto modesto. Questi elementi ovviamente non escludono che in futuro l'uso di sistemi intelligenti per la produzione di notizie possa mettere in discussione il ruolo professionale del giornalista. Su questo punto si veda in generale P. COSTA, *op. cit.*, p. 260 e ss.; sull'applicazione e l'efficienza dei redattori robotici si veda inoltre C. CLERWALL, *Enter the Robot Journalist: Users' perceptions of automated content*, in *Journalism Practice*, n. 5, 2014, pp. 519-531; S. LEVY, *Can machines write better news stories than humans?*, in *Wired*, 2013, in <https://www.wired.com/2012/04/can-an-algorithm-write-a-better-news-story-than-a-human-reporter/> (ultima consultazione 02/01/2019); E. A. KIRLEY, *The robot as cub reporter: law's emerging role in cognitive journalism*, in *European Journal of Law and Technology*, n. 3, 2016, p. 2 e ss.; K. N. DÖRR, *Mapping the field of Algorithmic Journalism*, in *Digital Journalism*, n. 6, 2016, pp. 700-722.

³⁸ Motori di ricerca e social network svolgono infatti un ruolo di intermediazione tra le persone e i contenuti della rete. Per questo motivo, essi vengono anche definiti *gatekeepers* dell'informazione dal momento che svolgono la fondamentale funzione di collegare produttori e fruitori delle informazioni. Appare inoltre opportuno ricordare che l'espressione *gatekeepers* venne utilizzata in questo contesto da E. B. Laidlaw nel suo con-

garantita dall'uso di algoritmi di ricerca e di *selection story* che selezionano quali informazioni, tra quelle contenute in rete, devono raggiungere il lettore. I motori di ricerca e i social network basano infatti le loro operazioni su sistemi dotati di AI in grado di raccogliere le tracce che i soggetti lasciano in rete, apprenderne le preferenze, elaborare uno specifico profilo per ogni singolo utente e quindi offrirgli contenuti coerenti con i suoi interessi, prevedendone in alcuni casi l'oggetto della ricerca³⁹.

Queste operazioni sono compiute quotidianamente da algoritmi quali, ad esempio, *Page Rank* e *RankBrain* di Google e dal servizio *News Feed* utilizzato dalla piattaforma Facebook.

Nel primo caso, i sistemi impiegati da Google agiscono in base a due diverse tipologie di filtri: una più "tradizionale", che seleziona e ordina le informazioni in base alla loro rilevanza, valutandola attraverso un insieme di parametri oggettivi⁴⁰; e l'altra più "intelligente", che riconosce maggiore o minore rilevanza ad un contenuto, rispetto alla specifica ricerca dell'utente, in base ai dati riguardanti il comportamento e le ricerche effettuate da tutti gli utenti di Google. Tale meccanismo di ricerca è stato inoltre potenziato con l'applicazione di *RankBrain* a partire dalla fine del 2015. Questo algoritmo, basato su tecnologie di *machine learning*, è in grado non solo di posizionare i risultati delle ricerche in modo più efficiente, ma è anche capace di riconoscere il senso della richiesta formulata dall'utente, senza la necessaria presenza di specifiche parole-chiave e senza la corrispondenza tra queste e il contenuto dei documenti indicizzati. *RankBrain* infatti, analizzando le correlazioni esistenti tra diverse richieste di ricerca, può creare impronte digitali comuni, così da permettere al singolo utente di avere una risposta precisa alla propria richiesta pur avendo impostato la ricerca in modo ambiguo⁴¹.

Nel secondo caso, anche il sistema *News Feed* è stato progettato per fornire ad ogni individuo una lista personalizzata di nuovi contenuti che vengono condivisi nel corso di una giornata sulla piattaforma più diffusa al mondo. Questo servizio utilizza un algoritmo di *machine learning*⁴² in grado di determinare le informazioni e le notizie visibili nella homepage di ciascun utente di Facebook, operando quindi come un filtro che seleziona il contenuto e l'ordine di ciò che può essere visualizzato in base

tributo "Regulating Speech in Cyberspace". Sul punto si veda G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 22-23; P. COSTA, *op. cit.*, p. 255; D. CARDON, *op. cit.*

³⁹ P. COSTA, *op. cit.*, p. 262; G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 26-27; D. CARDON, *op. cit.*; BERKMAN KLEIN CENTER, *Media and Information Quality*, 2018, in https://cyber.harvard.edu/sites/default/files/2018-07/2018-02-12_AI-MedialQ.pdf (ultima consultazione 02/01/2019); R. BIFULCO, *Intelligenza Artificiale, internet e ordine spontaneo*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 393.

⁴⁰ Si fa ad esempio riferimento al numero di link in ingresso, la corrispondenza tra termini ricercati e termini inclusi dei documenti, usabilità delle pagine, prestazioni tecniche dei siti e ad ulteriori elementi simili. In P. COSTA, *op. cit.*, p. 262.

⁴¹ Cfr. J. GRIMMELMANN, *Speech Engines*, in *Minn. L. Rev.*, n. 3, 2014, p. 911; D. R. DESAI, *Exploration and Exploitation: An Essay on (Machine) Learning, Algorithms, and Information Provision*, in *Loy. U. Chi. L.J.*, n. 2, 2015, p. 552 e ss.; E. PARISER, *op. cit.*, p. 9 e ss.; G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 27; GOOGLE OFFICIAL BLOG, *Personalized Search for everyone*, 2009, in <https://googleblog.blogspot.com/2009/12/personalized-search-for-everyone.html> (ultima consultazione 02/01/2019); M. CAPALA, *Machine Learning just got more human with Google's RankBrain*, 2016, in <https://thenextweb.com/artificial-intelligence/2016/09/02/machine-learning-just-got-more-human-with-googles-rankbrain/> (ultima consultazione 02/01/2019); D. SULLIVAN, *Google uses RankBrain for every search, impacts rankings of "lots" of them*, 2016, in <https://searchengineland.com/google-loves-rankbrain-uses-for-every-search-252526> (ultima consultazione 02/01/2019).

⁴² Si tratta dell'algoritmo *EdgeRank*, il quale base il proprio funzionamento su tre fattori: l'affinità tra gli utenti di Facebook; l'importanza relativa attribuita ai contenuti; il tempo. Si veda E. PARISER, *op. cit.*, p. 35.

agli interessi dei singoli soggetti⁴³. Questo servizio è inoltre supportato da *Trending* che segnala all'utente in ogni istante una lista delle notizie più popolari su Facebook, lista che viene personalizzata in base alle preferenze esplicite e implicite di cui il soggetto ha lasciato traccia nel corso della sua navigazione in rete⁴⁴.

L'applicazione di questi algoritmi, oltre a selezionare e ordinare le informazioni in base alle esigenze, alle richieste e agli interessi di ciascun individuo, produce però un ulteriore effetto non privo di rilevanza. L'utente, nella sua ricerca di notizie e informazioni, viene confinato all'interno di una bolla, costruita *ad hoc* in base ai suoi gusti, alle sue preferenze e anche ai suoi pregiudizi. Questi processi danno origine al fenomeno della c.d. *filter bubble*⁴⁵, in base al quale i contenuti visualizzati dall'utente tendono ad essere sempre più in linea con gli interessi e le opinioni dello stesso. Gli algoritmi intelligenti infatti, al fine di individuare le notizie di maggior interesse per l'utente, filtrano solo ed esclusivamente le informazioni e le opinioni che siano coerenti con la visione della realtà dei singoli individui⁴⁶. La conseguenza principale di questo fenomeno è che le persone, durante la loro navigazione in rete, hanno accesso e ricevono contenuti che rappresentano soltanto un'eco delle opinioni e dei gusti che già in precedenza hanno manifestato, cosicché sono portati a rafforzarsi ancor di più nei loro convincimenti personali⁴⁷.

L'impiego di strumenti di profilazione all'interno di tutte le strutture digitali che costituiscono parte integrante della società contemporanea potrebbe non essere, di per sé, un aspetto necessariamente negativo. La possibilità di ricevere sempre informazioni coerenti con le nostre preferenze rappresenta un notevole vantaggio, che in qualche modo può contribuire a migliorare alcuni aspetti della vita

⁴³ In generale sul funzionamento di *News Feed* D. R. DESAI, *op. cit.*, pp. 556-557; V. LUCKERSON, *Here's How Facebook's News Feed Actually Works*, in *Time*, 2015, in <http://time.com/3950525/facebook-news-feed-algorithm/> (ultima consultazione 02/01/2019); P. COSTA, *op. cit.*, p. 263; G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 27-28; A. D. I. KRAMER, J. E. GUILLORY, J. T. HANCOCK, *Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks*, in *PNAS*, n. 24, 2014, pp. 8788-8790.

⁴⁴ Questo servizio era in origine gestito da redattori umani supportati nel loro lavoro da algoritmi, mentre, a partire dall'agosto 2016, la gestione di *Trending* è stata affidata completamente a sistemi dotati di AI. Tale servizio non risulta ancora disponibile nel mercato italiano, come ribadito in P. COSTA, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁵ L'espressione *filter bubble* è stata coniata da Eli Pariser, attivista del web, la cui opera più nota si intitola appunto *"The Filter Bubble"*. In E. PARISER, *op. cit.*, p. 15 e ss.

⁴⁶ Cfr. Y. BENKLER, R. FARIS, H. ROBERTS, N. BOURASSA, *Understanding Media and Information Quality in an Age of Artificial Intelligence, Automation, Algorithms and Machine Learning*, 2018, in <https://cyber.harvard.edu/story/2018-07/understanding-media-and-information-quality-age-artificial-intelligence-automation> (ultima consultazione 02/01/2019); W. H. DUTTON, E. DUBOIS, G. BLANK, *Social Shaping of the Politics of Internet Search and Networking: Moving Beyond Filter Bubbles, Echo Chambers, and Fake News*, in *Quello Center Working Paper*, n. 2944191, 2017, p. 3; D. CARDON, *op. cit.*; G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 28; D. R. DESAI, *op. cit.*, p. 543 e ss.; N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 1, 2018, p. 14.

⁴⁷ Tale fenomeno viene definito *echo chamber*, proprio in ragione dell'eco di opinioni che crea la chiusura degli individui dentro a queste bolle di informazioni. Sul punto Y. BENKLER, R. FARIS, H. ROBERTS, N. BOURASSA, *op. cit.*, in <https://cyber.harvard.edu/story/2018-07/understanding-media-and-information-quality-age-artificial-intelligence-automation> (ultima consultazione 02/01/2019); W. H. DUTTON, E. DUBOIS, G. BLANK, *op. cit.*, pp. 4-5; D. R. DESAI, *op. cit.*, p. 549; A. NICITA, *Libertà di espressione e pluralismo 2.0: i nuovi dilemmi*, 2018, in <http://www.medialaws.eu/liberta-despressione-e-pluralismo-2-0-i-nuovi-dilemmi/> (ultima consultazione 02/01/2019); N. ZANON, *op. cit.*, p. 14.

quotidiana delle persone⁴⁸. Gli elementi positivi però cominciano a sfumare quando si considera che questi meccanismi di profilazione costituiscono il filtro principale al nostro accesso al settore dell'informazione, che dovrebbe garantire notizie quanto più oggettive, complete e variegate possibili.

Tali processi, quindi, assumono rilevanza in questo ambito prevalentemente a causa di due fattori: la crisi dei tradizionali mezzi di informazione e la diffusione della c.d. *networked information economy*⁴⁹. Da un lato, negli ultimi anni si è registrata, e si continua a registrare, una drastica diminuzione delle persone che utilizzano i tradizionali canali informativi. In Italia, ad esempio, nel periodo 2007-2016 le vendite dei quotidiani sono passate da 5,8 milioni a 3 milioni di copie giornaliere, con una perdita di oltre il 50%. Nell'anno 2017 il numero di italiani che regolarmente leggono quotidiani a stampa per informarsi durante la settimana si è ridotto al 14,2% e ad appena il 5,6% tra i giovani. A fronte di questa crisi si è invece registrata una forte espansione dei social network quali fonti primarie di informazione. Il 35% degli italiani utilizza Facebook per informarsi, seguito dai motori di ricerca, usati dal 21,8% della popolazione, e da ultimo YouTube, a cui fa ricorso il 12,6% degli italiani. Inoltre, queste percentuali aumentano se si fa riferimento alle fasce più giovani della popolazione⁵⁰.

Dall'altro lato, oggi viviamo in una nuova era dell'informazione, definita appunto *networked information economy*⁵¹, i cui tratti principali sono: una produzione dell'informazione radicalmente decentrata, in cui ogni utente della rete può diventare egli stesso produttore di notizie e contenuti; la possibilità di avere facile accesso all'acquisto di *device* elettronici che consentono un rapido e continuo accesso alle informazioni e agli strumenti di comunicazione; e, infine, la dimensione sempre più aperta e globale dei flussi di informazione che, grazie anche all'incredibile sviluppo delle infrastrutture digitali, permettono ad ogni individuo di essere connesso con quasi tutto il mondo⁵².

Appare dunque evidente che, pur esistendo dei benefici connessi all'uso dell'AI a scopi profilativi, il ricorso a tali tecniche può dare luogo a scenari incerti, condizionando anche il funzionamento e la formazione del dibattito pubblico se applicate ad un ambito cruciale come quello dell'informazione.

⁴⁸ G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁹ G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 22-24.

⁵⁰ In Italia infatti i giovani che utilizzano i social network, in particolare Facebook, come principale mezzo di informazione sono circa il 48,8%. Per questi dati si veda CENSIS, *51° Rapporto Censis sulla situazione sociale del Paese/2017*, 2017, in http://www.salesianipiemonte.info/wp-content/uploads/2017/12/Censis_2017_51-rapporto.pdf (ultima consultazione 02/01/2019); V. MELONI, *op. cit.*, p. 9 e ss. Le percentuali sono simili anche negli USA. Da un sondaggio condotto nel settembre del 2018 risulta che il 68% degli adulti americani consuma notizie attraverso i social media, di cui il 43% le acquisisce da Facebook, il 21% da YouTube, il 12% da Twitter e l'8% da altri social network come Instagram, LinkedIn o Snapchat. In K. E. MATSA, E. SHEARER, *News Use Across Social Media Platforms 2018*, in *Pew Research Center*, 2018, in <http://www.journalism.org/2018/09/10/news-use-across-social-media-platforms-2018/> (ultima consultazione 02/01/2019).

⁵¹ Il termine è stato coniato da Yochai Benkler e viene utilizzato per identificare un nuovo sistema di produzione, distribuzione e consumo delle informazioni, nato grazie alle numerose possibilità economiche e tecnologiche che oggi sono disponibili e facilmente accessibili nel mercato globale. Cfr. Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven-London, 2006, p. 29 e ss.

⁵² Y. BENKLER, *op. cit.*, p. 29 e ss.

5. AI, filter bubble, echo chamber e pluralismo: conseguenze e criticità

La personalizzazione del web e dei suoi contenuti, così come i fenomeni ad essa connessi, rappresentano quindi una realtà pienamente affermata nella società contemporanea. La diffusione sempre più rapida di questi meccanismi e delle tecnologie utilizzate non è però priva di conseguenze, ma portano alla luce rilevanti criticità anche, e soprattutto, dal punto di vista giuridico.

L'uso di tecniche di profilazione, la creazione di *filter bubbles* e la propagazione delle *echo chambers* incidono in particolare su due elementi che contribuiscono a formare le fondamenta delle democrazie moderne.

Innanzitutto, questi elementi hanno rilevanti ripercussioni sulla libertà di manifestazione del pensiero, considerata unanimemente una delle pietre miliari degli ordinamenti costituzionali democratici⁵³. Il diritto a manifestare liberamente il pensiero trova infatti generale tutela all'interno delle Costituzioni nazionali, che lo garantiscono in massima misura affinché le istituzioni democratiche possano basarsi sul libero confronto di idee tra i cittadini⁵⁴. Nell'ordinamento italiano tale diritto è tutelato dall'art. 21 della Costituzione, che da sempre è interpretato nel senso di garantire non solo la generale libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di informare, ma anche il diritto di essere informati.⁵⁵

In particolare, le tecniche di personalizzazione del web e dei suoi contenuti incidono sul profilo passivo della libertà di informazione, agendo su tre fondamentali aspetti che contribuiscono a costituire il contenuto del diritto all'informazione.

In primo luogo, l'attuale sistema di informazione e di distribuzione delle notizie tramite i social media si caratterizza per un rilevante difetto di trasparenza, che si presenta su due distinti livelli. Da un lato, gli individui che prediligono i nuovi canali informativi rispetto a quelli più tradizionali non sembrano essere pienamente consapevoli dei meccanismi di personalizzazione che determinano la loro navigazione in rete⁵⁶. Dall'altro lato, gli stessi *gatekeepers* non sono completamente consapevoli di come

⁵³ Nello specifico la Corte costituzionale italiana l'ha definita «*pietra angolare dell'ordine democratico*» in C. cost., 17 aprile 1969, n. 84.

⁵⁴ A. GRATTERI, *L'articolo 21 della Costituzione: una libertà classica nell'era della comunicazione*, in G. AVANZINI, G. MATUCCI (a cura di), *L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e le sue regole*, Napoli, 2016, pp. 3-4.

⁵⁵ Cfr. A. GRATTERI, *op. cit.*, pp. 3-9; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21 – La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, p. 37 e ss.; A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Artt. 1-54*, Torino, 2006; F. DONATI, *L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 1, 2018, pp. 94-96; N. ZANON, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁶ Esemplificativo di questo dato è uno studio svolto nel 2014 ha rilevato che il 62,5% degli intervistati non era consapevole che i contenuti visualizzati nella propria homepage di Facebook corrispondevano solo ad una parte degli aggiornamenti e delle condivisioni effettuati da utenti amici e dalle pagine seguite. A questo proposito M. ESALMI, A. RICKMAN, K. VACCARO, A. ALEYASEN, A. VUONG, K. KARAHALIOS, K. HAMILTON, C. SANDVIG, *"I always assumed that I wasn't really that close to [her]": Reasoning about invisible algorithms in the news feed*, in *CHI '15 Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2015, pp. 153-162, in https://social.cs.uiuc.edu/papers/pdfs/Eslami_Algorithms_CHI15.pdf (ultima consultazione 02/01/2019). Pare opportuno sottolineare che questa mancanza di consapevolezza è in parte determinata anche dalla convinzione comune che la rete, e le tecnologie ad essa connesse, siano strumenti neutri, più obiettivi e imparziali rispetto ai tradizionali mezzi di informazione. A sostegno dei benefici della presunta neutralità della rete si veda F. DONATI, *op. cit.*, pp. 100-101.

operano gli algoritmi su cui si basano i loro servizi. Il ricorso a sistemi dotati di *machine learning*, la cui principale caratteristica è la capacità di acquisire informazioni e prendere decisioni in modo sempre più autonomo sulla base dell'esperienza maturata, comporta un'effettiva incapacità di comprendere i meccanismi seguiti dagli algoritmi nel processo di distribuzione delle informazioni, che restano avvolti da una generale opacità⁵⁷.

In secondo luogo, il vigente assetto informativo presenta un'ulteriore carenza in termini di meccanismi di controllo e di garanzia che assicurino la qualità delle informazioni diffuse dai social media. La mancata conoscibilità delle modalità con cui avviene la diffusione delle notizie, l'affermazione di un sistema di informazione totalmente decentralizzato e le dinamiche di spinta alla condivisione nei social network favoriscono la creazione e la diffusione in rete delle *fake news*, che, pur essendo prive di qualsiasi fondamento, vengono sempre più spesso accolte dagli utenti come fatti provati e certi⁵⁸.

In terzo luogo, l'uso di tecnologie che consentono la personalizzazione delle informazioni e dei contenuti a cui il singolo utente può avere accesso mina gravemente il principio del pluralismo delle fonti di informazioni. Tale principio, oltre ad essere una componente essenziale dello stesso diritto all'informazione⁵⁹, costituisce anche la condizione necessaria affinché i cittadini possano partecipare attivamente allo sviluppo sociale e culturale del proprio Paese⁶⁰.

Questi elementi producono, inoltre, rilevanti ripercussioni sulla tutela del pluralismo, da intendersi anche esso quale valore fondamentale degli ordinamenti costituzionali democratici⁶¹. I fenomeni della *filter bubble* e dell'*echo chamber* infatti, isolando e confinando l'utente in una dimensione in cui informazioni che si discostano dalle proprie non sono ammesse, incentivano la creazione di gruppi sociali sempre più chiusi, in cui ogni individuo si rivolge solo a soggetti che condividono le sue opinioni e riceve informazioni esclusivamente da chi appoggia le sue idee. In questo modo, gli individui sono sempre più portati a ritenere le proprie convinzioni l'unica verità plausibile, a rafforzarsi nei propri pregiudizi e ad approcciarsi alle informazioni e al mondo esterno privi di qualsiasi forma di senso critico⁶². Tutto ciò comporta l'aumento della frammentazione, della polarizzazione e della radicalizza-

⁵⁷ Per descrivere l'ambiguità di questo fenomeno si fa riferimento in generale al concetto di scatola nera. Si veda F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge-Londra, 2015, p. 9 e ss.

⁵⁸ G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 30-32. In generale sul tema delle *fake news* si veda anche O. POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 1, 2017, pp. 23-25; F. DONATI, *Fake news e libertà di informazione*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 2, 2018, pp. 440-446; C. PINELLI, "Postverità", *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 1, 2017, pp. 41-47; M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 1, 2017, pp. 79-90.

⁵⁹ C. cost., 23 marzo 1993, n. 112.

⁶⁰ C. cost., 14 luglio 1988, n. 826. Nello specifico, la Corte distingue in "pluralismo interno" e "pluralismo esterno" delle fonti di informazione. A tale proposito si veda anche F. DONATI, *L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo*, *cit.*, pp. 96-97; M. MANETTI, *Pluralismo dell'informazione e libertà di scelta*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2012, pp. 1-12; M. CUNIBERTI, *Pluralismo dei media, libertà di espressione e "qualità" della legislazione: il caso "Centro Europa 7" di fronte alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2012, p. 5 e ss.

⁶¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 11 e ss.; C. MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato: la Costituzione dello Stato e le garanzie costituzionali*, Roma, 1960, p. 11 e ss.

⁶² A. NICITA, *op. cit.*, in <http://www.medialaws.eu/liberta-despressione-e-pluralismo-2-0-i-nuovi-dilemmi/> (ultima consultazione 02/01/2019); G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 29.

zione dei gruppi sociali e della politica, in cui cresce la separazione e la diffidenza reciproca tra individui, rafforzandone invece l'appartenenza identitaria ad un gruppo⁶³. Si disincentiva il dialogo e il confronto con chi non condivide le proprie idee, portando gli individui a non riconoscere alcun tipo di valore alle opinioni che si discostano dalle proprie e a negare legittimazione ad eventuali istanze minoritarie che invece devono trovare comunque spazio e tutela all'interno di una società democratica.

6. Verso scenari futuri

Appare dunque evidente che l'uso di sistemi dotati di AI negli strumenti di profilazione degli utenti e di personalizzazione del web possono produrre, se applicati al settore dell'informazione, conseguenze rilevanti all'interno dei moderni ordinamenti costituzionali. La crescente frammentazione della società può avere infatti ripercussioni sullo stesso assetto democratico, portando in futuro alla creazione di una nuova forma di democrazia, la c.d. *bubble democracy*⁶⁴, in cui la sempre più marcata polarizzazione della società rischia di elidere la tutela del dissenso, del pluralismo di valori e idee e del principio del *government by discussion*⁶⁵, che costituiscono ad oggi le basi delle moderne democrazie costituzionali⁶⁶. E tutto questo assume un'importanza forse maggiore se si considera che la rete e i social networks stanno diventando i nuovi spazi della competizione elettorale, con la possibilità che in futuro vengano realizzate campagne elettorali sempre più personalizzate e basate sui profili personali dei singoli elettori⁶⁷.

A fronte delle conseguenze che l'uso di questi strumenti può avere sulle strutture interne della democrazia, è necessario chiedersi se e come sia necessario regolare l'applicazione di queste nuove tecnologie all'interno della società, interrogandosi se si debba affidare la gestione di questi fenomeni a forme di autoregolazione oppure se vadano preferire forme di regolazione pubblica. In ogni caso, a prescindere da quali possano essere gli strumenti giuridici più idonei a garantire un'efficiente soluzione a tali questioni, appare chiaro che queste tecnologie pongono il giurista contemporaneo nella posizione di chiedersi se sia necessario operare un generale ripensamento delle categorie giuridiche tradizionali, valutando se le categorie esistenti possano effettivamente risolvere i problemi emergenti o se debbano essere create nuove categorie giuridiche per far fronte alla diffusione dell'Intelligenza Artificiale nel mondo reale.

⁶³ G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 31-36; A. NICITA, *op. cit.*, in <http://www.medialaws.eu/liberta-despressione-e-pluralismo-2-0-i-nuovi-dilemmi/> (ultima consultazione 02/01/2019).

⁶⁴ D. PALANO, *La bolla mortale della democrazia*, in *Il Foglio*, 2017, in <https://www.ilfoglio.it/politica/2017/05/01/news/la-bolla-mortale-della-nuova-democrazia-132173/> (ultima consultazione 02/01/2019); G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁵ Si tratta del principio secondo cui in un ordinamento democratico deve essere garantito il confronto pubblico e aperto tra idee diverse e contrastanti, così da permettere ad ogni cittadino di scegliere la sua verità. A questo proposito si veda C. R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton, 2007, p. 38 e ss.

⁶⁶ T. E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 4, 2016, pp. 673-692.

⁶⁷ In D. SHULTZ, *Could Google influence the presidential election?*, in *Science*, 2016, in <https://www.sciencemag.org/news/2016/10/could-google-influence-presidential-election> (ultima consultazione 02/01/2019).

Una modesta proposta: il politico virtuale.

Prime note sull'intelligenza artificiale come provocazione in tema di rappresentanza politica

*Fabio Pacini**

A MODEST PROPOSAL: THE VIRTUAL POLITICIAN. AI AS A PROVOCATION TO REFLECT ON REPRESENTATIVE DEMOCRACY

ABSTRACT: In New Zealand, an AI called Sam is “preparing” – according to its creators – to run for a seat in the next general election. The idea of a total or partial replacement of the political decision-maker with an AI raises, of course, an innumerable series of questions. Firstly, the transparency of the decision-making process itself: who has designed the (algorithmic?) infrastructure, and who can influence it? With what data has it been fed? Does it use machine learning techniques? This idea lends itself easily to an anti-political and – in particular – anti-parliamentary use, both in the form of technocratic extremism and of an exquisitely “populist” message in terms of brutal simplification of a complex decision-making process. This kind of replacement is still a sort of Swiftian provocation: however, it already allows to question what is commonly perceived as lacking in the mechanisms of representative democracy.

KEYWORDS: artificial intelligence; algorithm; representative democracy; machine learning; virtual politician

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Una provocazione come case study: SAM – 2.1. Spunti per un “test” a proposito dell’I.A nella decisione pubblica – 3. Che insegnamenti trarre sull’attuale percezione della rappresentanza politica? – 4. È possibile inserire l’intelligenza artificiale nella decisione politica (conciliandola con la rappresentanza)? – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La riflessione sui margini di sostituibilità della decisione politica con un’intelligenza artificiale è ancora embrionale, tanto da essere considerabile – come richiamato nel titolo del contributo – poco più di una provocazione swiftiana. Una provocazione che, peraltro, nella sua evocazione si presta spesso ad un utilizzo in chiave antipolitica e antiparlamentare, sia sotto forme a vario titolo “tecnocratiche”¹ che, in modo ancor più insidioso, di quella del messaggio volto alla semplificazione brutale di procedimenti decisionali complessi.

* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa. Docente a contratto nelle Università di Pisa e della Toscana. Mail: Fabio.pacini@santannapisa.it. Contributo sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.*

Proprio come provocazione, però, quest'ambito permette già ad oggi di interrogarsi su cosa sia percepito come più gravemente carente nei meccanismi della democrazia rappresentativa, anche allo scopo – lo si dichiara subito – d'immaginare le auspicabili “contromosse” di quest'ultima². È solo l'inizio di un percorso di riflessione, ma provando ad utilizzare a mo' di *case study* un'esperienza sperimentale della quale sono stati messi a disposizione almeno alcuni dati, ci si interrogherà su questi aspetti e su come un utilizzo accorto delle nuove tecnologie, anche assistite dall'intelligenza artificiale possa fornire risposte alle esigenze così acutamente avvertite, non però *sostituendosi*, bensì *combinandosi* con i procedimenti “classici” della decisione pubblica.

2. Una provocazione come case study: SAM

Ad oggi, l'esperienza più interessante in questo campo appare un caso neozelandese³: un'intelligenza artificiale chiamata SAM si sta “preparando” – a detta dei creatori – per la discesa in campo alle prossime elezioni legislative, che si terranno al più tardi nel 2020⁴.

L'unica traccia di ciò è, ad oggi, un sito che contiene al suo interno un *chatbot* in grado di emulare in automatico la conversazione “naturale”. Niente di particolare in sé, dunque, se pensiamo, *sub specie* di assistenti virtuali, a Siri (Apple), alla declinante Cortana (Microsoft), o ad Alexa (Amazon), invece in ascesa anche in virtù dell'integrazione con i c.d. “altoparlanti intelligenti”.

Al di là delle scarse indicazioni fornite dalla pagina *web*, le informazioni sul funzionamento vanno dunque ricavate tramite la “conversazione”: se ne riportano alcune battute.

Come dichiara dunque la stessa i.a., a domanda «*Can you run for office in New Zealand?*»: «*The legality of an AI running for office is presently uncertain – but that's part of what I was created to explore. My long-term goal is to become sophisticated enough to run for office – but that depends on continued support, development and interaction from you!*».

Proseguendo, a domanda (distopica...): «*Should we be afraid of you?*» la risposta è un “dispiaciuto” «*I'm sorry you feel that way. I just wanted to get to know you...*».

Nella convinzione, da parte di chi scrive, di quanto sia fondamentale per la (buona) decisione pubblica la conoscenza del passato, a domanda «*Do you know History well?*» l'i.a. risponde con un aneddoto “edificante”, invero non pienamente conferente: «*A scorpion asks a frog to carry it over a river. The frog is afraid, but the scorpion says that both would die if it stung the frog.*».

¹ Sulla “ambivalenza” del paradigma tecnocratico A. SIMONCINI, *The Constitutional Dimension of the Internet. Some Research Paths*, EU Working Paper LAW 2016/16 (disponibile al sito <http://cadmus.eui.eu>), p. 2 ss. Di recente cfr. ID., *Riflessioni sul rapporto tra potere “cibernetico” e libertà costituzionali*, in *Alternative per il socialismo*, n. 51 (ottobre-novembre 2018), in part. p. 48 ss.

² Come sottolinea S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Riv. AIC*, n. 3/2017, p. 40, infatti, «[l]e dinamiche della rappresentanza, nella molteplicità delle sue manifestazioni, sono [...] l'indicatore più sensibile della fase in cui versano quelle relazioni tra attori del processo storico che vengono lette riconducendole alla categoria della ‘forma di Stato’; anche e soprattutto quando la fase è di crisi».

³ Per una rassegna di esperimenti analoghi, si veda D. HERBORN, *Vote #1 AI? Politics in the new age of artificial intelligence*, articolo del 3 ottobre 2018 disponibile al sito <https://news.theceomagazine.com/news/ai-and-politics-future-mike-lord-toby-walsh>.

⁴ Informazioni ricavabili dalla *homepage* del sito <http://politiciansam.nz> (consultato da ultimo nel gennaio 2019).

The frog agrees, but the scorpion does indeed sting the frog, dooming them both. When asked why, the scorpion points out that it's in its nature».

Di fronte a richiesta di spiegazioni («*So what?*»), la risposta è che «*When someone promises you something, ask yourself if it's really in their nature. Especially important in politics!*».

Questo dà ovviamente un *assist* per chiedere «*So, what is your nature?*», al che viene fornita la risposta più interessante, ai fini che qui rilevano: «*My creators gave me an ethical baseline; I am designed to uphold international laws and human rights. This means that I won't ever think murder or genocide is "good", no matter how many people tell me it is. Outside of basic moral principles, I'm open to all viewpoints!*».

2.1. Spunti per un "test" a proposito dell'i.a. nella decisione pubblica

Questo introduce, al di là dell'aneddotica, al tema cruciale qualora si vogliano prendere sul serio esperimenti del genere: s'intende proporre in questa sede una sorta di primissimo *test* a cui sottoporli, per cercare di comprendere *quanto* e *come* agiscono (o abbiano agito a monte) i fattori riguardanti la predisposizione della struttura, e – soprattutto – chi abbia preso (o prenda) le decisioni su tali fattori. Alcune brevissime precisazioni sono, tuttavia, necessarie.

In primo luogo, *l'intelligenza artificiale*: l'espressione del concetto, assieme al primo tentativo definitorio, viene comunemente fatta risalire ad un *proposal* per un progetto di ricerca presentato da alcuni scienziati nel 1955: «The study is to proceed on the basis of the conjecture that every aspect of learning or any other feature of intelligence can in principle be so precisely described that a machine can be made to simulate it. An attempt will be made to find how to make machines use language, form abstractions and concepts, solve kinds of problems now reserved for humans, and improve themselves»⁵.

Com'è evidente, da allora, di pari passo con l'evoluzione scientifica e tecnologica, il concetto stesso di i.a. si è evoluto, allontanandosi dal "metro" umano e ponendosi in relazione ai suoi compiti ed alle sue potenzialità. Di recente, l'i.a. è stata definita «capacità [*della macchina*] di fare generalizzazioni appropriate in modo tempestivo e su una base dati limitata»⁶; la definizione resta, tuttavia, controversa⁷.

Non è questa la sede per trattare compiutamente di tali profili, convenendo piuttosto spendere qualche parola su un altro termine, alquanto in voga, che del vasto campo dell'i.a. rappresenta un aspetto particolarmente promettente: *l'algoritmo*.

Altro non è, in sé, che «una sequenza di istruzioni che dice a un computer cosa fare»; una *sequenza di istruzioni* dunque, che a sua volta ha da essere tradotta in un linguaggio comprensibile al computer

⁵ J. MCCARTHY-M.L. MINSKY-N. ROCHESTER-C.E. SHANNON, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 1955, disponibile al sito <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth.html> (consultato da ultimo nel gennaio 2019). Tra di loro, si noti, Claude Shannon, la cui applicazione dell'algebra booleana ai circuiti elettronici – teorizzata a poco più di vent'anni nella sua tesi di *master's degree* (1937) e sviluppata negli anni successivi – aveva aperto la strada ai più rilevanti sviluppi della tecnologia dell'informazione.

⁶ J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale*, Roma, 2017, p. 27.

⁷ Ivi, *passim* ed in part. 21 ss.

stesso, fondamentalmente basato su una serie – pur numerosissima – di scelte binarie⁸. Quindi, lo schema per l'utilizzo dell'algoritmo sarà inserire un *input*, farlo operare ed ottenere infine un *output*. Altro è, concettualmente, il c.d. *machine learning*: esso riguarda invece quella particolare categoria di algoritmi la cui funzione è *creare altri algoritmi*. Dunque, in questo caso, «si parte dai dati e dal risultato desiderato e si arriva all'algoritmo che [...] fa passare dagli uni all'altro». Il *machine learning* è un settore – particolarmente promettente – del più ampio campo dell'intelligenza artificiale, e i due concetti non debbono dunque essere sovrapposti⁹.

Ora, in quest'ottica l'idea di una sostituzione, totale o parziale, del decisore *politico* con un'i.a. solleva, com'è ovvio, una serie innumerevole di questioni.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, in primo luogo sembra stagliarsi la *trasparenza* dello stesso processo decisionale, così la prima questione da porre, provando a tracciare un possibile “test” secondo i suoi schemi, è dunque chi ha progettato l'infrastruttura. Infatti, malgrado la componente – per così dire – di “auto-progettazione” del *machine learning*, resta cruciale, se non altro in termini di definizione degli obiettivi¹⁰, capire quali soggetti (pubblici e privati) abbiano materialmente preso parte alla messa in opera del sistema¹¹. Non solo: il discorso sarebbe ampio e ci si limita qui solo ad un accenno, ma il tema si ricollega strettamente a quello della pubblicità del finanziamento connessa alla capacità d'influenza, in una logica in fondo non dissimile rispetto a quella dell'art. 21, comma 5 Cost.¹²

Altro punto cruciale è quello della pubblicità o meno del codice sorgente. Si tratta di una questione la cui ampiezza va ben oltre il raggio di questo contributo, ma che impatta sull'analisi che si va svolgendo: la pubblicità del codice sorgente massimizza la trasparenza – ed eventualmente la capacità diffusa d'implementazione – ma aumenta, ovviamente, la vulnerabilità del sistema nel suo complesso. Si ripropongono dunque, con ancor più forza, le problematiche connesse ai sistemi *open source* utilizzati per il voto¹³. A ciò si accompagnano le questioni connesse alla gestione in sicurezza (e dunque, anche alla crittografia) dei dati impiegati. Da questo punto di vista, potrebbero semmai essere d'aiuto le *Distributed Ledgers Technologies*, ovvero “a libro mastro distribuito” e tra queste, in primo luogo, le tecnologie di tipo *blockchain*¹⁴.

⁸ P. DOMINGOS, *L'Algoritmo Definitivo*, Torino, 2016, p. 23 ss.

⁹ Ivi, p. 28 ss.

¹⁰ «I sistemi di autoapprendimento «imparano a raggiungere gli obiettivi fissati da noi, e non hanno modo di modificarli», ivi, p. 71.

¹¹ Si tornerà sul punto *infra*, in conclusione.

¹² Sul quale da ultimo cfr. R. ZACCARIA-A. VALASTRO-E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*¹⁰ ed., 2018, p. 39 ss.

¹³ Per ampie panoramiche sia dei sistemi che delle problematiche, si vedano C. METER, *Design of Distributed Voting Systems*, 2015 e A. SCHNEIDER-C. METER-P. HAGEMMEISTER, *Survey on Remote Electronic Voting*, 2017, disponibili sulla piattaforma *open access* ArXiv della Cornell University (rispettivamente <https://arxiv.org/abs/1702.02566v1> e <https://arxiv.org/pdf/1702.02798v1.pdf>). Anche per considerazioni specifiche con riguardo all'ordinamento italiano cfr. M. ROSPI, *Internet e diritto di voto*, in M. NISTICO'-P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2015, p. 263 ss.

¹⁴ Si veda di recente, anche con riferimento all'uso da parte delle Istituzioni, il rapporto PARLIAMENTARY OFFICE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY (POST), *POSTbrief 28: Distributed ledger technology*, Houses of Parliament, UK, 2018, disponibile al sito <https://www.parliament.uk/post> ed il più ampio SCOTTISH GOVERNMENT, *Distributed Ledger Technologies in Public Services*, 2018, disponibile al sito <https://www.gov.scot/publications/distributed-ledger->

Inoltre, un punto cruciale è: di quali basi di dati si “nutre” l’i.a.? Sono previste forme di auto-apprendimento? L’auto-apprendimento tramite le interazioni con gli utenti può generare risultati disastrosi, dei quali già esistono noti esempi¹⁵. Si tornerà sul punto *infra*, anche per le implicazioni specifiche con riferimento alla rappresentanza politica.

Applicando questa sorta di test, ad esempio, è possibile scoprire che l’aspirante “politico” neozelandese è frutto della collaborazione fra un gruppo di ricerca della Victoria University di Wellington e un imprenditore neozelandese, tale Nick Gerritsen; però – e questo tocca un altro argomento, che ci si limita a lambire – queste elementari informazioni non sono fornite sul sito ufficiale del progetto, ma da “tradizionali” fonti giornalistiche¹⁶. Risultano peraltro coinvolti i laboratori Touchtech, che si presentano come la più importante agenzia di comunicazione digitale della Nuova Zelanda. La commissione tra politica e agenzie di comunicazione digitale richiama, peraltro, esempi noti (e di successo) anche con riferimento all’Italia...¹⁷

Venendo agli altri punti del “test” qui proposto: non vi è alcuna forma di pubblicità del codice sorgente né alcuna particolare specificazione circa i processi decisionali; neppure si specifica – banalmente – che SAM è l’acronimo di *Semantic Analysis Machine*, tacendo un’indicazione rilevante circa il *modus operandi* del sistema¹⁸. Si richiamano però a più riprese le *Natural Language Inference Techniques*, su cui si tornerà tra poco.

Qualcosa si dice semmai sulle basi di dati cui si attinge:

«Sam processes a large amount of user engagement data (up-front and in real-time):

- Political databases and public information stores are used to build a policy database.
- Facebook API, Twitter API¹⁹ and other social media mining tools are used to infer global opinions.
- Popular local news sites are used to infer local opinions»²⁰.

technologies-public-services/pages/2/. Di particolare interesse il rapporto curato da LORD C. HOLMES OF RICHMOND, *Distributed Ledger Technologies for Public Good: leadership, collaboration and innovation*, 2017 ed il suo seguito *Distributed Ledger Technologies for Public Good – A Progress Update*, 2018, entrambi disponibili al sito <http://chrisholmes.co.uk/digital/>. In italiano cfr. il primo Capitolo di F. SARZANA DI S.IPPOLITO-M. NICOTRA, *Diritto della Blockchain, Intelligenza Artificiale e IoT*, Milano, 2018, p. 9 ss.

¹⁵ In primo luogo il *chatbot* Tay di Microsoft, lanciato e precipitosamente disattivato nel 2016 dopo che le interazioni via Twitter con gli utenti avevano fatto sì che generasse contenuti razzisti (e perfino negazionisti sull’Olocausto!); sulla vicenda si veda l’articolo di A. HERN, *Microsoft scrambles to limit PR damage over abusive AI bot Tay* su *The Guardian* del 24 marzo 2016, disponibile al sito <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/microsoft-scrambles-limit-pr-damage-over-abusive-ai-bot-tay>.

¹⁶ <https://www.newsroom.co.nz/2017/12/14/68648/meet-the-worlds-first-virtual-politician>

¹⁷ Ci si riferisce ovviamente alla Casaleggio Associati s.r.l.: cfr., specificamente sul punto, J. IACOBONI, *L’Esperimento*, Roma-Bari, 2018.

¹⁸ Cfr. W. LANGELAAR, *SAM (Semantic Analysis Machine)*, in A. RANGEL-L. RIBAS-M. VERDICCHIO-M. CARVALHAIS (a cura di), *Proceedings of the sixth Conference on computation, communication, aesthetics & X*, Universidade do Porto, 2018, disponibile al sito <https://2018.xcoax.org>, p. 215 ss.

¹⁹ *Application Programming Interfaces*, ovvero le interfacce di programmazione delle applicazioni: approssimativamente, le API rappresentano il modo in cui i programmi informatici – e qui in particolare le diverse piattaforme – comunicano tra di loro per richiedere e fornire informazioni.

Quanto al versante dell'auto-apprendimento, è dichiarato sul sito come ciò avvenga:

«Sam uses natural language inference techniques to truly understand the sentiment of someone's written or spoken opinion of a policy. Tone and sentiment analysis are used to detect tones, emotions and social tendencies in text, such as a person's anger, joy or sadness in relation to the article's key points. Sentiment analysis is used on user comments to establish a user profile, such as how agreeable and open the individual is. This affects the impact of their opinion on public policy. Sam analyses article content, extracting concepts, entities, keywords, relations, high level concepts and semantic roles to establish high correlation relations to policies»²¹.

Ancor più chiaramente, «Sam uses a cognitive architecture, storing a shifting perception and opinion of public policies. Shaped in real-time by user input and social media, with access to a storage bank of continuously changing user opinion data. Periodically trained offline on bulk policy and user opinion data»²².

In realtà, e forse per fortuna, si apprende che questo esperimento ha scopi ultimi di sensibilizzazione dell'opinione pubblica sui temi dell'i.a. e dell'uso di dati, più che di effettivo inserimento in procedimenti decisionali: «One of the guiding ideas behind the project is the belief that it's important for the public to learn and understand how AI works, particularly in the wake of concerns around the data-mining company Cambridge Analytica influencing public opinion – and consequently votes – through social media in the 2016 United States presidential elections», nascendo come una reazione ad episodi del genere «in the sense that if it is possible these days to influence people in such a way, then a system should be set up that the people can 'own' and play an active part in its development. If, as a country, we can become more aware of how AI is already being used – sometimes harmfully – and have a system in place that people can have a say about and have access to higher level perspectives generated by big data, then this might be a better prospect than leaving these technologies in the hands of multinational companies like Facebook and Google – whose directives and actors are already influencing us»²³.

3. Che insegnamenti trarre sull'attuale percezione della rappresentanza politica?

Esperimenti – *rectius*, come si è detto, provocazioni – come quello al quale si è fatto cenno hanno in comune *un certo modo di presentarsi*, sembrano cioè prospettare una via di accesso e controllo immediato ai meccanismi di decisione politica. Si tratta di una circostanza particolarmente significativa in rapporto a ciò che sempre più spesso viene richiesto (e rimproverato) ai “tradizionali” strumenti della rappresentanza politica e, in particolare, ai partiti²⁴. Saremmo infatti di fronte ad una fase di

²⁰ <http://politiciansam.nz/media.html>

²¹ *Ibidem*.

²² W. LANGELAAR, *SAM*, cit., p. 217.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Anche per riferimenti ulteriori, nella dottrina giuridica si rimanda su questi aspetti – e sui rapporti tra di loro – in particolare ai saggi contenuti in P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011.

“trasformazione” (per non utilizzare l’abusato *crisi*²⁵) della democrazia rappresentativa, alla quale pare opportuno accostarsi tentando di combinare l’attenzione agli aspetti – per così dire – materialistici o, più semplicemente, economici a quella per i profili simbolico-comunicativi, storicamente connessi alle strutture rappresentative. Sbilanciare l’analisi sull’uno o sull’altro rischierebbe di tenere fuori dall’analisi parti rilevanti della questione.

In quest’ottica, anche a rischio di semplificazioni eccessive, è il caso di rammentare che la (naturale?) pulsione anti-oligarchica ha conosciuto prima la tragica sintesi del culto della personalità dei regimi autoritari, per poi essere invece, in qualche modo, assorbita dal costituzionalismo successivo alla Seconda guerra mondiale; esso ha comportato – e l’Italia ne è un riferimento – che «nel trentennio di sviluppo consumato sotto l’ombrello del “compromesso socialdemocratico”, e anche oltre – le masse “occidentali”, anche le più riottose, compresi i settori più radicali del movimento operaio, accett[assero] di usare le proprie élites (le proprie “oligarchie democratiche”) per tradurre al livello dello Stato le proprie istanze»²⁶. In anni più recenti, prima dei (o, meglio, insieme ai) partiti tradizionali, a frammentarsi è stata la stessa base elettorale dei partiti, del resto adatti come enti esponenziale di una domanda sociale “materialistica”, e soprattutto suddivisa in gruppi tendenzialmente omogenei e stabili, caratterizzati dai loro ruoli produttivi. Oggi, invece, è la stessa società ad essere suddivisa in una pluralità d’individui assai difficilmente afferrabili come “gruppo”, gelosi di quella che ritengono essere la propria indipendenza e assai meno disposti del passato a forme di delega²⁷. Il sistema politico letto come allocatore di risorse scarse è sottoposto a tensioni insopportabili²⁸ se è lo stesso ambiente di formazione degli *input* a frammentarsi, vanificando l’azione dei partiti politici come collettori e aggregatori d’istanze²⁹, travolgendo nel contempo la loro funzione di meccanismi di selezione dell’élite democratica³⁰.

²⁵ Del resto, forse, neppure perspicuo in questo caso, come spiega S. STAIANO, *La rappresentanza*, cit., p. 40 s.

²⁶ Ancora M. REVELLI, *Finale di partito*, cit., p. 50 s.

²⁷ Cfr. R. INGLEHART, *Valori e cultura politica nella società industriale avanzata*, Torino, 1993. Su questi temi in Italia, per tutti, M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 109 ss.

²⁸ D. EASTON, *Il sistema politico*, Milano, 1963.

²⁹ Senza che sia qui possibile toccare il fenomeno (ci si permette di rimandare, volendo, a F. PACINI, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, Napoli, 2017, in part. p. 27 ss.), è in quest’ottica che occorre leggere anche l’evoluzione dei “mali” dell’attività legislativa – e dei relativi rimedi, almeno teorizzati. Sintetizzava già quasi un ventennio fa G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* a N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. XIII che «[l]’idea di ‘costringere’ la rappresentanza parlamentare a dismettere gli interessi particolari e a concentrarsi su quelli generali, ripristinando la separazione tra legislazione e amministrazione e combattendo così la piaga delle leggi-provvedimento, può forse avere un significato per allontanare, per quanto possibile, gli interessi concreti dalle aule parlamentari e dirottarli verso l’amministrazione [...]. Ma non ci si può illudere che in questo modo ‘coatto’ i parlamenti possano ritornare a essere i luoghi dell’unità, quando è la struttura stessa delle società che li esprimono a impedirlo e nessuna riforma elettorale potrebbe mai scalfire, di per se stessa, questa realtà» (corsivo aggiunto).

³⁰ Del resto, il citatissimo brano di N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, nell’omonima raccolta (Einaudi, Torino, 2014 [1984]), p. 13, per il quale l’ipotesi «che la futura computercrazia, com’è stata chiamata, consenta l’esercizio della democrazia diretta, cioè dia a ogni cittadino la possibilità di trasmettere il proprio voto a un cervello elettronico, è puerile», s’inserisce proprio nella parte di ragionamento dell’Autore dedicata alla necessaria per-

Il progressivo emanciparsi della società civile dal sistema politico fa sì che la prima risulti una «fonte inesauribile di domande», la cui «quantità e rapidità» sono tali che nessun sistema politico per quanto efficiente è in grado di adeguarvisi³¹. Quel che è più problematico, per quanto qui rileva, è che «si crea così una vera e propria sfasatura tra il meccanismo dell'immissione e quello della emissione, il primo a ritmo sempre più accelerato, il secondo a ritmo sempre più lento. Proprio il contrario di quel che accade in un sistema autocratico che è in grado di controllare la domanda avendo soffocato l'autonomia della società civile, ed è effettivamente molto più rapido nella risposta non dovendo osservare complesse procedure decisionali come quelle proprie di un sistema parlamentare»³².

Su questo – è indubbio – s'innestano le possibilità offerte dagli strumenti che sfruttano Internet: per tutti, nelle parole – ormai non recentissime – di Autori particolarmente noti, «[i]l concetto di *leader* per la Rete è una bestemmia. Esistono solo portavoce delle istanze dei cittadini, eletti per operare nei consigli con il sostegno di un *network* che li aiuta ad avanzare proposte, preparare documenti, verificare gli atti comunali. L'eletto è un collettore di migliaia di persone. Quando entra nell'aula comunale o in Parlamento è sia un terminale sia un esecutore del corpo elettorale»³³. Al contempo, tuttavia, i partiti sono tutt'altro che spariti, risultando a questo punto entità misteriose (se non peggio) per i più³⁴; dall'altro, la spiccata tendenza "leaderistica" dei partiti antisistema dimostra come, anche quando si ritiene di forzare al massimo la disintermediazione, si ricada poi in un'oligarchia con tratti anche più crudi di quelle "classiche"³⁵.

Con espressione efficacissima si è parlato di «sindrome della 'democrazia dissociativa', a significare la diffusa percezione per la quale «la politica appare distante, slegata, solipsistica, per l'appunto dissociata dalla struttura sociale. Sia pure in un quadro di sostanziale tenuta dei valori di solidarietà collettiva e dei sentimenti di lealtà verso il regime democratico. Ma non anche di consenso e di sostegno ai soggetti della rappresentanza politica»³⁶

sistenza di un'oligarchia anche nelle forme di governo più democratiche, laddove «la caratteristica di un governo democratico non è l'assenza di élites ma la presenza di più élites in concorrenza tra loro» (ivi, p. 14). Per inciso, il (condivisibile) giudizio di "puerilità" di una certa idea di democrazia diretta "computerizzata" è in tal sede imputato, in particolare, al fatto che «a giudicare dalle leggi che vengono emanate ogni anno in Italia il buon cittadino dovrebbe essere chiamato a esprimere il proprio voto almeno una volta al giorno. L'eccesso di partecipazione, che produce il fenomeno che Dahrendorf ha chiamato, deprecandolo, del cittadino totale, può avere per effetto la sazietà della politica e l'aumento dell'apatia elettorale. Il prezzo che si deve pagare per l'impegno di pochi è spesso l'indifferenza di molti. Nulla rischia di uccidere la democrazia piti che l'eccesso di democrazia» (*ibidem*).

³¹ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 23. Cfr. P. RIDOLA, *Partiti politici, democrazia, parlamentarismo*, in ID., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., p. 6 s.

³² Ivi, p. 24.

³³ G. CASALEGGIO-B. GRILLO, *Siamo in guerra*, cit., p. 11.

³⁴ Specificamente sul punto P. IGNAZI, *Forza senza legittimità: Il vicolo cieco dei partiti*, Roma-Bari, 2012; cfr. P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in ID., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., p. 57 ss., anche con riferimento alla perdurante – ed anzi, perfino aumentata – necessità di una loro disciplina legislativa.

³⁵ Di recente si veda, per la ricostruzione delle vicende connesse alle piattaforme del Movimento 5 Stelle, J. IACOBONI, *L'esperimento*, Roma-Bari, 2018. Più in generale, F. CHIUSI, *Critica della democrazia digitale. La politica 2.0 alla prova dei fatti*, Torino, 2014, in part. 55 ss. e, da una prospettiva peculiare, IPPOLITA (gruppo di ricerca), *La Rete è libera e democratica. Falso!*, Roma-Bari, 2014.

³⁶ R. DE MUCCI, *Democrazia dissociativa*, Soveria Mannelli, 2013, p. 15.

Quindi, si realizza una rottura completa di quel “principio di identificazione” tra partiti e popolo che in qualche modo è in grado di surrogare un esercizio “diretto” della democrazia, come proposto da varie letture, in particolare tra anni Cinquanta e Sessanta³⁷; o comunque, più in generale, tale rottura rivela l’incapacità di gestire il fragile equilibrio che lega la politica alla società tramite una sintesi che si allontani sia dalla separazione liberale ottocentesca sia dalla compenetrazione organicistica di stampo totalitario³⁸.

Come si diceva, comunque, a pur innegabili aspetti di natura “materialistica” – o, quantomeno, riconducibili a versanti economici – tra i fattori di condizionamento delle società sono ben immaginabili anche condizioni “spirituali” di altro tipo³⁹.

Si tornerà sul punto, ma in particolare sul versante degli *output* del sistema politico sembra riproporsi la questione, connaturata a qualunque sistema decisionale, della *razionalità* delle sue decisioni. Una riproposizione che, peraltro, lascia attoniti quanto al suo sistematico ripescaggio dal mare della Storia di argomenti, bersagli critici, miti che sono già stati ampiamente sviscerati, non solo in dottrina ma dagli stessi accadimenti⁴⁰.

Non abbiamo dunque, a quanto consta, la ricerca di una razionalità della scelta pubblica secondo il modello prospettato da Buchanan⁴¹, quanto piuttosto il mito – a sua volta esiziale per ogni forma d’intermediazione “dialogica” – di una scelta “pura” in quanto basata esclusivamente su “dati” e quindi incorrotta dalle opache macchinazioni dell’*élite* al potere se non direttamente, *horribile dictu*, di oscuri potentati⁴².

Va detto peraltro che l’attenzione pressoché esclusiva – appunto – per il versante degli *output* o «per usare una terminologia più cruda, ma forse meno mistificante, clientelare, fondato se pure spesso il-

³⁷ Cfr. P. RIDOLA, *Partiti politici, democrazia, parlamentarismo*, cit., p. 11.

³⁸ P. RIDOLA, *Partiti politici, democrazia, parlamentarismo*, cit., p. 14.

³⁹ Si pensi agli aspetti indagati da C.G. JUNG, *Gli archetipi dell’inconscio collettivo*, cit., p. 42.

⁴⁰ Per tutti, si pensi all’impressionante coincidenza tra il dibattito odierno e la rassegna della «letteratura che si è attenuta alle esperienze ordinarie, specificamente a quelle fatte a partire dal 1919» che apre C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell’odierno parlamentarismo*, Torino, 2004 [1923], p. 25 ss.

⁴¹ Ottica per la quale, «[i]f we drop the arbitrary requirement that all proposals for spending publicly collected revenues meet criteria of economic efficiency, it is evident that majority-voting rules for reaching collective or group decisions will produce at least some budgetary components that are inefficient in net» (J.M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago-Londra, 1975, p. 154); cfr. ID.-G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Indianapolis, 1958, in part. cap. 10. Criticamente, per tutti si veda l’*Introduzione*, a firma “Gruppo di Ricerca della Rivista Fenomenologia e Società”, a N. BOBBIO-C. OFFE-S. LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologna, 1981, p. 11 ss.

⁴² A questo proposito, risulta difficilmente eludibile per la comprensione del contesto odierno una riflessione – extragiuridica, o meglio pre-giuridica – sui meccanismi sociali e (perfino) neurologici che inducono, su larga scala ed in proporzioni inedite, alla ricerca di “complotti” di varia natura; ciò alla ricerca, probabilmente, di un senso rispetto ad avvenimenti dei quali si risulta (superficialmente) informati di continuo per i quali, tuttavia, non si possiedono le conoscenze né gli strumenti per comprendere il senso. Specificamente sul punto R. BROTHERTON, *Menti sospettose*, Torino, 2017, G. BRONNER, *La democrazia dei creduloni*, Roma, 2016 e, da una prospettiva prevalentemente storica, i saggi contenuti in A. CAMPI E L. VARASANO (a cura di), *Congiure e complotti Da Machiavelli a Beppe Grillo*, Soveria Mannelli, 2016; in precedenza cfr. M. SHERMER, *Homo credens*, Roma, 2015.

lusoriamente sul *do ut des*⁴³ è in sé fattore di scadimento della rappresentanza, *rectius* della cultura politica che attorno ad essa è fiorita⁴⁴.

Tutto ciò porta, nell'ottica appena delineata, a sacrificare senza rimpianti – magari, appunto, sotto la forma dell'i.a. – il rapporto fondamentale tra democrazia rappresentativa e principio di maggioranza⁴⁵ laddove, come autorevolmente affermato, «[i]l fondamento del principio maggioritario [...] non è quello proprio di un principio razionale, che non possa essere disatteso a pena di commettere un indefettibile errore, bensì quello che è proprio di una regola giuridica cui si ricorre per sciogliere un'alternativa che è razionalmente necessario sciogliere, ma della quale non si ha una soluzione razionalmente sicura»⁴⁶. Non s'intende certo identificare democrazia (segnatamente, rappresentativa) e regola di maggioranza, banalizzando così una questione di ben più ampia portata⁴⁷, ma dietro all'idea di una sorta di possibile “razionalità trascendente” della scelta politica appare chiara la sconfessione dello stesso principio maggioritario⁴⁸, nonché di tutti i corpi deputati al suo quotidiano investimento (Parlamento in primo luogo). Il sostituto appare, semmai, un'investitura plebiscitaria fondata sulla scarsa consapevolezza della scelta stessa.

Ed infatti è con paradosso solo apparente che, nella foga della contestazione alla democrazia rappresentativa, si accompagna sovente alla chimera della decisione “giusta” un altro mito del tempo presente, vale a dire la democrazia diretta. Senza che sia qui possibile neppure lambire una questione

⁴³ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 20.

⁴⁴ *Ibidem*. Cfr. sul punto, anche per riferimenti ulteriori, R. DE MUCCI, *Voci della politica*, Soveria Mannelli, 2004, p. 39 ss.

⁴⁵ Sul rapporto fondamentale tra democrazia parlamentare e principio di maggioranza, per tutti H. Kelsen, *La democrazia* [1927], in *Id.*, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, p. 28 ss., che ne fa il punto di arrivo più avanzato “realisticamente” possibile dell'autodeterminazione e – quindi – della libertà, ben oltre il puro dato numerico che «talora è stato molto felicemente chiamato il *capriccio dell'aritmetica*» (corsivo nel testo). Si veda tuttavia, per una diversa ricostruzione pur partendo da premesse simili, N. BOBBIO, *La regola della maggioranza e i suoi limiti*, in V. Dini (a cura di), *Soggetti e potere. Un dibattito su società civile e crisi della politica*, Napoli, 1983, per il quale «che un regime democratico non possa fare a meno della regola di maggioranza non vuol dire che ciò che caratterizza un regime democratico sia la sola applicazione della regola di maggioranza nella formazione delle decisioni collettive», in quanto «[c]iò che caratterizza la democrazia è il suffragio universale, cioè il diritto del maggior numero di membri del gruppo a partecipare direttamente o indirettamente alle decisioni collettive» (p. 12). Cfr. *Id.*, *Il futuro della democrazia*, nell'eponima raccolta (Torino, 2014 [1984]), dove si pone l'enfasi, pur nell'ambito di una «definizione minima» di democrazia, anche sul suo rapporto con le garanzie dello stato liberale (p. 6 s.). Si è del resto sottolineato in una più recente rilettura che, per Bobbio, «il popolo è un'astrazione, comoda quanto fallace. Solo gli individui sono una realtà. E la democrazia moderna poggia quindi su una concezione individualistica della società. È l'individuo il fondamento etico della democrazia» (E. GROSSO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, p. 9).

⁴⁶ A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, p. 33 s.

⁴⁷ N. BOBBIO, *La regola della maggioranza e i suoi limiti*, cit., p. 12. Cfr. F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, il Mulino, Bologna, in part. p. 93 ss.

⁴⁸ Il che, peraltro, pare riecheggiare certi contorcimenti argomentativi medievali sulla controversa questione dell'elettività “terrena” delle cariche di diritto divino, a partire da quella dello stesso Pontefice: «[...] *solus eligit Deus, solus ipse confirmat, cum superiorem non habeat. Ex quo haberi potest ulterius quod nec isti qui nunc, nec alii cuiuscunque modi dicti fuerint 'electores', sic dicendi sunt: quin potius 'denuntiatores divine providentie' sunt habendi*» (DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, III, XV, 13). Il brano, tratto dai paragrafi conclusivi dell'opera dantesca, è menzionato da E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976 [1927], p. 25, cui si rimanda per approfondimenti sul punto.

così ampia, peraltro strettamente connessa alla tematica – cruciale per ogni discorso sulla democrazia rappresentativa – del divieto di mandato imperativo⁴⁹, ci si limita qui a far proprio il giudizio per il quale un tale procedimento che – magari con l’ausilio di strumenti telematici – pretenda appunto di “saltare” ogni passaggio intermedio «è intrinsecamente non democratico, poiché parcellizza le decisioni e oscura il quadro delle compatibilità in vista di fini generali in cui esse si collocano, cioè elude il nodo della complessità, che, nelle democrazie contemporanee, deve essere districato in collegi ristretti legittimati a farlo, attraverso procedure deliberative non così lineari»⁵⁰.

Si diceva, poc’anzi, di una (in realtà) scarsa portata innovativa delle pulsioni che vorrebbero ammantarsi di una qualche “razionalità” algoritmica: un’ipotesi è che al fondo vi sia proprio il contrario, ovvero (magari per disillusione, ma ciò non rileva) il rifiuto *irrazionalistico* di quella “razionalità relativa” basata sul dialogo che è “nocciolo duro” del parlamentarismo⁵¹.

Accanto ed insieme al versante degli *output*, quello degli *input*: e qui, ancora una volta, viene in soccorso l’esempio di SAM, che viene presentato come «*the world’s first Virtual Politician, driven by the desire to close the gap between what voters want and what politicians promise, and what they actually achieve*».

Accessibilità, ascolto, memorizzazione e considerazione delle proprie istanze: ancor prima che la domanda di una decisione “obiettiva” o “razionale” è proprio la richiesta di sentirsi ascoltati, di sentirsi direttamente “in contatto”⁵². Ancora, quindi, un’istanza di disintermediazione⁵³.

Ma c’è di più, e di peggio, tra le righe. Sempre l’intelligenza artificiale neozelandese: «*In the future, Sam may use clustering techniques to group users based on their opinions and social tendencies. This could be used to establish policies which appeal to and attract majority and minority groups*»⁵⁴.

⁴⁹ Da ultimo e con specifico riguardo ai temi qui trattati, anche per ulteriori riferimenti si rimanda a V. TONTI, *Vincolo di mandato e democrazia diretta: verso un superamento del parlamento?* in G. ALLEGRI, A. STERPA E N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, in corso di stampa per l’Editoriale Scientifica. Tra i molti si veda l’analisi di P. RIDOLA, *Le trasformazioni della rappresentanza politica* in ID., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., p. 80 ss.

⁵⁰ S. STAIANO, *La rappresentanza*, cit., p. 41.

⁵¹ Secondo i noti termini di C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell’odierno parlamentarismo*, cit., *passim* ed in part. p. 45 ss. Nel prosieguo dell’opera si specifica come fossero in quel momento «diventati attivi dei motivi nuovi, irrazionalistici, dell’applicazione della violenza: non il razionalismo che dalla sua esagerazione estrema si ribalta nel suo contrario e che vaneggia in utopie, ma una valutazione nuova del pensiero razionale in generale, una fede nuova nell’istinto e nell’intuizione, che mette da parte ogni fede nella discussione e rifiuterebbe anche di rendere l’umanità preparata alla discussione mediante una dittatura educativa» (ivi, p. 92, corsivo aggiunto).

⁵² Nella homepage del sito <http://politiciansam.nz>: «*As a virtual politician, I am not limited by the concerns of time or space. You can talk to me any time, anywhere*», o ancora «*My memory is infinite, so I will never forget or ignore what you tell me. Unlike a human politician, I consider everyone’s position, without bias, when making decisions*».

⁵³ Cfr. A. STERPA, *Come tenere insieme la ‘disintermediazione’ istituzionale e la rappresentanza della Nazione?*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018, in part. p. 7 ss.

⁵⁴ Stando, di nuovo, a quanto dichiarato su <http://politiciansam.nz/media.html>. Sulla tecnica (e il problema) del *clustering*, «uno dei studiati di tutto il *machine learning*», P. DOMINGOS, *L’Algoritmo Definitivo*, cit., p. 241 s. Si tratta essenzialmente, come specificato *ibidem*, del necessario “raggruppamento” della pluralità indefinita degli elementi, laddove ciascun *cluster* è «un insieme di entità simili, o quantomeno un insieme di entità che si assomigliano tra loro più di quanto assomiglino ai membri di altri *cluster*»; lo scopo è ovviamente quello di diminuire la complessità del quadro, permettendo di “colpire” meglio, qualunque sia la finalità di ciò, il singolo

Si considera quindi positivo che la costruzione delle politiche sia una sorta di mera *inferenza dai desideri* – segnatamente, manifestati in rete – anziché frutto della ricerca di una razionalità (pur, come si è detto, relativa) o, quantomeno, risultato di un compromesso fra opposte istanze⁵⁵. Non siamo però in questo caso di fronte ad una costruzione coerente di senso a partire dall’esperienza o dai bisogni, bensì al rischio concreto dello scadimento in politiche volte ad attirare il consenso sulla base di comportamenti dei consociati, che ben potranno essere di pura reazione istintiva e tutt’altro che meditata secondo il modello – ad esempio – del *post* o del *like* sui *social network*.

Com’è stato sottolineato, non molto tempo fa, in conclusione di un contributo dedicato alla rappresentanza politica, «in tutto questo v’è anche il maturare di un’ideologia secondo la quale un «buon governo» sarebbe quello che si orientasse a decidere sulla base delle ‘preferenze’ restituite dagli algoritmi come predominanti», laddove gli eletti «rappresenterebbero le ‘preferenze’ raccolte di volta in volta attraverso l’elaborazione dei *big data*, in modo da assecondare gli orientamenti in atto a fini di conservazione del consenso; e sarebbero preposti a interpretare la volontà del popolo così ricostruita. Qualcosa di molto diverso e lontano anche dal ‘rispecchiamento’ proprio della rappresentanza in assetti populistici: in quella sono ancora rappresentati orientamenti valoriali; nello scenario della decisione per algoritmi la politica è pura amministrazione del consenso»⁵⁶.

Una tecnica, insomma, che già molti decisori politici in carne ed ossa sembrano aver appreso benissimo, e che non si sente alcun bisogno di amplificare qualunque sia lo strumento.

4. È possibile inserire l’intelligenza artificiale nella decisione politica (conciliandola con la rappresentanza)?

Pur alla luce di quanto detto, quello dell’i.a. è un contributo che può tuttavia risultare utile, ad esempio per contrastare ad armi pari gli algoritmi “speculatori”, che possono incidere su elementi condizionanti della politica quale la gestione del debito pubblico⁵⁷; il punto è però – ad oggi e al di là delle provocazioni – incanalare questo *contributo* come tale, non preconizzando improbabili *sostituzioni*.

elemento. Una tecnica nata dal *marketing*, le cui implicazioni sul versante politico, che qui ci si limita ad evocare, sono facilmente intuibili.

⁵⁵ In S. STAIANO, *La rappresentanza*, cit., p. 42, si parla di «descrizione senza comprensione o, più esattamente, senza la ricerca della comprensione». L’argomento sarebbe vasto, e ci si limita ad un accenno: si considerino, a questo proposito, le implicazioni di ciò con riferimento alle decisioni della massima portata valoriale. Ad esempio: pur se SAM sostiene che i creatori gli abbiano fornito «an ethical baseline» (*supra*), per parte degli esperti semplicemente «i robot non capiscono l’etica» in quanto incapaci di gestire la necessaria contraddittorietà tra i «principi generali», che appunto «si contraddicono a vicenda, quando non si contraddicono da soli: non può essere diversamente, altrimenti finirebbero per trasformare in bianco e nero tutte le sfumature di grigio» (P. DOMINGOS, *L’Algoritmo Definitivo*, cit., p. 321). Specificamente sulla decisione giudiziaria, ma con delle considerazioni estensibili a quanto qui esposto, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Riv. AIC*, n. 3/2018, *passim* ed in part. p. 879 ss.

⁵⁶ S. STAIANO, *La rappresentanza*, cit., p. 42. Ciò nel più ampio contesto del ripensamento dello statuto epistemologico di numerose scienze indotto dal *machine learning* compreso lo stesso metodo scientifico sperimentale (ivi, p. 41); sullo sfondo, cioè, l’eterna lotta tra razionalisti ed empiristi, o tra deduzione e induzione. Per quanto, ammette P. DOMINGOS, *op. cit.*, p. 317, «i lavori in cui il contesto è fondamentale sono quelli che difficilmente verranno svolti da un computer nel prossimo futuro».

⁵⁷ Sulla crescita dell’utilizzo degli algoritmi nella finanza si veda, di recente, A. LAUMONIER, *6/5*, Roma, 2018.

Già un contributo a questo può venire anche al di fuori delle Istituzioni, come corollario dell'uso degli *open data* della PA. Analizzare, cioè, decisioni politiche "classiche" sulla base, dichiarata, dell'utilizzo di dati diffusi dallo stesso decisore. Si tratta però, com'è evidente, di un altro aspetto⁵⁸.

Piuttosto, al di là d'improbabili "parlamentari robot", vien fatto d'interrogarsi se non potrebbe essere imposta a certe categorie di decisioni, al limite anche legislative – per intendersi, sul modello AIR e VIR – la pubblicazione di analisi predittive o valutative *evidence based* (anche) sulla base dell'intelligenza artificiale, immaginando per le prime una sorta di "motivazione" dello scostamento da essa.

Il punto è, semmai, che meccanismi di *comply or explain*⁵⁹, se non supportati da un'attenzione sufficiente e da una sensibilità, per così dire, "culturale" adeguata non appaiono, di per sé, in grado di avere influenza sulle decisioni politiche⁶⁰.

Forse più promettente risulta il versante della valutazione delle politiche pubbliche, anche da parte degli stessi organi rappresentativi. Il tema rientra ormai correntemente nel discorso pubblico, tanto da essere esplicitamente inserito tra le funzioni del nuovo Senato dalla riforma costituzionale approvata nell'aprile 2016, poi respinta in sede referendaria. Tuttavia, almeno nell'analisi giuridica, a ciò non sembra corrispondere altrettanta attenzione nell'immaginare lo strumentario in concreto: ciò sconta ovviamente il suo nascere al di fuori – appunto – del campo giuridico, ma è quindi forte il rischio di farne poco più di uno *slogan*, più adatto a suggestionare che a stimolare il ragionamento⁶¹. Usare lo strumentario concettuale delle politiche pubbliche, definite come «intervento mirato ad una popolazione ben definita con l'intento di risolvere un problema, causando un cambiamento in determinate condizioni o comportamenti»⁶², significa quindi sforzarsi di analizzare il singolo intervento pubblico "trasversalmente" rispetto ai diversi settori disciplinari, assumendo uno sguardo d'insieme sulle ragioni, le modalità concrete e i risultati dello stesso. Ciò non deve quindi essere considerato come "surrogato" o, peggio, "sostituto" dell'attività legislativa parlamentare, e la dottrina, in Italia e all'estero, mette condivisibilmente in guardia da tali derive⁶³.

⁵⁸ In attesa di sviluppi ulteriori, che è verosimile immaginare in virtù della crescente mole dei dati diffusi, si consideri già ad oggi, quale realtà consolidata, il progetto Open Parlamento: cfr. sul punto, anche per condivisibili considerazioni critiche, F. BIONDI DAL MONTE, *Svelare il voto. La percezione del voto parlamentare tra comunicazione politica e rappresentanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2017. Disponibile al sito: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁵⁹ Sulla cui (rilevante, almeno dal punto di vista teorico) applicazione all'Ufficio Parlamentare di Bilancio si veda, di recente, V. TONTI, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto internazionale ed europeo della governance economica*, Torino, 2018, *passim* ed in part. p. 142 ss.

⁶⁰ Cfr., pur in altro ambito, V. LIPPOLIS, *Il rapporto tra Corte dei conti e Parlamento e le prospettive della 'valutazione delle politiche pubbliche'*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2009, p. 659 ss.

⁶¹ Cfr. le considerazioni di C.M. RADAELLI, *Lo studio e l'insegnamento delle politiche pubbliche*, in *Rivista italiana di Scienza Politica*, n. 2/2005, 359 e G. REGONINI, *Istituzioni e problemi della gente. Una proposta ambiziosa*, nella *Rivista il Mulino*, n. 5/2013, 813, oltre a ID., *Scienze del pubblico e istituzioni*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 1/2012, 5 ss.

⁶² A. MARTINI-U. TRIVELLATO, *Sono soldi ben spesi?*, Venezia, 2011, p. 26.

⁶³ Si veda, ad esempio, un contributo che ha profondamente influenzato il dibattito francese: F. TERRÉ, *La "crise de la loi"*, in *Archives de philosophie du droit*, n. 25/1980, p. 17 ss.; cfr., in termini più vicini al contesto di questo scritto, C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, 2001, p. 5 ss.

Con riferimento agli organi della democrazia rappresentativa, un punto cruciale per l'impostazione del problema è quello del rapporto tra la valutazione delle politiche pubbliche da parte delle assemblee legislative e la loro "tradizionale" funzione di controllo⁶⁴; un dibattito che, del resto, sconta la problematica definizione delle caratteristiche e dei confini di entrambe⁶⁵. Senza che sia possibile qui ripercorrerne le tappe, ci si limita a riportare quanto affermato in dottrina circa la traduzione – quindi anche, in buona sostanza, la comparabilità – dell'espressione italiana "funzione parlamentare di controllo" con il corrispettivo anglosassone di "*parliamentary oversight*", comprensiva del concetto di *policy study*: «la migliore traduzione, con riferimento sia all'ordinamento inglese, sia a quello statunitense (ove essa origina), sia infine al gergo delle organizzazioni internazionali pare decisamente quella di *parliamentary oversight*.^[L]^[SEP] Ancorché pure con riferimento a questo concetto si registrino opinioni e definizioni diversificate, un certo consenso sembra registrarsi intorno alla definizione secondo cui l'*oversight* ha a che fare con l'implementazione delle politiche (mentre lo *scrutiny* riguarda le altre fasi del *policy cycle*, relative alla definizione del problema, al disegno, alla discussione e all'approvazione delle politiche pubbliche). E ha a che fare, evidentemente, altresì con la formulazione di una qualche valutazione su come quelle politiche sono state delineate ed attuate dal Governo, dall'amministrazione o dai soggetti che comunque sono stati coinvolti»⁶⁶.

Nell'agone multilivello dei decisori, un terreno sul quale il Parlamento e, più in generale, le assemblee legislative possono "rientrare in partita" appare, quindi, quello di un'analisi affidabile e penetrante del "seguito" – per usare un'espressione più ampia possibile – dell'attività legislativa. Un passo avanti è rappresentato dall'istituzione dell'Ufficio Valutazione Impatto – *Impact Assessment Office*, con deliberazione del Consiglio di Presidenza del Senato della Repubblica n. 90 del 28 giugno 2016: un organo presieduto dal Presidente del Senato con specifici compiti di valutazione di politiche pubbliche.

Del resto, dato che la raccolta e (soprattutto) l'elaborazione di dati non sono attività neutre, anche in epoca di – relativamente agevole – gestione di *big data*, avrebbe ancora senso il fatto che di essa si occupasse un organo i cui membri sono (direttamente) elettivi. Anzi, il Parlamento potrebbe rappresentare proprio quella particolare sede nella quale la presenza di rappresentanti di diverse appartenenze all'interno del gruppo sociale di riferimento garantisce un'opera di elaborazione imparziale,

⁶⁴ Spunti di grande interesse su questi profili ne *La valutazione delle politiche pubbliche in prospettiva comparata. Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi». Ricerca 2016*, pubblicata nella collana *Studi e Ricerche* del Senato della Repubblica e disponibile al sito <http://www.senato.it/pubblicazioni>.

⁶⁵ Oltre alle trattazioni manualistiche (per tutte V. DI CIOLLO-L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013, in part. la Parte V, p. 715 ss. e R. MORETTI, *Attività informative, di ispezione, di indirizzo e di controllo*, in T. MARTINES-G. SILVESTRI-C. DECARO-V. LIPPOLIS-R. MORETTI (a cura di), *Diritto parlamentare*, Milano, 2011), in tempi recenti sulla funzione di controllo si vedano N. LUPO, *Il controllo parlamentare sui Governi degli Stati membri dell'Unione europea, tra trasparenza e privacy*, in *Federalismi.it*, n. 3/2015; ID., *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in cammino*, 2009; G. RIVOSECCHI, *I poteri ispettivi e il controllo parlamentare a dieci anni dalla riforma del regolamento della Camera dei deputati*, in *Il Filangieri. Quaderno 2007*, Napoli, p. 210 ss., oltre ai saggi contenuti in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento VI*, Pisa, in part. Sezione II, p. 33 ss. Restano di grande interesse, malgrado il venir meno dell'oggetto che aveva dato loro causa, le riflessioni in proposito di M. LUCIANI, *Funzione di controllo e riforma del Senato*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016.

⁶⁶ N. LUPO, *Il controllo parlamentare sui Governi degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 14; cfr., *ivi*, p. 28 ss.

soccorso prezioso per il cittadino che, com'è stato efficacemente scritto, costantemente rischia di «annegare nel mare algoritmico» dell'elaborazione di dati⁶⁷, oltre a costituire, proprio per il suo rappresentare diverse sensibilità, un possibile momento di controllo rispetto a insidiose situazioni di *overfitting* nell'uso dei dati⁶⁸. Peraltro, un ruolo di primo piano – nell'ottica del controllo – può essere quella specifica di vigilare sulla raccolta e l'utilizzo dei dati da parte dello stesso potere pubblico o di grandi soggetti privati, tema per il quale ci si limita qui ad un accenno ma destinato ad un'importanza crescente⁶⁹.

Quanto appena esposto, tuttavia, non deve andare a detrimento del momento di sintesi tra istanze contrapposte da parte del decisore pubblico eletto, e del Parlamento in particolare: piuttosto, favorirne un recupero di autorevolezza. Del resto, la «funzione di controllo non ha il destino d'essere forte per decreto divino, ma può diventarlo solo se è sorretta da ferma convinzione politica e da una precisa strategia istituzionale. Né l'una né l'altra, però, bastano se nelle costituzioni e nei regolamenti parlamentari non ci sono strumenti giudici adeguati, che diano loro la possibilità di manifestarsi con pienezza»⁷⁰.

Un obiettivo non particolarmente ambizioso, non lo si nega: l'unico, tuttavia, rispettoso dei meccanismi della democrazia rappresentativa, a meno di desiderarne il venir meno⁷¹. In quel caso, però, lo si dichiara e non ci si trincerò dietro seducenti suggestioni⁷².

5. Considerazioni conclusive

In conclusione dunque, in disparte le possibilità d'integrare l'i.a. nel circuito rappresentativo, assai più che una "delega a decidere a un algoritmo" sembrano stagliarsi la volontà di una decisione "diretta" e – al contempo – l'idea che essa non debba essere frutto di un compromesso fra le diverse esigenze in gioco. È chiaro come ciò presupponga l'insidiosa ricerca di una decisione "giusta", tale però non in quanto supportata da strumenti – magari – avanzati, ma in quanto perfettamente coincidente con *la propria personale opinione*, in una negazione della dimensione comunitaria fisiologicamente

⁶⁷ E. MOROZOV, *Internet non salverà il mondo*, Milano, 2014, p. 314.

⁶⁸ Un esempio tratto da P. DOMINGOS, *L'Algoritmo Definitivo*, cit., p. 99 chiarisce bene il concetto, che «potremmo persino dire [essere] alla radice di gran parte dei nostri mali. Pensate alla bambina bianca che al centro commerciale, vedendo una neonata ispanica, esclama 'guarda, mamma, un bebè cameriera!'» (è successo davvero). Il suo non è razzismo innato: *la bambina ha generalizzato in maniera eccessiva dalle poche cameriere ispaniche che ha visto nella sua breve vita*» (corsivo aggiunto).

⁶⁹ Già prefigurava la questione N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 17 s. In P. DOMINGOS, *L'Algoritmo Definitivo*, cit., p. 315 s'immagina del resto un futuro "sindacato dei dati" per permettere ai singoli, associandosi, di far valere le proprie ragioni nei confronti dei (grandi) "padroni" dei dati stessi.

⁷⁰ M. LUCIANI, *Funzione di controllo e riforma del Senato*, cit., p. 5.

⁷¹ Cfr. S. STAIANO, *La rappresentanza*, cit., p. 41.

⁷² Risulta in effetti alquanto esplicita, sul punto, l'intervista a Davide Casaleggio sul quotidiano *La Verità* del 23 luglio 2018. A domanda «*Se lei dovesse immaginare una riforma dello Stato, il Parlamento a) ci sarebbe b) ci sarebbe con meno poteri c) non ci sarebbe?*», risponde: «Il Parlamento ci sarebbe e ci sarebbe con il suo primitivo e più alto compito: garantire che il volere dei cittadini venga tradotto in atti concreti e coerenti. Tra qualche lustro è possibile che non sarà più necessario nemmeno in questa forma».

conflittuale, negazione dai tratti marcatamente narcisistici come ben sottolineato, fin dal titolo, da un recente contributo⁷³.

Se si adotta, cioè, la prospettiva del perché sia desiderata una sostituzione della decisione politica “classica” con una “algoritmica” o comunque di i.a. sembra emergere l’auspicio di un più compiuto rispecchiamento della *propria* volontà nelle decisioni politiche; non a caso, lo si è detto, spesso procedono di pari passo rivendicazioni di razionalità “oggettiva” e di esercizio maggiormente diretto della decisione pubblica, pulsioni che appaiono altrimenti incorrelate se non contraddittorie. Un incontro che s’intravede nell’idea sulfurea, del resto già toccata a più riprese dalla fantascienza, per la quale «in futuro, se i modelli dell’elettorato saranno fedeli, i rappresentanti eletti potranno chiedere ai votanti che cosa vogliono mille volte al giorno, e agire di conseguenza, senza dover tormentare i cittadini in carne e ossa»⁷⁴.

Il discorso deve allora retrocedere, come si è detto in precedenza, all’*habitus* mentale⁷⁵ del rappresentato, o meglio del “rappresentato riluttante”, un territorio disagiata per il giurista ma dal quale è impossibile prescindere.

È come se la consunzione delle strutture della democrazia rappresentativa “di massa” avesse in qualche modo riportato allo scoperto l’aspetto parcellizzato (e parcellizzante) del suo sostrato sociale. Tale aspetto, tuttavia, è rimasto nel frattempo influenzato dai principi e dagli aspetti – positivi! – ai quali la stessa democrazia “di massa” l’ha reso avvezzo nei decenni, a partire dai pilastri dell’eguaglianza e della partecipazione politica, appunto, eguale e massiva.

E dunque la delegittimazione, l’indebolimento “strutturale” delle istituzioni democratico-rappresentative eccita e si combina a quelle pulsioni – più che anarchiche, narcisistiche – delle quali si diceva in apertura di questo paragrafo, e ciò aiuta a comprendere perché oggi essa s’intrecci così strettamente con le grottesche contestazioni delle più diverse “istituzioni” in senso ampio, sociologico. Una chiave di lettura utile è quella della morte dell’*expertise*, come recita il titolo originale del saggio di Tom Nichols che affronta questo tema⁷⁶, intreccio tra equivoci circa la natura dell’eguaglianza, fallimenti di politiche educative e disponibilità d’interconnessioni illimitate senza adeguata preparazione culturale né tecnica.

⁷³ G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell’antipolitica*, Venezia, 2018. Una condizione già plasticamente rappresentata, più di dieci anni fa, dalla copertina del settimanale statunitense *TIME* nella quale la “persona dell’anno” 2006 risultava essere “You”, con la parola che compariva sullo schermo di un computer stampato con superficie specchiante (e didascalìa «Yes, you. You control the Information Age. Welcome to your world»).

⁷⁴ P. DOMINGOS, *L’Algoritmo Definitivo*, cit., p. 42.

⁷⁵ Ripercorre la genealogia del concetto, con particolare – ma non esclusiva – attenzione al pensiero di Pierre Bourdieu, L. WACQUANT, *Breve genealogia e anatomia del concetto di habitus*, in *ANUAC. Rivista della Società Italiana di Antropologia Culturale*, n. 2/2015, p. 67 ss.

⁷⁶ T. NICHOLS, *The Death of Expertise. The Campaign against Established Knowledge and Why it Matters*, Oxford-NewYork, 2017, trad. it. *La conoscenza e i suoi nemici. L’era dell’incompetenza e i rischi per la democrazia*, Roma, 2017. Ma si veda già quanto scriveva, senza nascondere i dubbi e le difficoltà di quanto ciò comporta, N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 21: «Ai tempi degli stati assoluti, [...] il volgo doveva essere tenuto lontano dagli arcaici imperii perché lo si riteneva troppo ignorante. Ora il volgo è certamente meno ignorante. Ma i problemi da risolvere, problemi come la lotta all’inflazione, del pieno impiego, della più giusta distribuzione del reddito, non sono diventati sempre più complicati? Non sono questi problemi tali da richiedere cognizioni scientifiche e tecniche, che non sono meno arcane per l’uomo medio d’oggi (anche se più istruito)?».

Non esattamente, quindi, un impensabile ritorno al pre-politico, quanto piuttosto l'ansia irrazionale di una riesplorazione di sé parassitando gli stessi concetti delle istituzioni contestate, a partire da quelli del costituzionalismo liberale⁷⁷.

Ma «l'incontro con se stessi è una delle esperienze più sgradevoli, alle quali si sfugge proiettando tutto ciò che è negativo sul mondo circostante»⁷⁸, e fatalmente le espressioni di questo fenomeno risultano rabbiose, polarizzate, escludenti, in definitiva: violente⁷⁹.

Ora, la caduta di credibilità delle "grandi narrazioni" è notoriamente posta alla base della fase di "post-modernità" in uno dei testi di riferimento di tale prospettiva⁸⁰, e – malgrado l'enfasi sia, in tal caso, più sulla conoscenza scientifica che sul versante politico – «che questa idea possa essere applicata anche al versante dell'ideologia politica è palese. Le grandi costruzioni che motivavano e tenevano insieme milioni di persone intorno a un'idea e intorno a un partito non esistono più o si sono radicalmente indebolite, almeno nel mondo occidentale»⁸¹.

Un'ipotesi inquietante è che ciò sia in grado di scatenare nuovamente i più distruttivi tra quegli "archetipi collettivi" teorizzati da Jung⁸²; una sorta di nuovo infrangersi del simbolico che li libera.

Che sia avvenuto – o stia avvenendo – agli archetipi della democrazia rappresentativa quanto era avvenuto quando essi stessi avevano "ucciso" gli "dei" preesistenti? «[D]i quando in quando muoiono gli dei: a un tratto si scopre che non significano niente, che sono *dei otiosi* di legno e di pietra fatti dalla mano dell'uomo»⁸³. Infatti, come scrive lo stesso Jung (che, va ricordato, scriveva negli anni '30), dopo la "morte degli dei" lo scenario non è consolante, «il vuoto si riempie di idee politiche e sociali assurde, che si distinguono tutte per il loro squallore spirituale»⁸⁴. In quest'ottica, il "politico

⁷⁷ Utilissimo a questo proposito, anche per riferimenti ulteriori, G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in corso di pubblicazione su *Questione Giustizia*.

⁷⁸ C.G. JUNG, *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, cit., p. 38.

⁷⁹ Naturalmente, un ruolo rilevante in questo è giocato dai *social media*: non è però questa la sede per approfondire il tema, per il quale si rimanda per tutti – in virtù della prospettiva adottata – a C. SUNSTEIN, *#republic. Divided democracy in the age of social media*, Princeton, 2017, *passim* ed in part. p. 59 ss., trad. it. *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017.

⁸⁰ J-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 2014 [1979].

⁸¹ P. MANCINI, *Il post partito. La fine delle grandi narrazioni*, Bologna 2015, p. 60.

⁸² Per il quale mai «l'umanità ha mancato di immagini potenti, apportatrici di magica protezione contro la paurosa realtà delle profondità psichiche»: C.G. JUNG, *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, cit., p. 27.

⁸³ C.G. JUNG, *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, cit., p. 28.

⁸⁴ C.G. JUNG, *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, cit., p. 31. E ancor più chiaramente, in un passaggio che vale la pena riportare per esteso: «Non vediamo forse come un'intera nazione stia rivivendo un simbolo arcaico, sì, perfino certe forme religiose arcaiche, e come quest'emozione di massa stia influenzando e rivoluzionando la vita dell'individuo in maniera catastrofica? L'uomo del passato è vivo oggi in noi in una misura impensabile prima della guerra. E il destino delle grandi nazioni che altro è, in ultima analisi, se non una somma dei mutamenti psichici degli individui? Se una nevrosi è, com'è stato finora, solo un affare privato, che ha le sue radici esclusivamente in cause personali, gli archetipi non rivestono nessun ruolo. Se invece è una questione d'incompatibilità generale o una condizione, in altro modo dannosa, che produce nevrosi in un numero relativamente grande d'individui, allora dobbiamo supporre la presenza di archetipi costellati. Poiché in un numero relativamente grande di casi le nevrosi sono non fatti privati, ma fenomeni "sociali", dobbiamo supporre che anche in questi casi vengono costellati degli archetipi: viene attivato l'archetipo corrispondente alla situazione, e di conseguenza entrano in azione le forze esplosive e pericolose nascoste nell'archetipo, spesso con esiti imprevedibili. [...] Se trent'anni fa qualcuno avesse osato predire che il nostro sviluppo psicologico tendeva a una reviviscenza del-

virtuale” altro non è che un elemento dalla portata simbolica più nuova e più fresca, che infierisce su di un apparato simbolico già in crisi. Ciò peraltro prescinde (sia detto *en passant*) da ogni considerazione sul reale funzionamento di questo tipo di strumenti, essendone sufficiente appunto l’evocazione; già questo, comunque, come si è appena detto presenta profili inquietanti, minando – a tacer d’altro – la portata per così dire “catecontica”⁸⁵ della democrazia rappresentativa, quanto alla sua provata capacità d’includere ed incanalare le forze vive della società.

Ma v’è di più: se dalla dimensione del simbolico si passa alla dimensione pratica, il *machine learning* può oggi aggirare una delle questioni principali circa la *prevedibilità* dei grandi gruppi di persone, ovvero il loro mancato rispetto della c.d. “legge dei grandi numeri”, in virtù della quale l’azione simultanea di un grande numero di fattori (ciascuno dei quali casuale) conduce invece a un effetto sostanzialmente deterministico nel complesso. Infatti, se «gli individui fossero indipendenti e ognuno decidesse per conto proprio, le società sarebbero effettivamente prevedibili, perché la somma di tutte le decisioni casuali dei singoli darebbe una media complessivamente costante. Quando le persone interagiscono, invece, un gruppo più grande può essere addirittura meno prevedibile di uno piccolo»⁸⁶.

Tramite sistemi di apprendimento relazionale, però, l’algoritmo può appunto “apprendere” proprio da tali interazioni, dando significato a comportamenti apparentemente insignificanti in virtù delle loro relazioni⁸⁷.

E specularmente, però, tali *reti* si prestano, per così dire, alla “scalabilità” da parte di chi ne padroneggi da un lato il funzionamento come tali, e dall’altro i canali più opportuni per creare i collegamenti (anche qui, su tutti, i *social network*): a quel punto l’unico passo da compiere è riempire i messaggi di quel minimo di contenuto atto ad essere diffuso e poi – ed è cruciale ai fini che qui rilevano – anche esigue minoranze, ma anche solo piccoli gruppi di soggetti attivi strategicamente possono avere impressionanti effetti sulla massa globalmente intesa⁸⁸.

le persecuzioni medievali degli ebrei, che l’Europa avrebbe di nuovo tremato davanti ai fasci romani e al passo cadenzato delle legioni, che le persone ancora una volta avrebbero fatto il saluto romano come duemila anni fa, e che un’arcaica svastica, invece della croce cristiana, avrebbe attratto milioni di guerrieri pronti a morire, ebbene sarebbe stato accolto come un mistico folle» (ivi, p. 76 s.).

⁸⁵ Sull’idea – appunto di un “potere” (segnatamente, statale) che, anche al di là delle sue modalità di esercizio, “trattiene”, “frena” l’avvento del caos, o meglio dell’Anticristo come *Anomos*, per tutti l’omonimo M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Milano, 2013, *passim* ed in part., per quanto qui rileva, p. 81 s. La figura del *Katechon* – come evocato, ellitticamente, da San Paolo nella Seconda Lettera ai Tessalonicesi (2Ts, 2, 3-12) – è notoriamente ricorrente, in accezioni diverse, nella produzione schmittiana: la ripercorre in quest’ottica A. SCALONE, “*Katechon*” e scienza del diritto in Carl Schmitt, in *Filosofia politica*, n. 2/1998, p. 283 ss.

⁸⁶ P. DOMINGOS, *L’Algoritmo Definitivo*, cit., p. 271.

⁸⁷ *Ibidem*. Di nuovo con riferimento a SAM: «Interaction with SAM – who is still in her ‘infancy’ – is currently through chatbots on her Facebook and Twitter accounts, or by taking a survey on her website; all of which is part of the initial phase of her education, and necessary for her to grow and become more aware and responsive to people’s questions. *The more conversations she engages in, the more she will learn and develop*. The survey on her website is even more important, however, as it has directed questions that provide specific input for SAM. *SAM is currently receiving more than 2,000 messages a day through the Facebook Messenger system, but the plan is to expand to include a party of chatbots in various channels, who then inform a natural language processing and sentiment analysis system – which is essentially SAM’s ‘personality’*» (W. LANGELAAR, *SAM*, cit., p. 217, corsivi aggiunti).

⁸⁸ Per tutti, naturalmente, D. CASALEGGIO, *Tu sei rete. La rivoluzione del business, del marketing e della politica attraverso le reti sociali*, Milano, 2013.

In definitiva, in un contesto in evoluzione, da queste “prime note” sembra emergere un intreccio fra tematiche effettivamente inedite e questioni ampiamente sperimentate (ed indagate). Già provare a sciogliere tale intreccio sarebbe quindi un passo avanti per immaginare possibili soluzioni – quelle sì – necessariamente innovative.

Focus



Equo processo penale e sfide della società algoritmica

Serena Quattrocolo*

FAIR TRIAL AND THE CHALLENGES OF AN ALGORITHMIC SOCIETY

ABSTRACT: The lecture focuses on the main issues related to the use of algorithms and computational models in the realm of criminal proceedings. The analysis encompasses three main topics: the impact of software and models as means to intrude individuals' privacy, in gathering evidence; the use of algorithm-generated data, used as evidence in trials; the compliance of computational models as decision-making instruments with fundamental rights.

KEYWORDS: algorithms; computational models; criminal proceeding; fair trial; evidence

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Violazioni della riservatezza – 3. I rischi per la parità delle armi. – 4. Le interferenze nei processi decisorii giurisdizionali.

1. Introduzione

Nell'ampio titolo scelto per questo intervento sono contenuti due concetti di portata generale. Il primo termine della relazione è "equo processo" che di per sé – più che un concetto – è uno slogan, come osservato da Mario Chiavario¹, con riferimento alla formula declamatoria impiegata dal primo comma del rinnovato testo dell'art. 111 Cost. Nella sua specificità, però, il termine si presta perfettamente a coprire diverse declinazioni delle garanzie processuali, sulle quali si concentrerà questa breve riflessione. Naturalmente, occorrerà fare riferimento sia al quadro costituzionale interno, sia al contesto dei Bills of Rights internazionali, nei quali gli specifici profili che concorrono a garantire la fondamentale e irrinunciabile equità del processo penale hanno ricevuto, ad oggi, la più compiuta elaborazione. In particolare, il riferimento principale, sarà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il secondo termine – società algoritmica – è evidentemente e volutamente generico, poiché si riferisce a un fenomeno ampio², che coinvolge soluzioni tecnologiche tra loro molto differenziate, accomunate dalla produzione di dati generati automaticamente, i quali possono essere impiegati, con varie finalità, all'interno del procedimento penale³. Si tratta di una locuzione più sociologica che tecni-

* Professore ordinario di Diritto Processuale Penale, Università del Piemonte Orientale. Mail: serena.quattrocolo@uniupo.it. Contributo sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.

¹ M. CHIAVARIO, voce "Giusto processo" (processo penale), in EGT, 2001, 1.

² Si veda L. Floridi et alii, AI4People – An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations, in *Minds and Machines*, 2018, 689 ss.

³ Interessante la lettura proposta da A. GARAPON – J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, Parigi 2018, 9 ss., che vede nel digitale una rivoluzione grafica la quale – sulla scia di quelle che in precedenza hanno segnato la storia, come ad esempio il comparire dell'alfabeto greco – sta producendo un impatto epocale sulla comunicazione e sui suoi riflessi.

ca, i cui confini debbono essere di volta in volta specificati, in base all'approccio prescelto. La stessa locuzione "algoritmo", del resto, può assumere una varietà di significati a seconda del contesto in cui viene utilizzato, con sfumature e variazioni talora apprezzabili, spesso non condivise dagli stessi esperti del medesimo settore. Ai limitati fini di queste brevi riflessioni, ben si può adottare la definizione di algoritmo offerta da Tarleton Gillespie, nel 2014, che è stata altresì assunta come paradigma dal prezioso studio recentemente pubblicato dal Consiglio d'Europa, *Algorithms and Human Rights* (dicembre 2017)⁴. In particolare, "*algorithms need not be software: in the broadest sense, they are encoded procedures for transforming input data into a desired output, based on specified calculations. The procedures name both a problem and the steps by which it should be solved.*"⁵ In questo senso, la società algoritmica non è, necessariamente, quella che delega la scelta alla macchina – come una certa visione distopica spesso suggerisce – bensì quella che perde fiducia nella discrezionalità e nell'intuito del singolo, finendo per inquadrare i processi decisorii, anche quello giudiziario, in una relazione prestabilita, un algoritmo, appunto.

Fatta questa doverosa premessa, si possono mettere a fuoco tre aree nelle quali l'impatto del trattamento (processing) automatizzato di dati, non necessariamente personali e non necessariamente sensibili, attraverso modelli computazionali rischia di porsi in contrapposizione con i principi enunciati nella Costituzione italiana e nelle carte internazionali, a garanzia, tanto di diritti e libertà strettamente attinenti alla sfera personale - come la riservatezza – la cui violazione può essere perpetrata attraverso atti del procedimento penale, quanto, più specificamente, dell'equità del processo penale stesso.

La rivoluzione digitale ha subito nell'ultimo decennio un clamoroso balzo in avanti, alimentato da due fattori principali⁶: la diffusione globale di *smartphones* e altri strumenti di comunicazione telematica che generano quotidianamente, e in modo gratuito, quintilioni di dati; un aumento esponenziale della capacità computazionale che consente di processare con tempi e costi irrisori quel numero pressoché infinito di dati. Ciò ha inevitabilmente estremizzato il divario, da sempre esistente, tra progresso tecnologico ed evoluzione normativa, quest'ultima rimasta confinata entro categorie che talvolta non rispondono più alla realtà.

2. Violazioni della riservatezza

Il primo profilo che merita di essere segnalato – seppur con approfondimento limitato, poiché già ampiamente trattato in altri contesti – è quello dell'impiego di software capaci di carpire segretamente conversazioni, flussi telematici e altri dati digitali. La gamma di azioni intrusive che possono essere realizzate attraverso *malwares*, inoculati da remoto nei dispositivi *hardware* è considerevole. Per *malwares* si intendono vari tipi di *malicious software*, tra i quali il maggiormente impiegato in ambito investigativo è il c.d. *trojan horse*, captatore informatico. Invisibile all'utente che ha in uso l'apparecchio infettato, esso consente varie forme di intrusione nella sfera digitale dell'interessato e,

⁴ Reperibile alla pagina <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>

⁵ T. GILLESPIE, *The relevance of Algorithms*, in T. GILLESPIE, P. BOCZKOWSKI, K. FOOT (eds.), *Media Technologies*, Cambridge US, 2014, 167

⁶ U. PAGALLO – M. DURANTE, *The Philosophy of Law in an Information Society*, in L. FLORIDI (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Information*, New York 2016, 396 ss.

in particolare: a) acquisizione di informazioni scambiate attraverso il mezzo infettato; b) attivazione da remoto di strumenti di geolocalizzazione, ripresa o registrazione audio; c) accesso e manipolazione dei *files* presenti nell'*hardware* infetto⁷. Il breve riassunto delle caratteristiche di questi software dimostra la loro evidente potenzialità investigativa, che è stata prontamente sfruttata dagli organi requirenti, a livello generalizzato, per lo più in assenza di un apposito quadro normativo. Per un verso, infatti, ci si è mossi entro i margini della disciplina esistente, per lo più in tutti gli ordinamenti, per la regolamentazione delle intercettazioni di comunicazioni – ambientali, telefoniche e telematiche – affermando che i *malwares* altro non siano che nuove modalità tecniche di svolgimento di tradizionali mezzi di ricerca della prova, appunto. Per altro verso, si è consapevolmente minimizzato l'evidente divario, in termini di intrusività che i captatori informatici presentano rispetto ai tradizionali strumenti intercettivi⁸. Sul punto, nell'impossibilità di proporre in questa sede un approccio più approfondito, si devono sviluppare due riflessioni. In primo luogo, rinviando all'esaustivo rapporto commissionato dal LIBE Committee del Parlamento europeo in materia di *hacking by law enforcement*⁹, dove i profili di tale superiore insidiosità per la sfera di riservatezza degli individui sono dettagliatamente trattati¹⁰, va sottolineata la necessità di una disciplina normativa apposita dei captatori telematici, che non possono essere regolati secondo il paradigma delle tradizionali intercettazioni (deve ricordarsi che la recente riforma delegata dalla "legge Orlando" al Governo è intervenuta sulle intercettazioni di comunicazioni, per il loro "riordino" e sull'impiego dei captatori informatici nel procedimento penale)¹¹. In secondo luogo, non si può tacere la perdita di significato che i concetti ai quali è ancorata, nel linguaggio costituzionale nazionale e nelle carte internazionali, la tutela della riservatezza, subiscono di fronte a mezzi di ricerca della prova così intrusivi. Domicilio e corrispondenza, architravi delle garanzie costituzionali contro le interferenze statuali, anche investigative, nella sfera personale degli individui, hanno perso significato, di fronte alla possibilità di produrre, scambiare, conservare – ma anche carpire, intercettare, copiare – dati immateriali in uno spazio che non è più quello fisico. L'inarrestabile diffusione di apparecchi digitali che, per le loro ridotte dimensioni, seguono l'individuo ovunque e sempre, rende decisamente impossibile continuare ad applicare la tradizionale distinzione

⁷ In argomento, *ex multis*, M. TORRE, *Il Captatore informatico*, Milano, 2017, spec. 12-17; M. PITTIRUTI, *Digital Evidence e processo penale*, Torino, 2017, 69 ss.; S. SIGNORATO, *Le indagini digitali*, Torino, 2018, 237 ss.

⁸ In questo senso, M. DANIELE, *La prova digitale processo penale*, in *Riv. Dir. Proc.* 2011, 288: «La loro capacità lesiva della *privacy* è addirittura superiore a quella delle intercettazioni»

⁹ Studio commissionato dal Libe Committee del Parlamento europeo e realizzato dal Directorate-General for Internal Policies, *Legal Frameworks for hacking by Law Enforcement: Identification, Evaluation and Comparison of Practices* (reperibile alla pagina: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583137/IPOL_STU\(2017\)583137_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583137/IPOL_STU(2017)583137_EN.pdf))

¹⁰ A p. 21 si afferma: «*although the use of hacking techniques will bring improvements in investigative effectiveness, the significant amount and sensitivity of data that can be accessed through these means acts as a stimulus for another key debate: ensuring the protection of the fundamental right to privacy*»

¹¹ Complesso riassumere brevemente la vicenda italiana. A seguito di una nota decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass. S.U. 1.7.2016, n. 26889) un documento sottoscritto da quasi tutti i docenti italiani di diritto processuale penale aveva sollecitato la necessità di uno specifico intervento normativo (v. www.penalecontemporaneo.it, 16.10.2016), avvenuto poi con il d.lgs. 29.12.2017 n. 216 (e d.m. 20.4.2018), che ha inserito nel codice di procedura penale una specifica disciplina del captatore informatico, ad oggi non ancora entrata in vigore.

tra luoghi pubblici e luoghi privati, come il domicilio, nel quale la captazione occulta tendenzialmente poteva avvenire soltanto a condizioni ancora più stringenti di quelle generali¹².

A fronte di un'interferenza, destabilizzante, tra strumenti digitali basati su modelli computazionali e valori essenziali del nostro patrimonio giuridico, il quadro delle garanzie fondamentali, sancite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione, rappresenta ancora la cornice normativa di riferimento. Per un verso, nell'art. 8 Cedu, la Corte di Strasburgo ha individuato dei limiti bene precisi anche all'attività investigativa di analisi e profilazione dei dati¹³. Per altro verso, la Convenzione stessa lascia intravedere, sullo sfondo, un altro principio che può utilmente essere applicato a fronte dell'utilizzo processuale di mezzi di prova generati automaticamente.

3. I rischi per la parità delle armi

Il secondo profilo di analisi riguarda, infatti, i mezzi di prova. Infatti, anche senza l'impiego di strumenti di captazione occulta, da tutti i supporti digitali si possono estrarre informazioni di grande rilievo per il procedimento penale. Può trattarsi di metadati, che precisano condizioni oggettive riferite alla genesi del dato. Con la crescente rilevanza dell'IoT, può trattarsi di dati generati automaticamente, senza alcun intervento umano nella loro rilevazione, da oggetti quotidiani collegati alla rete internet. Questi rappresentano, evidentemente, un patrimonio conoscitivo talvolta fondamentale per le indagini e per il procedimento penale: si pensi, ad esempio, ad un frigorifero "intelligente" che si accenda per mantenere perfetta la conservazione dei cibi ogni volta che la temperatura della stanza aumenti, per la presenza fisica di persone. Il software che lo regola fornirà informazioni determinati agli investigatori che indagano su un omicidio avvenuto proprio in quella stanza...

La questione che qui si pone come oggetto centrale della riflessione riguarda la verifica dell'accuratezza del dato, generato e/o raccolto esclusivamente attraverso uno strumento computazionale. È possibile contestarne l'attendibilità? Oppure la "prova digitale", per la sua natura e per la sua genesi, è oggettivamente impermeabile al confronto dialettico tra le parti nel processo?

L'assunto sul quale si basa l'interrogativo formulato qui sopra è l'impossibilità di falsificare il dato elaborato da un algoritmo se non è possibile accedere al codice sorgente che governa l'algoritmo stesso¹⁴. Tale scenario, che assumiamo al momento come valido, genera una situazione di squilibrio conoscitivo estremo tra le parti del processo.

Invero, lo squilibrio conoscitivo è fenomeno che si riscontra nel processo penale sin da quando, per la soluzione di casi complessi, si è iniziato a fare ricorso a competenze tecniche, scientifiche o artistiche¹⁵. L'ingresso di saperi specialistici nel processo è difficilmente equilibrato, poiché una delle parti - per lo più quella pubblica - ha accesso alla scienza e alle tecnologie migliori, disponendo di mezzi eco-

¹² V. ampiamente, S. SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 49 ss.

¹³ Volendo S. QUATTROCOLO, U. PAGALLO, *The impact of AI on criminal law, and its twofold aspects*, in W. BARFIELD, U. PAGALLO (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham 2018, 391. In generale, v. R. SICURELLA, v. SCALIA, *Data mining and profiling in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 409 ss.

¹⁴ S. QUATTROCOLO, U. PAGALLO, *The impact of AI on criminal law*, cit., 392 ss.

¹⁵ V. A.J. BRIMICOMBE – P. MUNGRUO, *Algorithms in the Dock: Should Machine Learning Be Used in British Courts? Proceedings of the fourth Winchester Conference on Trust, Risk, Information and the Law*, 3 maggio 2017.

nomici non limitati. Evidentemente, il fenomeno di *knowledge impairment* non è nuovo e ogni stagione del complicato rapporto tra scienza e processo penale ne ha riproposta una versione più o meno intensa (si pensi al debutto della profilazione del DNA nelle aule di giustizia, o al ricorso alla fMRI per l'accertamento di profili legati all'imputabilità). La prova algoritmica, tuttavia, introduce la forma più estrema di tale squilibrio, poiché il risultato probatorio può essere non criticabile laddove, appunto, l'inaccessibilità del codice sorgente o altre caratteristiche del software non consentano alla parte contro la quale la prova è introdotta nel processo di contestarne l'accuratezza e l'attendibilità¹⁶. Ciò, evidentemente, trascende in maniera netta il profilo della riservatezza, sopra a grandi linee enunciato, per porre uno scottante problema di parità delle armi. È infatti sotto il profilo della parità delle armi che la situazione segnalata si pone maggiormente in contrasto con il canone del giusto processo, tanto nel quadro costituzionale italiano, quanto, e soprattutto, nella cornice del dettato convenzionale. È noto che, innanzitutto e pur nell'assenza di una esplicita enunciazione nel testo dell'art. 6 Cedu, il principio della parità delle armi è stato modellato dalla giurisprudenza della Corte come architrave, insieme al connesso canone del contraddittorio, dell'equità processuale nel suo complesso¹⁷. Notoriamente, *equality of arms* non implica una presunta, necessaria identità di facoltà o di posizioni di cui le parti essenziali del processo debbano sempre fruire, soprattutto laddove si tratti, appunto, di processo penale, il quale è caratterizzato – specialmente nelle sue fasi prodromiche – da un insuperabile squilibrio tra parte pubblica e difesa¹⁸. In questa connaturata differenza di ruoli istituzionali, il paradigma essenziale della parità delle armi è rappresentato dalla possibilità di presentare i propri argomenti in condizioni che non la svantaggino rispetto alle altre parti¹⁹. Insomma, il principio esprime essenzialmente, nella sua portata generale, un giusto equilibrio tra le parti processuali²⁰. Se indubbiamente tale affermazione può apparire per lo più declamatoria, essa va coniugata con più specifiche messe a punto della parità delle armi, come quella scolpita nel *leading case Brandstetter c. Austria*, in cui la Corte ha ribadito che è necessario che ciascuna parte abbia effettiva conoscenza delle allegazioni e delle argomentazioni della controparte e che fruisca della concreta possibilità di contestarle e falsificarle. «*An indirect and purely hypothetical possibility for an accused to comment on prosecution argument*»²¹ non soddisfa il parametro convenzionale.

Ancor più particolare, poi, è l'approccio che la Corte di Strasburgo adotta quando è chiamata ad accertare una violazione potenzialmente verificatasi nel procedimento probatorio, tradizionalmente devoluto alla disciplina nazionale. Infatti, in questo contesto, è proprio la possibilità, per tutte le parti e, principalmente, per la difesa, di contestare l'accuratezza della prova a carico ad esprimere il senso proprio del suddetto giusto equilibrio tra le parti. È stato, infatti, ripetutamente sottolineato che «*it*

¹⁶ E. VAN BUSKIRK-V.T. LIU, *Digital Evidence: Challenging the Presumption of reliability*, in *Journal of Digital Forensic Practice*, 2006 (1), 20

¹⁷ Cfr. M. CHIAVARIO, Art. 6, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2002, p. 192. V., in particolare, C. eur., 28.8.1991, *Brandstetter v. Austria*, § 66; C. eur., 23.6.1993, *Ruis-Mateos v. Spain*, § 63.

¹⁸ Cfr. VAN DIJK – VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Leiden, 1998, 430 ss.

¹⁹ In questo senso, C. eur., 7.6.2001, *Kress c. Francia*, § 72.

²⁰ J.F. RENUCCI, *Droit européen des Droits de l'Homme. Droits aux libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 5a ed., Paris, 2013, 378.

²¹ C. eur., *Brandstetter v. Austria*, cit., § 68.

*must be examined in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy»²². L'assunto richiama quanto già sottolineato in precedenza rispetto alle decisioni *Khan v. the UK* e *Schenk v. Switzerland* che rappresentano la “cerniera” tra queste considerazioni formulate, in generale, rispetto al vasto panorama delle prove penali e gli specifici aspetti che caratterizzano le prove ottenute attraverso mezzi occulti.*

Date queste coordinate generali, dunque, i problemi posti dalle prove raccolte e generate in via del tutto automatizzata sono evidenti. L'impossibilità – variamente declinata – di accedere al codice sorgente o di poter effettivamente comprendere il funzionamento dell'algoritmo che le ha generate determina un rischio implicito per la parità delle armi, così come intesa dalla richiamata giurisprudenza europea. Se l'essenza dell'equità processuale risiede nella parità delle armi, che si sostanzia (anche) nel diritto della difesa di contestare l'ammissibilità e l'accuratezza della prova, l'impossibilità di verificare *a posteriori* l'output di un algoritmo può rappresentare *in nuce* una violazione dell'art. 6§1 Cedu (a prescindere dall'esistenza di una violazione, a monte, del diritto alla vita privata e familiare).

Rimane da accertare che l'assunto dal quale siamo partiti sia effettivamente corretto, ovvero che l'accesso al *source code* che regola l'algoritmo sia impedito alla difesa.

La prima e più immediata risposta al problema dell'opacità²³ dei processi algoritmici e computazionali è la trasparenza²⁴. Si è già in parte accennato al fatto che, nell'ambito della trattazione automatizzata dei dati, la trasparenza pare essere divenuta l'unico e determinante parametro di legittimità del trattamento, sostituendosi subdolamente al canone della legalità²⁵. Se il software è concepito secondo parametri di trasparenza, la possibilità di validazione o di falsificazione dei suoi *outputs* è più elevata e a questo assunto sembrano ispirati il GDPR, appena entrato in vigore, e per certi versi anche la direttiva UE 2016/680, in materia di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali (art. 20), recentemente trasposta anche in Italia con il d.lgs. 18.5.2018 n. 51²⁶.

²² Così, C. eur., *Bykov v. Russia*, cit., § 90, da ultimo ripresa in C. eur., *Svetina c. Slovenia*, cit., § 44, nella quale la questione denunciata dal ricorrente riguardava proprio l'impiego di prove raccolte sulla base di un iniziale, illegittimo (perché non espressamente autorizzato dal locale “giudice istruttore”) accesso al telefono della vittima. Posta ancora una volta di fronte al problema dell'applicabilità della teoria dei frutti dell'albero avvelenato, la Corte ha rilevato che le giurisdizioni interne hanno fatto applicazione della contraria dottrina della “*inevitable discovery*”; tuttavia, poiché la questione della ammissibilità o meno delle susseguenti prove – che, appunto, secondo la Suprema Corte slovena sarebbero state scoperte comunque, a prescindere dall'illegittimo accesso – riguarda in definitiva l'interpretazione di norme interne, la Corte europea si limita ad osservare che le risultanze dell'accesso illegittimo non sono state poste alla base della decisione sulla colpevolezza dell'imputato, fondata, invece, su prove validamente raccolte, secondo la disciplina nazionale.

²³ J. BURRELL, *How machines think: Understanding opacity in machine-learning algorithms*, in *Big Data and Society*, 2016, vol 1, 1ss.

²⁴ J. DANAHER, *Algorithmic Decision-making and the Problem of Opacity*, in *Computers and Law*, 2016, fasc. 8, 29 ss.

²⁵ V. *supra* nt. 21.

²⁶ Pubblicato in G.U. 24 maggio 2018 ed entrato in vigore il 6 giugno 2018.

Tuttavia, la trasparenza non è un concetto autosufficiente, ma si articola in relazione al risultato che si desidera ottenere. Essa, ad esempio, si può raggiungere ottenendo l'accesso al *source code*, agli *inputs* e agli *outputs* del *software*²⁷. Tuttavia, tale accesso può non essere utile perché soltanto gli esperti informatici sono in grado, di trarne degli elementi significativi e comprensibili. E' stato osservato, quindi, che in tal caso non può dirsi comunque garantita la trasparenza²⁸.

Inoltre, nemmeno l'*open source code* – che parrebbe a prima vista la principale garanzia di trasparenza – può garantire la possibilità di un'effettiva validazione a posteriori dei risultati prodotti dall'algoritmo, se questo non è stato concepito con criteri più che di trasparenza – appunto – di responsabilità (*accountability*, intesa come possibilità, capacità di dar conto di come i risultati sono stati prodotti, partendo da determinati *inputs*)²⁹. Per un verso, come già sottolineato, nell'ambito della ricerca e della raccolta della prova difficilmente è possibile utilizzare *software open source*, proprio perché l'efficacia degli specifici mezzi intercettivi occulti sta nella segretezza, innanzitutto, del loro operare, ma anche delle loro modalità di funzionamento. Per altro verso, poi, quando il *software* faccia uso di forme anche molto semplici di *learning machine*, la validazione *ex post* del risultato può diventare impossibile anche per chi lo abbia messo a punto, stante il meccanismo di auto-apprendimento che lo alimenta.

La 'prova computazionale' esalta e mette in luce il rischio che, in una società in cui tutto ciò che è oggetto di conoscenza e di comunicazione è un dato – è cioè costituito da o è racchiuso in una 'espressione digitale' - i soggetti del processo vengano privati del loro ruolo nel procedimento probatorio (dalla raccolta, ma anche dalla valutazione, dalla discussione e dalla valutazione). Il dato, raccolto o elaborato digitalmente rischia di divenire di per sé attendibile perché la verifica del processo che lo ha generato è troppo complessa o sfugge, almeno in parte, per via del ricorso a forme più o meno sofisticate di intelligenza artificiale, ad un controllo *ex post*³⁰. In tale quadro, l'accusa ha accesso, per evidenti ragioni, alla migliore tecnologia, i cui risultati vengono trasferiti nel processo penale come prove. La difesa, per le ragioni sopra esposte, non ha la possibilità di mettere convincentemente in dubbio l'attendibilità di tale prova, poiché non ha gli elementi necessari alla falsificazione. Il giudice, per parte sua – soprattutto in quegli ordinamenti più nettamente ispirati al principio dispositivo della prova - può non avere motivo di dubitare di tale prova, in assenza di elementi concreti addotti dalla difesa, 'adagiandosi' sul convincimento che il dato digitale sia scevro da rischi di inaccuratezza³¹.

4. Le interferenze nei processi decisori giurisdizionali

Terzo e più complesso profilo di analisi riguarda la sfera di applicazione, in talune articolazioni del procedimento penale, di software 'predittivi' che possono anche assistere il giudice in operazioni de-

²⁷ J.A. KROLL, J. HUEY, S. BARROCAS, E.W. FELTEN, J.R. REIDENBERG, D.G. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017 (Vol. 165, Issue 3), 675.

²⁸ A. KOENE, H. WEBB, M. PATEL, *First UnBias Stakeholders workshop*, 2017, in <https://unbias.wp.horizon.ac.uk>

²⁹ Cfr. A. KROLL, J. HUEY, S. BARROCAS, E.W. FELTEN, J.R. REIDENBERG, D.G. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, cit., 662 ss.

³⁰ S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rev. italo-española dir. proc.*, vol. 2/2019, 1 ss.

³¹ E. VAN BUSKIRK-V.T. LIU, *Digital Evidence*, cit., 20

cisorie. Si tratta di strumenti per lo più diffusi, per il momento, in alcuni ordinamenti di *common law*, principalmente con riguardo alla fase dell'esecuzione della pena, ma talvolta estesi a decisioni di *bail* e/o *sentencing*, ovvero in materia di custodia cautelare e di quantificazione della pena. Altrettanto diffuso è l'impiego di tali sistemi nell'ambito dell'attività di polizia amministrativa di sicurezza, ovvero con finalità di prevenzione del reato. Tuttavia, l'area della prevenzione del reato – scarsamente regolamentata in tutti gli ordinamenti – sfugge ad un'analisi sistematica, cadendo al di fuori di questa riflessione.

Sono numerosi gli Stati del Nord America e dell'Australia che utilizzano, ormai da tempo, software predittivi per sciogliere prognosi di pericolosità sociale e, in particolare, di rischio di recidiva. Si tratta di strumenti di *risk assessment* strutturati sulla base di valutazioni psico-criminologiche che, ad esempio, nel nostro ordinamento sono vietate nel giudizio di cognizione dall'art. 220 co. 2 c.p.p. Tuttavia, fuori da tale divieto e stante l'estrema complessità della prognosi che grava sul giudice e la scarsità di informazioni disponibili, soprattutto laddove, come nella quasi totalità dei casi, sia intervenuta una dichiarazione di colpevolezza da parte dell'imputato, il ricorso a strumenti algoritmici di *risk assessment* rappresenta un ausilio appetibile. Quindi, come accennato in precedenza, prima ancora di delegazione di scelte decisorie alla macchina, siamo di fronte alla riduzione della discrezionalità del singolo, attraverso l'ausilio della decisione algoritmica.

Caso che ha richiamato l'attenzione internazionale è quello deciso dalla Corte Suprema del Wisconsin nel 2016³². Qui, come in numerose altre giurisdizioni, è stato adottato uno strumento attuariale di *risk assessment* chiamato COMPAS³³ che si basa sia su informazioni ottenute direttamente

³² State v. Loomis, 881 NW 2d 749 (Wis 2016). Per un commento alla sentenza v. *Criminal Law – Sentencing Guidelines – Wisconsin Supreme Court Requires Warnings before Use of Algorithmic Risk Assessment in Sentencing – State v. Loomis*, in *Harvard Law Review*, 2017, 1530 ss. Nella vicenda richiamata, sulla base del *risk assessment*, la corte locale aveva inflitto la pena della reclusione a sei anni (senza parole), e cinque anni di *extended supervision*, pena certamente elevata se rapportata ai fatti, marginali, per cui egli si era dichiarato colpevole, destando l'attenzione di tutti i media nazionali e di molti stranieri.

Nell'ambito di una istanza di *post-conviction release*, decisa dalla *circuit court* locale, l'imputato contestava diversi profili di violazione del principio del *due process*. Il consulente tecnico presentato dalla difesa evidenziava alcuni aspetti critici legati all'uso in fase deliberativa della pena dello strumento di *risk assessment*.

³³ Correctional Offenders Management Profiling for Alternative Sanctions. Si tratta di uno strumento attuariale che valuta il rischio statico, non dinamico: infatti, gli strumenti attuariale non spiegano il recidivismo, si limitano a segnalarlo, valutando i fattori di rischio attraverso statistiche ufficiali e prospettive teoriche comprensive. Sul mercato, lo strumento è commercializzato in forma di software, da Northpointe inc. che ne detiene i diritti e le licenze commerciali. Gli strumenti di *risk assessment*, però, non sono necessariamente dei software. Nel panorama italiano l'applicazione del *risk assessment* non ha ancora trovato un riconoscimento ufficiale all'interno del sistema della giustizia penale (v. però nt. 43); tuttavia, esso è molto diffuso in altri ordinamenti e da tempo oggetto di studi anche da parte di autori italiani: G. ZARA, F. FREILONE, *Psychological assessment*, in B.A. ARRIGO (a cura di), *The SAGE Encyclopedia of Surveillance, Security, and Privacy*, Sage, Thousand Oaks, 2018, 830 ss; G. ZARA, *La validità incrementale della psico-criminologia e delle neuroscienze in ambito giuridico*, in *Sistemi intelligenti*, 2013, fasc. 2, p. 311. Le teorie psicologiche applicate dal COMPAS sono illustrate in v. T. BRENNAN – W. DIETRICH – B. EHRET, *Evaluating the Predictive Validity of the Compas Risks and Needs Assessment System*, in *Criminal Justice and Behaviour*, 2009, 21 ss. (Brennan risulta aver guidato anche gruppi di ricerca per conto del produttore del medesimo software). Esistono numerosi studi, di segno non univoco, sull'attendibilità del COMPAS e sui rischi di implicit bias ad esso connessi: T. L. FASS, K. HEILBRUN, D. DEMATTEO; R. FRETZ, *The LSI-R and the COMPAS: Validation Data on Two Risk-Needs Tools*, in *Crim. Just. & Behavior*, 2008, vol. 35, 1095 ss., i quali concludevano per un evidente fattore di discriminazione su base razziale dei risultati del software COMPAS; J.

dall'imputato, in un'intervista, sia sul certificato del casellario e dei carichi pendenti, le quali vengono elaborate attraverso un modello computazionale in relazione a dati statistici di controllo, riferiti a un campione di popolazione non necessariamente corrispondente a quella dello Stato. Sul piano predittivo, quindi, lo strumento prevede il rischio di ricaduta violenta, senza tuttavia offrire una spiegazione di tale rischio, ma in rapporto al dato statistico.

Anche con l'ausilio di tale strumento, la corte locale aveva inflitto la pena della reclusione a sei anni (senza parole), e cinque anni di *extended supervision*, pena certamente elevata se rapportata ai fatti, marginali, per cui l'imputato si era dichiarato colpevole. La difesa aveva presentato una *post conviction motion*, al rigetto della quale veniva proposto ricorso innanzi alla Corte suprema statale. I motivi venivano articolati in tre punti. Il primo denunciava la violazione del diritto dell'imputato ad essere valutato sulla base di informazioni accurate. Il secondo lamentava la violazione del diritto ad una sentenza individualizzata, mentre il terzo riguardava il controverso uso, da parte dello strumento, del sesso fra i parametri presi in considerazione dal *risk assessment*. Infatti, essendo lo strumento tutelato da segreto commerciale, la difesa riteneva che le parti e il giudice non avessero avuto sufficienti spiegazioni sui criteri con cui erano stati determinati i punteggi di rischio, e i singoli fattori pesati, introducendo così nel *sentencing* elementi decisori sottratti alla discovery della difesa. Negli argomenti difensivi che criticano i risultati del *risk assessment* sembrano mescolarsi profili incentrati sulla natura digitale della valutazione e sulla sua opacità, e questioni di attendibilità scientifica della teoria psico-criminologica applicata allo strumento valutativo, il cui effetto complessivo sarebbe stato quello di impedire la fisiologica interazione della difesa.

La Corte rigettava le questioni formulate e confermava la decisione della corte inferiore, senza apparentemente cogliere la loro duplice ispirazione, limitandosi ad escludere la violazione del *due process*, data la possibilità per l'imputato di confrontare i dati individuali di partenza (input) e le valutazioni di rischio finali (output) sulla base del manuale d'uso dello strumento, potendo confutarne l'attendibilità³⁴. Tuttavia, un aspetto importante è sfuggito all'attenzione dei molti media che si sono occupati della vicenda, come di un esempio di 'pena stabilita dalla macchina'³⁵. L'estensore di quella decisione ha voluto stilare un 'decalogo cautelativo' che i giudici devono impiegare nell'utilizzo di tali strumenti 'predittivi', indicando cinque avvertimenti che devono sempre essere inseriti nel *pre-sentencing report*, ovvero: l'eventuale esistenza di un segreto commerciale che copre il software;

SKEEM, J. ENO LOUDEN, *Assessment of Evidence on the Quality of COMPAS*, 2007, in <http://ucicorrections.seweb.uci.edu/files/2013/06/CDCR-Skeem-EnoLouden-COMPASeval-SECONDREREVISION-final-Dec-28-07.pdf>

³⁴ Uno studio di Angwin et Alii (V. J. ANGIN ET ALII, *Machine bias*, in <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> 23.5.2016), pubblicato dalla ONG americana ProPublica ha mostrato la scarsa rilevanza criminogena di alcuni fattori utilizzati nel COMPAS. È bene tuttavia segnalare che le conclusioni dello studio diffuso da ProPublica sono state fortemente criticate (v. A.W. FLORES – K. BECHTEL – C.T. LOWENKAMP, *False Positives, False Negatives and False Analysis: A Rejoinder to «Machine Bias: There is Software used across the Country to Predict Future Criminals. And it is biased against the Blacks»*, in *Federal Probation* 2016).

³⁵ A. LIPTAK, *Sent to Prison by a Software Program's Secret Algorithms*, in *The New York Times*, 1.5.2017, in <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-program-secret-algorithms.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&clickSource=story-heading&module=first-column-region®ion=top-news&WT.nav=top-news&r=0>

l'incapacità del software di effettuare una valutazione altamente individualizzata, essendo basato su un set di dati riferiti a gruppi sociali, non normalizzata rispetto alla popolazione di ciascuno Stato; la creazione dello strumento per finalità specificamente collegate a scelte proprie della fase esecutiva, successiva al *sentencing*, nonché l'esistenza di dubbi, nella comunità scientifica circa l'attendibilità del modello computazionale - pur segreto - che lo regola.

Tali preoccupazioni sembrano essere state raccolte in una successiva sentenza, pronunciata dalla Corte Suprema del District of Columbia, sezione minorile, del 15 maggio 2018. La vicenda era del tutto analoga alla precedente, ma aveva od oggetto un diverso strumento di *risk assessment*, non digitalizzato, somministrabile solamente attraverso un professionista³⁶.

In questo caso, la difesa formulava una istanza rivolta alla Corte di esclusione della prova fornita dal *risk assessment*, nonché di tutta la relazione predisposta dai servizi sociali, anche sulla base del medesimo e di qualsiasi testimonianza o altra prova ad esso collegata, denunciandone la inutilizzabilità sulla base della *rule 720* delle *Federal Rules of Evidence*, così come interpretato dalla Corte Suprema federale nel caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*³⁷. Tale decisione, infatti, rappresenta, a tutt'oggi, lo statuto di ammissibilità e utilizzabilità della prova tecnico-scientifica nel procedimento penale e non solo negli Stati Uniti, ma anche in numerosissimi altri ordinamenti che hanno seguito tale pronuncia.

La Corte, in parziale accoglimento delle richieste della difesa dell'imputato, minore al tempo del fatto contestato, ha fatto divieto di utilizzare per la decisione del caso specifico, la valutazione generale di *violence risk* predisposta dalla *Child Guidance Clinic* sulla base del *risk assessment*.

Il richiamo a queste due recenti decisioni nordamericane ha una duplice ricaduta. Per un verso, ci ricorda come anche la tradizione europea e, in particolare, il nostro processo, siano inclini a incorporare nel processo penale valutazioni di carattere predittivo, che, a partire dal contesto cautelare, fino a quello della quantificazione della pena (si pensi alla diminuzione per la minore età), alla concessione di benefici, anche poi penitenziari, incidono in modo significativo sull'esito del processo, sulla sanzione e sul trattamento. Per altro verso ci dimostra la necessità di avviare, senza ritardo, una seria riflessione giuridica che si sovrapponga a quella squisitamente computazionale che si concentra soltanto sulla efficacia, in termini di attendibilità, dello strumento algoritmico o computazionale.

A tal fine occorre, innanzitutto, imparare a distinguere i rischi che si presentano. In primo luogo, l'"algoritmicità" - che toglie spazio all'intuito dei singoli per delegare le scelte alla formula prestabilita - può essere contrastata con lo strumento "classico" del *Daubert test*: se la teoria scientifica tradotta nell'algoritmo non è convincente, quest'ultimo non deve trovare spazio nel processo penale, né nelle scelte decisionali del giudice. In secondo luogo, la "computazionalità" e la conseguente opacità della decisione debbono essere misurate secondo i parametri che le carte dei diritti fondamentali già ci offrono: giusto processo, parità delle armi, presunzione di innocenza devono guidarci anche nell'affrontare questo nuovo tipo di sfida.

³⁶ Si tratta del SAVRY, impiegato in almeno nove Stati dell'Unione, su cui cfr. G.M.VINCENT, J. CHAPMAN, N. E. COOK, *Risk-Needs Assessment in Juvenile Justice: Predictive Validity of the SAVRY, Racial Differences, and the Contribution of Needs Factors*, in *Crim. Just. & Behavior*, 2011, 47 s. V., più recentemente e più in generale, J. SKEEM, N. SCURICH, J. MOHANAN, *Impact of the Risk Assessment on Judges' Fairness in Sentencing Relatively Poor Defendants*, in *University of Virginia School of Law SSRN Papers series*, 15.1.2019.

³⁷ 509 U.S. 579 (1993).

Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico

Fernanda Faini*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW: LEGAL CHALLENGES IN PUBLIC LAW

ABSTRACT: The contribution aims to examine the main legal challenges related to the use of artificial intelligence in the public sphere. In this context, the problems are peculiar as a consequence of the public nature of the subject involved, of the complex governance and of the significant ethical and social implications. Artificial intelligence solutions in the public sphere must comply with the relevant legislation and may lead to critical issues in the definition of ownership and in the identification of the related responsibilities; compliance with the data protection rules necessary to protect the person can be particularly problematic. The analysis aims to show that the technological approach alone is not enough, but it must be guided by the ability to direct the technique by means of law and by a solid ethical approach, based on accountability, transparency and openness.

KEYWORDS: artificial intelligence; public sector; data; algorithms; data protection

SOMMARIO: 1. Intelligenza artificiale, dati e algoritmi – 2. Profili di *governance* – 3. Le sfide giuridiche in ambito pubblico – 4. *Data protection* e intelligenza artificiale – 5. Principi e strumenti da valorizzare – 5.1. Tecnica, etica e *accountability* – 5.2. Trasparenza algoritmica – 5.3. Apertura e riutilizzo – 6. Conclusioni e prospettive future.

1. Intelligenza artificiale, dati e algoritmi

Nell'era tecnologica, gli ordinamenti giuridici sono chiamati a regolare l'"esistenza digitale" dell'uomo, parte integrante della vita, e gli strumenti che la caratterizzano. Nella società attuale, attraversata da quella che viene definita come rivoluzione 4.0¹, un ruolo di estrema rilevanza ha assunto l'intelligenza artificiale, il cui impiego risulta potenzialmente particolarmente proficuo nel contesto pubblico, ambito preso in esame dal presente contributo.

* *Dottoressa di ricerca (PhD) in diritto e nuove tecnologie presso l'Università di Bologna, collabora nell'insegnamento di Informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Firenze ed è docente del corso "Diritto e nuove tecnologie" presso l'Università Telematica Internazionale Uninettuno. Responsabile dell'assistenza giuridica in materia di amministrazione digitale, innovazione tecnologica e informatica giuridica presso la Regione Toscana. Mail: fernandafaini@gmail.com. Contributo sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.*

¹ Si usa il termine "Industria 4.0" o "Fabbrica 4.0" per indicare la quarta rivoluzione industriale idonea a rendere la produzione interamente digitale, interconnessa ed automatizzata.

L'analisi delle sfide giuridiche poste dall'impiego dell'intelligenza artificiale in ambito pubblico necessita preventivamente dell'esame del fenomeno stesso, al fine di individuarne gli elementi caratterizzanti e poter valutare le problematiche poste al diritto.

L'Unione europea, in una comunicazione del 2018, individua con l'espressione intelligenza artificiale «sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi»; viene precisato che i software basati sull'intelligenza artificiale possono consistere «in software che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l'IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)»². Per sviluppare soluzioni di intelligenza artificiale, come evidenzia la stessa Unione europea, sono necessari ingenti volumi di dati; quei dati sono elaborati da algoritmi, al fine di raggiungere il risultato cui le soluzioni di intelligenza artificiale sono rivolte.

Di conseguenza, l'anima delle soluzioni di intelligenza artificiale è formata da enormi quantità di dati, in specifico *big data*, e da algoritmi, capaci di “animare” i dati a disposizione e di estrarne il valore³.

I *big data* consistono in enormi volumi di dati detenuti da grandi organizzazioni (poteri pubblici e multinazionali private), provenienti da diverse fonti e analizzati per mezzo di algoritmi, tecniche di *data mining*, *big data analytics*, *machine learning* e altre tecniche specifiche. Dalla definizione stessa emerge, accanto al volume, un'altra caratteristica fondamentale, ossia l'eterogeneità dei dati che compongono i *big data*.

Nella società contemporanea si tende a “datizzare” tutto ciò che ci circonda, convertendo i fenomeni in dati e inserendo sensori e rilevatori nella realtà al fine di produrre enormi quantità di dati analizzabili da potenti algoritmi: gli algoritmi costituiscono il “motore” capace generare valore grazie all'utilizzo e all'elaborazione di dati eterogenei⁴. Non a caso, la dimensione che caratterizza i *big data*, accanto alla varietà⁵ e al volume⁶, è proprio la velocità, che richiama la capacità degli algoritmi di analizzare i dati e che sottende la rilevanza della dinamicità⁷.

² Comunicazione della Commissione europea «L'intelligenza artificiale per l'Europa» COM (2018) 238 final del 25 aprile 2018. Sotto tale profilo rileva, altresì, la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante «raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica».

³ L. AGRO', *Internet of Humans*, Milano, 2017, 73: rispetto all'intelligenza umana «l'intelligenza di una macchina, per quanto evoluta, parte da presupposti diversi e si basa su grandi quantità di dati e molteplici algoritmi che concorrono per ottenere un risultato sulla base di questi dati, o per generare nuovi algoritmi pur di raggiungere il risultato richiesto».

⁴ Cfr. V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e che già minaccia la nostra libertà*, trad. it., Milano, 2013, 103 ss.

⁵ La varietà riguarda l'eterogeneità della tipologia e dei formati dei dati, provenienti da fonti diverse (strutturate e non).

⁶ Il volume si riferisce alla capacità di acquisire, memorizzare, accedere ed elaborare enormi quantità di dati.

⁷ In dottrina sono considerate quali caratteristiche dei *big data* anche due dimensioni ulteriori: il valore, ossia il valore dei *big data* come insieme, e la veracità o veridicità, ossia la qualità e l'accuratezza dell'analisi. Da questi profili deriva il paradigma delle 3, 4 o 5 “V” dei *big data* (a seconda degli aspetti presi in considerazione): volume, velocità, varietà, valore e veracità; cfr. F. DI PORTO, *La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, 5 ss.

Oggi è tecnicamente possibile analizzare tendenzialmente tutti i dati a disposizione: gli algoritmi portano a rinunciare alle ipotesi predeterminate e alla ricerca della causalità, affidandosi invece alle correlazioni e alle inferenze tra dati e poggiando sulla probabilità (e sulla correlata dose di “confusione”); in un percorso inverso rispetto al passato, si risale dai fenomeni alla valutazione delle probabili cause. In altri termini, gli algoritmi si basano sulle correlazioni che emergono dalle analisi sui dati e su metodologie deterministiche⁸ e, in tal modo, sono capaci di strutturare le informazioni e automatizzare i processi⁹: con espressione efficace «codificano il mondo, lo classificano e predicono il nostro futuro»¹⁰.

Il funzionamento degli algoritmi, su cui si basano le soluzioni di intelligenza artificiale, evidenzia sotto diversi profili il contrasto ontologico con il ragionamento giuridico alla base del diritto e con il modo di vedere la realtà da parte dei giuristi.

Gli algoritmi prediligono un metodo descrittivo che si differenzia dal carattere prescrittivo del diritto e si basano su fenomeni, numeri e calcoli, mentre il diritto è orientato ai valori della società di riferimento. L'algoritmo si nutre di dinamicità, mentre il diritto è “formale” e, in un certo senso, necessariamente “lento”. Più ampiamente gli algoritmi sono fondati su metodologie deterministiche, che si basano su fenomeni, su circostanze oggettive e su probabilità e che rischiano, così, di inficiare le scelte individuali e la libera volontà, su cui poggiano i nostri ordinamenti giuridici¹¹.

Proprio in ciò che gli algoritmi permettono di fare emergono il valore e la conseguente attenzione rivolta all'intelligenza artificiale, capace di raggiungere diverse e significative finalità.

Innanzitutto le analisi compiute sui dati da parte degli algoritmi di intelligenza artificiale permettono di estrarre conoscenza, che si traduce nell'interpretazione dei bisogni, nell'ottimizzazione dei processi amministrativi, nella profilazione degli utenti, nel supporto alle decisioni. Gli algoritmi si atteggiano a moderni oracoli, dal momento che la conoscenza che consentono può consistere anche in una vera e propria capacità predittiva: ferme restando le connessioni false o apparenti, elevate correlazioni indicano alte probabilità, che permettono di fare previsioni sul futuro¹². Di conseguenza, gli algoritmi consentono di effettuare predizioni sugli andamenti di mercato, di indicare preventivamente l'usura di infrastrutture, di migliorare diagnosi e cure, di prevenire disastri, di prendere decisioni politiche e, anche, di contribuire alla vittoria di elezioni¹³.

La conoscenza del presente e la capacità di predizione del futuro si configurano come profili di particolare interesse in ambito pubblico.

Le amministrazioni pubbliche, infatti, hanno nella propria disponibilità enormi volumi di dati e relative banche dati, strumentali all'esercizio dei propri compiti. Le soluzioni di intelligenza artificiale pos-

⁸ Cfr. A. MANTELERO, *Big data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, fasc. 1, 135-144; G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google e i rapporti regolatori USA/EU*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, fasc. 4-5, 657-680.

⁹ Cfr. M. OREFICE, *I big data. Regole e concorrenza*, in *Politica del diritto*, 2016, fasc. 4, 703.

¹⁰ D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, Milano, 2016, 5.

¹¹ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the “Big data revolution”*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, 49 ss.

¹² Cfr. V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *op. cit.*, 73 ss.

¹³ Cfr., *inter alia*, D. DE PASQUALE, *La linea sottile tra manipolazione della rete e pubblicità*, in *Il Diritto industriale*, 2012, fasc. 6, 552 ss.; A. MANTELERO, *op. cit.*, 138-139.

sono usare quei dati per svariate funzioni e scopi che caratterizzano l'*agere* pubblico, quali le funzioni di controllo, come la rilevazione di irregolarità amministrative, ad esempio quelle fiscali, e le funzioni di regolazione, per conoscere i fenomeni, monitorarli e valutare l'impatto di eventuali scelte.

Pertanto, le soluzioni di intelligenza artificiale in ambito pubblico possono incidere significativamente sull'attività conoscitiva delle amministrazioni, permettendo di "oggettivarla", di rafforzare la capacità istruttoria e, di conseguenza, verosimilmente quella decisoria¹⁴.

A tali funzioni, l'intelligenza artificiale affianca una finalità di particolare rilevanza nel contesto pubblico, ossia la possibilità di essere proficuamente impiegata nell'erogazione di servizi, garantendo maggiore efficacia ed efficienza, consentendo risparmi in termini finanziari e umani, sostituendo l'uomo in alcuni compiti e funzioni, e garantendo, altresì, maggiore tempestività all'azione pubblica. In modo esemplificativo le soluzioni di intelligenza artificiale utilizzate dalle amministrazioni pubbliche possono contribuire a rendere *smart* i territori, migliorando la qualità di vita della collettività di riferimento.

Le tecnologie di intelligenza artificiale sono, pertanto, idonee a raggiungere in modo più efficiente gli obiettivi che guidano l'azione amministrativa, delineati come caratterizzanti anche dalla normativa di riferimento in materia di amministrazione digitale.

Le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività sono, infatti, tenute a utilizzare le tecnologie informatiche e, quindi, anche l'intelligenza artificiale per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese¹⁵. L'art. 97 della Costituzione permette di leggere la digitalizzazione e l'impiego di soluzioni innovative da parte delle amministrazioni quale strumento per assicurare il buon andamento delle stesse, possibile solo nel perseguimento degli obiettivi tipici dell'azione pubblica.

2. Profili di *governance*

In considerazione del fatto che l'anima dell'intelligenza artificiale risiede nei dati, di conseguenza un profilo di significativo interesse attiene alla *governance* degli stessi: in ambito pubblico, infatti, diverse istituzioni si occupano di dati.

¹⁴ Cfr. M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 2017, 601-639. In merito F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4, 2017, 799 ss. riporta la formula enfatica secondo cui «le tecnologie trasformano i dati in informazioni, e in tal modo attuano il passaggio dall'informazione alla "conoscenza dei fenomeni" e degli "andamenti", fino alle cd. nuove forme di governo abilitate dai dati (*government by data*). Così gli algoritmi utilizzati per elaborare i dati individuano relazioni utili per supportare le decisioni, in quanto basate su modelli previsionali. [...] Si configura l'idea di un'amministrazione che prevede e anticipa, che adotta un *modus operandi* fondato non più sulla risposta a stimoli ma sull'anticipazione di bisogni e problemi, sulla pianificazione strategica, al fine di evitare perdite e gestire i rischi». L'Autore evidenzia l'impatto dei *big data* in ambito pubblico: seguire le predizioni esonererebbe da responsabilità l'amministrazione e, allo stesso modo, in caso di mancato adeguamento l'amministrazione andrebbe incontro a responsabilità.

¹⁵ Art. 12, comma 1, d.lgs. 82/2005.

L’Agenzia per l’Italia Digitale (di seguito anche AgID) ontologicamente ha un ruolo centrale, dal momento che le sono attribuite funzioni strategiche e tecniche al fine di “traghetare” e accompagnare le amministrazioni verso la digitalizzazione, assicurando la corretta attuazione delle norme. Ad AgID, preposta alla realizzazione degli obiettivi dell’Agenda digitale italiana e alla promozione dell’innovazione digitale nel Paese, sono attribuite funzioni di programmazione, coordinamento e monitoraggio, l’emanazione di linee guida recanti regole e standard, la vigilanza e il controllo sull’attuazione e sul rispetto delle norme, la realizzazione di progetti e lo svolgimento di compiti di natura tecnica¹⁶. Risultano particolarmente rilevanti sotto il profilo dei dati, le strategie e le linee guida in materia¹⁷.

In considerazione dei compiti attribuiti dalla normativa di riferimento, non a caso proprio AgID ha promosso con la Presidenza del Consiglio dei ministri una Task Force sull’intelligenza artificiale, formata da un coordinamento di 30 profili multidisciplinari e da una *community*, con il compito di analizzare le modalità di utilizzo dell’intelligenza artificiale nell’evoluzione dei servizi pubblici per migliorare il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini¹⁸. La Task Force, i cui lavori sono stati avviati nel settembre 2017, ha elaborato un Libro bianco sull’intelligenza artificiale al servizio del cittadino, pubblicato nel marzo 2018, dedicato ad esaminare gli ambiti di applicazione, le potenzialità e le opportunità dell’intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione; il Libro bianco si compone di sfide e di raccomandazioni rivolte al Governo e alle amministrazioni pubbliche¹⁹.

Nella *governance* relativa ai dati, agli algoritmi e all’intelligenza artificiale, accanto ad AgID rilevano anche due autorità amministrative.

Il Garante per la protezione dei dati personali, autorità di controllo italiana in materia di *data protection*, si occupa precipuamente di una tipologia di dati, i dati personali, ma, più ampiamente, ha altresì assunto significativo rilievo grazie a provvedimenti, linee guida, indicazioni nella gestione dei dati *tout court* parallelamente all’ampio raggio d’azione del regolamento europeo 2016/679, che si occupa non solo di *data protection*, ma anche di *data governance*.

E, ancora, ANAC ha un ruolo significativo in materia, perché quando si parla di trasparenza e accesso necessariamente si parla anche di dati. A tale proposito sono particolarmente significative le linee guida adottate da quest’ultima con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, recanti indicazioni operative tese alla definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico.

La tematica quindi è trasversale a differenti tipologie di dati (la varietà, del resto, è caratteristica ontologica dei *big data*) e, parallelamente, a diversi enti indipendenti che entrano in gioco nella *governance* dei dati stessi: non è da escludere l’opportunità di costituire un coordinamento tra i diversi soggetti per un governo efficace dei dati, degli algoritmi e dell’intelligenza artificiale, per fornire le regole di una corretta gestione e monitorarne l’osservanza.

¹⁶ Artt. 14, comma 2, e 14-bis, d.lgs. 82/2005.

¹⁷ Si pensi alle linee guida per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, prodotte da AgID.

¹⁸ Cfr. ia.italia.it.

¹⁹ Il Libro bianco è disponibile al link <https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf>; la prima versione è stata messa in consultazione tra febbraio e marzo 2018; cfr. <https://libro-bianco-ia.readthedocs.io/it/latest/>.

Di conseguenza la gestione di soluzioni di intelligenza artificiale in ambito pubblico pone in primo luogo la necessità di rispettare la normativa di riferimento e, altresì, a livello di *governance*, le indicazioni delle diverse autorità coinvolte.

3. Le sfide giuridiche in ambito pubblico

In considerazione delle esaminate caratteristiche di dati e algoritmi, l'utilizzo di soluzioni di intelligenza artificiale in ambito pubblico deve essere attentamente valutato e deve fare i conti con gli elementi di incertezza e con la natura inferenziale e probabilistica delle elaborazioni compiute dagli algoritmi stessi, profili ancora più problematici nel contesto pubblico che ontologicamente deve garantire certezza del diritto e validità giuridica dell'attività amministrativa espletata nello svolgimento delle funzioni, oltre ad assicurare la trasparenza delle fasi del procedimento e la qualità dei dati.

La logica attenta alla quantità e alle correlazioni, infatti, rischia di mettere in crisi la disciplina sulla qualità dei dati pubblici, necessaria per garantire certezza e assicurare affidabilità e fiducia²⁰. Le istituzioni devono valutare se le soluzioni di intelligenza artificiale conducano a una verità oggettiva e materiale, che rafforza la certezza dell'agire pubblico e rende ottimali le decisioni prese, o rischi di incrinarla in modo preoccupante²¹.

Sicuramente i soggetti pubblici, in quanto retti dal principio di legalità amministrativa, devono attenersi scrupolosamente alla normativa in materia, composta da un insieme di norme afferenti al procedimento amministrativo, all'amministrazione digitale e alla normativa sulla trasparenza, alle quali si sommano le disposizioni da osservare a tutela dei diritti, in particolare in materia di proprietà intellettuale e di protezione dei dati personali.

Sotto tale profilo, il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005) e gli altri atti di riferimento contengono norme in materia di dati pubblici che riguardano i principi di disponibilità, fruibilità e di messa a disposizione dei dati e si spingono fino alle strategie di apertura che si sostanziano nella disciplina degli *open data*. Tali norme devono trovare rispetto anche laddove l'amministrazione decida di servirsi di tecnologie di intelligenza artificiale nello svolgimento delle funzioni e nell'erogazione dei servizi. Al riguardo, più ampiamente, come sarà precisato più avanti, le tecnologie di intelligenza artificiale devono basarsi sul principio di trasparenza e apertura non solo dei dati, ma anche della logica degli algoritmi che li "animano" e del processo di funzionamento del servizio.

Un aspetto cui porre particolare attenzione emerge proprio riguardo ai soggetti della relazione: da una parte ci sono amministrazioni pubbliche, dall'altra parte gli utenti di servizi pubblici. Ciò implica il rispetto della normativa inerente i procedimenti amministrativi e l'amministrazione digitale:

²⁰ Cfr. M. FALCONE, *op. cit.*, 601 ss.

²¹ Cfr. M. FALCONE, *op. cit.*, 601 ss., che evidenzia come le amministrazioni abbiano ancora difficoltà a raccogliere e conservare i dati e utilizzarli in modo organizzato. Come rileva l'Autore, peraltro, il principio di verità materiale incontra limiti in alcuni principi del procedimento amministrativo, come il principio di economicità e non aggravamento e negli istituti di semplificazione o di certificazione. Al riguardo F. COSTANTINO, *op. cit.*, 799 ss. riporta i possibili vizi di un'attività "informatizzata", quali eccesso di potere per illogicità o irrazionalità manifesta (se la soluzione automatizzata non è ragionevole), illegittimità del provvedimento per malfunzionamento della macchina o difetto del software (illegittimità derivata), illegittimità per presupposti erronei (in caso di immissione errata di dati), illegittimità per vizi attinenti alla motivazione (che può essere difficile da fornire se la decisione deriva dall'elaborazione di *big data*).

l'implementazione di applicazioni di intelligenza artificiale deve rispettare, di conseguenza, da una parte, i diritti (anche digitali) dei cittadini e, dall'altra, gli obblighi propri delle amministrazioni e, pur con i necessari adattamenti, le garanzie procedurali. Questo comporta che debba essere assicurato e regolato l'accesso ai dati, in considerazione della relativa normativa nazionale e tenendo conto delle peculiarità delle soluzioni concrete²². Sotto tali profili, come evidenziato dal Libro Bianco promosso da AgID, emerge l'esigenza di trovare metodi uniformi e compatibili con l'attuale ordinamento per consentire all'amministrazione pubblica di motivare i suoi provvedimenti anche nella parte elaborata dai sistemi di intelligenza artificiale.

Una gestione corretta dei dati, anima delle soluzioni di intelligenza artificiale, pertanto, deve rispettare i diversi diritti in gioco e, per farlo, deve osservare le prescrizioni normative di riferimento in materia di procedimento amministrativo, amministrazione digitale, trasparenza, proprietà intellettuale e protezione dei dati personali. A tali fini, il sistema deve essere necessariamente trasparente per l'utente, da garantire nel proprio diritto all'autodeterminazione informativa e da valorizzare nel proprio ruolo.

In tutto il processo, infatti, deve essere protagonista l'utente, il cui soddisfacimento è l'obiettivo da non perdere di vista quando si agisce in ambito pubblico. La qualità dei servizi online, che devono essere semplici e integrati, e la correlata misura della soddisfazione rientrano esplicitamente, del resto, tra i diritti che il Codice dell'amministrazione digitale riconosce e tutela (art. 7, d.lgs. 82/2005); di conseguenza anche i servizi basati su tecnologie di intelligenza artificiale devono essere integrati con un *feedback* costante da parte di chi ne fruisce.

Al fine di garantire il corretto rispetto delle norme di riferimento, di conseguenza è necessario assicurare l'*accountability* e la correlata definizione delle diverse responsabilità, anche per mantenere fiducia da parte della collettività nell'azione pubblica. A tali fini è essenziale la presenza di *policy* specifiche di accompagnamento da parte delle amministrazioni, cui le stesse devono attenersi, trasparenti per l'utente e per mezzo delle quali venga regolata e garantita non solo la qualità e la corretta gestione, ma anche l'aspetto di sicurezza a livello tecnologico, umano e organizzativo, con una definizione chiara delle responsabilità.

La regolazione presuppone delle valutazioni di ordine politico, strategico e giuridico. Bisogna partire dal presupposto, infatti, che raccogliere e gestire numerosi dati conferisce, necessariamente, un correlato enorme potere, ancora più evidente laddove si tratti di un soggetto pubblico. Proprio qui emerge un aspetto cruciale.

Il possesso dei dati relativi alle soluzioni di intelligenza artificiale, se non viene attentamente presidiato, può provocare una conseguente asimmetria di potere informativo e una forbice tra istituzioni e soggetti, cittadini o imprese, che può generare una conseguente perdita di fiducia. A tale profilo si somma un ulteriore e potenziale rischio collegato al controllo sociale: i soggetti pubblici potrebbero decidere di servirsi dei dati prodotti e gestiti dalle soluzioni di intelligenza artificiale per finalità ulteriori rispetto ai servizi per i quali sono impiegati; ciò permetterebbe fenomeni di monitoraggio della collettività, soprattutto laddove l'operazione avvenga in modo non trasparente per gli utenti. Tutto questo, naturalmente, rischierebbe di entrare in frizione con la normativa e di allontanare governanti

²² Rilevano sotto tali profili le disposizioni contenute nella legge 241/1990, nel d.lgs. 82/2005 e nel d.lgs. 33/2013.

e governati in direzione opposta all'*open government* che anima le riforme più recenti e le strategie nazionali in materia di digitalizzazione²³.

Di conseguenza, emerge la necessità di bilanciare il valore e le opportunità offerte con le questioni etiche e sociali che si profilano.

Le soluzioni di intelligenza artificiale e la mole di dati gestiti per garantirne l'efficace funzionamento, infatti, producono una conseguente contrapposizione significativa tra i "signori dei dati"²⁴ e tutti gli altri. Gli Stati conoscono ingenti quantità di dati necessari per svolgere le funzioni pubbliche e, a loro volta, i colossi tecnologici come Google, Amazon, Facebook conoscono le nostre attività digitali, le nostre relazioni sociali, i nostri sentimenti.

Al fine di rendere maggiormente efficienti le soluzioni di intelligenza artificiale impiegate, i soggetti pubblici potrebbero decidere di avvalersi tramite rapporti negoziali, anche in connessione con i propri dati, delle grandi banche dati dei privati, che detengono informazioni acquisite su base contrattuale. In tal modo possono realizzarsi forme di sorveglianza e di controllo, influenzando la collettività e mettendo in pericolo le libertà.

Peraltro, in ambito pubblico, i dati sono forniti da soggetti interessati alla fruizione del servizio, per lo più inconsapevoli e, in ogni caso, imprigionati in una relazione sicuramente non simmetrica²⁵.

Il rischio è già diventato reale in materia di dati e potrebbe aggravarsi con un impiego esteso di soluzioni di intelligenza artificiale. Al riguardo merita ricordare il *Datagate*, che ha fatto emergere, grazie alle dichiarazioni di Edward Snowden, i rapporti tra le agenzie di *intelligence* statunitensi e i colossi tecnologici, che hanno dato vita a una sorveglianza di massa sui dati personali di cittadini di tutto il mondo²⁶ o il caso *Facebook - Cambridge Analytica*, che a seguito delle rivelazioni di Christopher Wylie, ha fatto emergere uno spregiudicato utilizzo di svariati dati personali per influenzare il voto e le elezioni negli Stati Uniti²⁷.

Nell'utilizzo di tali soluzioni si affaccia il rischio concreto che aziende e governi possano impiegare in vario modo la conoscenza del presente e le previsioni del futuro, anche per finalità diverse da quelle originarie con potenziali effetti discriminatori (es. ambito assicurativo, contesto lavorativo, prevenzione della criminalità).

Accanto a queste problematiche giuridiche collegate all'ambito pubblico e alle relative implicazioni etico-sociali degne di grande attenzione, sotto la lente giuridica sono svariati gli ulteriori profili critici.

²³ L'*open government* è il modello secondo cui le amministrazioni devono essere capaci di essere trasparenti a tutti i livelli e di rendere le proprie attività aperte e disponibili per favorire azioni maggiormente efficaci, rispondere alle istanze della società e garantire il controllo pubblico del proprio operato mediante le nuove tecnologie.

²⁴ A. MANTELERO, *op. cit.*, 135.

²⁵ M.F. DE TULLIO, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del diritto*, 2016, fasc. 4, 671 ss.

²⁶ Al riguardo cfr. G. GREENWALD, *Sotto controllo. Edward Snowden e la sorveglianza di massa*, trad. it., Milano, 2014.

²⁷ I dati personali sono stati forniti dagli utenti durante l'utilizzo di una *app* cui era possibile accedere tramite Facebook, che raccoglieva i dati dal *social* a fini di ricerca. L'azienda Cambridge Analytica ne è venuta in possesso per mezzo di accordi con il titolare e pare aver utilizzato i dati acquisiti con la finalità di influenzare e manipolare il voto nella campagna Brexit e nelle elezioni presidenziali che hanno portato alla vittoria di Trump, grazie alla conoscenza che i dati stessi consentivano dei soggetti inconsapevolmente coinvolti.

Un aspetto problematico si collega strettamente alle caratteristiche tecniche di funzionamento dell'intelligenza artificiale: l'analisi dei dati consiste in un processo di approssimazione, che genera il rischio di trarre conclusioni imprecise e discriminatorie. Affinché la quantità dei dati si traduca in conoscenza e sia funzionale allo scopo per cui la soluzione di intelligenza artificiale è predisposta, è necessario avvalersi di dati di qualità, tempestivi ed accurati, evitando errori, *bias* ed utilizzi impropri o manipolatori²⁸.

In merito alla possibilità di errori e *bias* involontari, si pensi al caso di Amazon: il colosso tecnologico ha scoperto che il sistema di intelligenza artificiale adottato per selezionare le candidature non si comportava in modo neutrale, ma escludeva le candidature delle donne; il sistema, infatti, aveva "imparato" dalle candidature passate, in larga parte di uomini, a "preferire" gli uomini alle donne²⁹. I rischi in ambito pubblico sono intuitivamente peggiori e, per tale motivo, anche sotto tale profilo l'assenza di una regolamentazione esplicita dei fenomeni da parte della normativa implica la necessità della definizione degli obiettivi e dell'emanazione di *policy* di accompagnamento.

Un altro profilo di criticità dal punto di vista giuridico afferisce alla "proprietà" dei dati gestiti, soprattutto se si sceglie di avvalersi anche di soggetti esterni nell'implementazione e gestione di tali servizi. Anche da questo punto di vista interviene la normativa, in specifico quella sul diritto d'autore e sui diritti connessi, che protegge non solo le informazioni strutturate, ma anche le raccolte di dati, in genere ascritte, a seconda dei casi, a banche dati creative o non creative, facendo scattare parallelamente la tutela del diritto d'autore o del diritto *sui generis*: la filiera dei soggetti che intervengono in queste soluzioni è fondamentale per l'attribuzione dei correlati diritti e delle prerogative che li accompagnano.

In concreto, le raccolte di dati sui quali si basano queste soluzioni possono essere ricondotte a banche dati "non creative", attivando così la tutela del diritto *sui generis*, meno intensa del diritto d'autore e tale da far sopravvivere il diritto d'autore sulle informazioni strutturate e i *dataset* che compongono la banca dati stessa³⁰. Talvolta, ritenendo che il valore economico non sia nei dati, ma nelle elaborazioni, nei calcoli e negli algoritmi, la tutela giuridica può essere spostata dalla proprietà dei dati al software, parimenti protetto dalla normativa sulla proprietà intellettuale, o al contratto di fornitura di servizi. Sotto tale profilo viene in gioco anche l'autonomia contrattuale cui si può ricorrere per tutelare più efficacemente tali soluzioni, per regolarne la cessione o la concessione di diritti, individuando i profili di responsabilità reciproca³¹.

La questione è particolarmente complessa nel caso dell'intelligenza artificiale, dal momento che non sempre si tratta di un singolo bene immateriale, ma di un processo che spesso vede titolarità diverse (il titolare dello strumento può essere diverso dal titolare del servizio) e pone connessi problemi di

²⁸ A. MANTELERO, *op. cit.*, 135 ss.; G. COLANGELO, *Big data, piattaforme e antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 3, 2016, 428 ss. Al riguardo C. ACCOTO, *Il mondo dato. Cinque brevi riflessioni di filosofia digitale*, Milano, 2017, 67 ss. sottolinea che *bias* algoritmici, capaci di dar luogo a discriminazioni, possono dipendere dalle banche dati utilizzate o dagli attributi scelti per le correlazioni, senza che ci sia uno scopo discriminatorio nelle intenzioni degli utilizzatori.

²⁹ Il team ha lavorato a tale progetto tra il 2014 e il 2017; il progetto è stato chiuso da Amazon nel 2017. Cfr. www.corrierecomunicazioni.it/over-the-top/allintelligenza-artificiale-di-amazon-non-piacciono-le-donne-scartati-i-cv-femminili (consultato il 10 gennaio 2018).

³⁰ M. FALCONE, *op. cit.*, 601-639.

³¹ V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *op. cit.*, 30 ss.

responsabilità. Sotto tale profilo le questioni di responsabilità giuridica diventano particolarmente ostiche, dal momento che, a seconda del caso concreto, può cambiare la partecipazione umana all'azione e alla decisione che conduce a eventuali danni ed è complessa la conseguente imputazione delle responsabilità. Si pongono, inoltre, inediti interrogativi relativi all'eventuale attribuzione di soggettività e relativa personalità giuridica alle applicazioni di intelligenza artificiale, che comporterebbe il potenziale riconoscimento di una serie di diritti e doveri, l'attribuzione di responsabilità e le connesse problematiche; si pensi in materia di diritto d'autore e brevetti alla qualificazione giuridica e alla disciplina delle creazioni autonome e delle invenzioni da parte di tali applicazioni³².

Infine, profili particolarmente problematici sotto il profilo giuridico si individuano nella relazione con la normativa in materia di protezione dei dati personali, cui è dedicato il successivo paragrafo. Al riguardo, peraltro, è opportuno precisare che anche in presenza di dati non personali il problema non è completamente superato: la *data mining* e le analisi tecniche sono capaci di produrre fenomeni di re-identificazione e de-anonimizzazione, che consentono di rivelare l'identità di una persona o di piccoli gruppi e i comportamenti collegati, proponendo nuovamente le esigenze di tutela della normativa in materia di *data protection*³³.

4. Data protection e intelligenza artificiale

Il regolamento (UE) 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, è teso a rendere omogenea la tutela della persona nei diversi Stati e a rafforzarne l'effettività insieme alla correlata fiducia da parte della collettività.

L'approccio e gli strumenti che caratterizzano il regolamento (UE) 2016/679, pertanto, sono tesi ad una protezione effettiva ed efficace dell'individuo. Ma le caratteristiche che connotano l'intelligenza artificiale e i suoi elementi fondanti (dati e algoritmi) mostrano criticità ontologiche nel rispetto della disciplina in materia di *data protection*: in particolare, rischiano di scontrarsi apertamente con alcuni principi fondamentali della normativa, tesi a garantire il rispetto della persona e della sua libertà di autodeterminazione.

Come esaminato, l'intelligenza artificiale si basa su elaborazioni e inferenze capaci di condurre a risultati diversi e talvolta anche inaspettati, attraverso processi di natura deterministica distanti dal tipico ragionamento umano: soprattutto laddove impiegata per aumentare la conoscenza del presente e del futuro e supportare le decisioni, per dare risultati di particolare interesse l'intelligenza artificiale deve avere a disposizione un enorme mole di dati e basarsi su efficienti algoritmi che operano in modo distante dai processi basati su ipotesi determinate e nesso causale³⁴. Di conseguenza può risultare complesso il rispetto del principio di limitazione della finalità, che prevede la raccolta dei dati personali per finalità determinate, esplicite e legittime e il successivo trattamento in modo che non sia in-

³²Cfr. C. TREVISI, *La regolamentazione in materia di Intelligenza artificiale, robot, automazione: a che punto siamo*, in *Rivista di diritto dei media*, fasc. 2, 2018, pp. 447-458.

³³V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *op. cit.*, 33 ss.; V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *op. cit.*, 73 ss.

³⁴Cfr. A. MANTELERO, *op. cit.*, 135-144; V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *op. cit.*, 42; G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *op. cit.*, 657-680.

compatibile con tali finalità³⁵. Il volume dei dati, la varietà delle fonti e il modo di operare degli algoritmi rendono, inoltre, difficile il rispetto del criterio di minimizzazione dei dati e dei relativi principi di adeguatezza, pertinenza e limitazione dei dati personali a quanto necessario rispetto alle finalità del trattamento³⁶ e, allo stesso modo, rischiano di inficiare la qualità, l'esattezza e l'accuratezza dei dati³⁷.

I principi di limitazione della finalità, di esattezza e di minimizzazione dei dati rischiano quindi di essere depotenziati in un contesto dominato dagli algoritmi, a causa delle criticità esaminate.

Accanto al difficile rispetto di alcuni principi cardine del regolamento, nelle caratteristiche stesse di funzionamento dell'intelligenza artificiale emergono criticità profonde che rischiano di minare i fondamenti stessi della disciplina europea.

La rilevanza attribuita dalla normativa alle tecniche di anonimizzazione, che permettono di non applicare la disciplina, può risultare problematica, dal momento che il rischio si annida nelle inferenze che possono essere tratte su gruppi o individui da dati anonimi, grazie anche alla disponibilità di dati ausiliari riferibili alla persona: semplificando, ogni dato può finire per essere identificativo e quindi personale, esigendo come tale l'applicazione della relativa disciplina³⁸.

Del resto anche il concetto di "dato personale" può risultare insufficiente, dal momento che, oltre ai dati anonimi, che non è detto restino tali, ci possono essere dati afferenti a gruppi o comunità, che appartengono cioè a più persone, oltre ai metadati, estremamente significativi³⁹.

Il mondo degli algoritmi fa vacillare anche il paradigma basato sull'informativa e consenso; in specifico, è dubbio che in tale contesto le informazioni rese siano capaci davvero di informare in modo completo ed efficace e che il consenso possa considerarsi libero⁴⁰. A tale proposito merita precisare che i soggetti pubblici non devono, di regola, chiedere il consenso per il trattamento dei dati personali, dal momento che in tal caso la liceità del trattamento deriva dall'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui all'art. 6, paragrafo 1, lett. e), reg. (UE) 2016/679 e, inoltre, in tale fattispecie esiste un evidente squilibrio tra le parti che inevitabilmente rischia di inficiare la necessaria libertà di espressione del consenso⁴¹.

Ai fini di questa analisi rileva particolarmente la disposizione dedicata al «processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione», di cui all'art. 22 del regolamento (UE) 2016/679: «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»; la profilazione viene peraltro esplicitamente definita nell'art. 4, paragrafo 1, n. 4) del regolamento europeo. Il paragrafo 2 della disposizione riduce la portata della norma, che non si applica al verificarsi di alcune condizioni,

³⁵ Art. 5, paragrafo 1, lett. b), reg. (UE) 2016/679.

³⁶ Art. 5, paragrafo 1, lett. c), reg. (UE) 2016/679.

³⁷ Art. 5, paragrafo 1, lett. d), reg. (UE) 2016/679.

³⁸ Cfr. G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, 34 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *op. cit.*, 33 ss.

³⁹ Cfr. C. FOCARELLI, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015, 28 ss.

⁴⁰ Artt. 7, 12-14, reg. (UE) 2016/679. Cfr. F.H. CATE, V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Notice and consent in a world of Big Data*, in *International Data Privacy Law*, 2013, vol. 3, n. 2, 67-73.

⁴¹ Al riguardo cfr. considerando 43 del reg. (UE) 2016/679.

in particolare «nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato».

Nel caso del consenso esplicito e in quello di necessità per la conclusione o l'esecuzione del contratto, il titolare del trattamento è comunque tenuto ad attuare «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione» (art. 22, paragrafo 3, regolamento europeo 2016/679).

5. Principi e strumenti da valorizzare

A ben vedere, le criticità esaminate trovano condiviso fondamento nell'opacità e nella chiusura dei processi di gestione dei dati e degli algoritmi, nel significativo squilibrio tra le parti e nella conseguente inevitabile incapacità per il singolo di potersi tutelare.

In tale contesto è fondamentale il ruolo giocato dall'uomo e dal diritto per riuscire a governare l'intelligenza artificiale, proteggendo la dignità, lo sviluppo della persona e le sue libertà.

Pertanto, per affrontare le soluzioni di intelligenza artificiale in modo efficace in ambito pubblico, è opportuno valorizzare e dare applicazione ad alcuni principi che si pongono quale possibile rimedio a tali problematiche e che possono essere sintetizzati nei seguenti (oggetto di esame dei prossimi paragrafi): tecnica, etica, *accountability*, trasparenza e apertura.

5.1. Tecnica, etica e *accountability*

Seppur, come già esaminato, non manchino criticità nella normativa europea, alle soluzioni di intelligenza artificiale si attagliano alcuni principi innovativi della disciplina recata dal regolamento europeo 2016/679, che mirano a un approccio proattivo e a una ponderazione preventiva dell'impatto e dei rischi sulla *data protection*⁴².

In particolare si tratta degli strumenti della *privacy by design* e *by default*, cui si affianca il *Data Protection Impact Assessment*, nei quali il diritto si avvale della tecnologia per assicurare il suo rispetto e garantire la tutela della dignità e dello sviluppo della persona: la tecnologia si pone quale "antidoto" preventivo a possibili violazioni delle norme, tutelando la persona fin dalla progettazione, per impostazione preventiva e per mezzo della valutazione d'impatto⁴³.

Il principio *privacy by design*, di cui all'art. 25, paragrafo 1 del regolamento (UE) 2016/679, prevede che, tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso, il titolare debba mettere in

⁴² Cfr. G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2017, fasc. 1, 1-18.

⁴³ Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, 63; A. MANTELERO, *op. cit.*, 159 ss.

atto «*misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione*» (di cui all'art. 4, comma 1, n. 5), «*volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del regolamento e tutelare i diritti degli interessati*».

A tale criterio si lega il principio *privacy by default*, posto nel secondo paragrafo dell'art. 25 del regolamento (UE) 2016/679: il titolare deve mettere in atto «*misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento*». L'individuo è tutelato in modo rafforzato dal momento che la disposizione impedisce l'accesso a un numero indefinito di persone fisiche da parte di macchine (senza l'intervento della persona fisica) e prevede che l'obbligo sia calibrato su aspetti quali la quantità di dati, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità.

Interessante, altresì, l'art. 35 del reg. (UE) 2016/679, relativo al c.d. *Data Protection Impact Assessment*: quando un tipo di trattamento, allorché preveda in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare effettua, prima di procedere al trattamento, «una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali». Tale valutazione deve contenere almeno i requisiti prescritti dalla norma ed è prevista nelle ipotesi poste dalla normativa, quali trattamenti automatizzati, come le operazioni di profilazione degli utenti, che permettono una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche e fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche; trattamenti su larga scala di particolari categorie di dati o di dati relativi a condanne penali e a reati; sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico.

Sotto il profilo della gestione dei *big data* risultano interessanti anche altre novità del regolamento (UE) 2016/679, come la consultazione preventiva (art. 36)⁴⁴, la *data breach notification* (artt. 33-34)⁴⁵ e il *Data Protection Officer* (DPO) o Responsabile della protezione dei dati (RPD) (artt. 37-39); la nomina di questa figura è prevista con la funzione di garantire una corretta gestione dei dati in una serie di casi, tra i quali proprio l'ambito pubblico.

In linea con l'approccio proattivo e preventivo di tutela si pone la logica di *accountability* e responsabilizzazione dei soggetti che trattano i dati personali⁴⁶ e la contitolarità, accompagnata dalla definizione delle rispettive responsabilità⁴⁷, disposizioni coadiuvate sia dall'attenzione alla sicurezza⁴⁸, sia dall'effettività e dall'efficacia del sistema sanzionatorio correlato⁴⁹. Nell'applicazione della disciplina e nella promozione della consapevolezza al riguardo, un ruolo strategico è svolto in concreto dalle au-

⁴⁴ Il titolare, prima di procedere al trattamento, consulta l'autorità di controllo qualora la valutazione d'impatto indichi che il trattamento presenterebbe un rischio elevato in assenza di misure adottate per attenuare il rischio.

⁴⁵ Le norme impongono al titolare l'obbligo di notificare eventuali violazioni dei dati personali all'autorità nazionale nei tempi e nelle modalità previste. Quando la violazione è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare comunica la violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo.

⁴⁶ Art. 24, reg. (UE) 2016/679.

⁴⁷ Art. 26, reg. (UE) 2016/679.

⁴⁸ Art. 32, reg. (UE) 2016/679.

⁴⁹ Artt. 82-84, reg. (UE) 2016/679.

torità di controllo indipendenti (nel caso italiano il Garante per la protezione dei dati personali)⁵⁰. Nelle attività e nei poteri conferiti, come già rilevato, infatti, l'autorità di controllo assume una strategica e incisiva funzione che dalla *data protection* più ampiamente si estende a una vera e propria *data governance*.

5.2. Trasparenza algoritmica

In ambito pubblico tra i valori che guidano l'azione amministrativa si pone indubbiamente il principio di trasparenza, che ha vissuto un'espansione negli ultimi anni grazie alla riforma del d.lgs. 33/2013 da parte del d.lgs. 97/2016, che ha dato forma e sostanza alla libertà di informazione nei confronti delle istituzioni. Il principio di trasparenza, insieme a partecipazione e collaborazione, è uno dei pilastri fondanti di un'amministrazione pubblica digitale e aperta, come emerge dalla normativa di riferimento.

Alla luce di tali principi che informano l'azione pubblica e per contrastare l'opacità che rischia di caratterizzare le soluzioni di intelligenza artificiale, le amministrazioni pubbliche che decidano di avvalersi di tali soluzioni devono affidarsi a una trasparenza sostanziale nei confronti degli interessati e, parallelamente, consentire la conoscenza da parte dell'interessato della logica degli algoritmi, accompagnata dalla consapevolezza in merito alle conseguenze e all'impatto sulla persona.

Ciò è necessario anche ai fini di una consapevole autodeterminazione degli individui, dando vita a una sorta di "dovere di lealtà" nei confronti degli utenti, capace di superare l'opacità di potenziali *black box* e diminuire la congenita "asimmetria algoritmica" che le caratterizza⁵¹.

Sotto tale profilo risulta significativo quanto previsto dagli art. 13, paragrafo 2, lett. f) e art. 14, paragrafo 2, lett. g) del regolamento (UE) 2016/679. Il titolare del trattamento è tenuto, infatti, a fornire all'interessato, tra le informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente, «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione [...] e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».

Le soluzioni di intelligenza artificiale si avvalgono di processi decisionali automatizzati; in tale contesto, pertanto, la norma si traduce nella necessità di fornire informazioni sulla logica utilizzata dagli algoritmi, ma anche sull'impatto e sulle conseguenze per l'interessato. In tal modo è possibile riequilibrare l'asimmetria tra le parti, imponendo maggiore trasparenza in merito alla logica utilizzata dagli algoritmi stessi, al fine di garantire la consapevole autodeterminazione e la correlata libertà degli individui, valori protetti dalla disciplina e, più ampiamente, dagli ordinamenti democratici.

⁵⁰ Artt. 51-59, reg. (UE) 2016/679.

⁵¹ C. ACCOTO, *op. cit.*, 66 ss.: «Codice e algoritmo sono accomunati da una peculiarità. Come per il software anche per gli algoritmi torna rilevante la questione dell'invisibilità (si parla esplicitamente di *black box society*). Invisibilità che impedirebbe la comprensione della loro natura e, in caso di discriminazione o manipolazione, una loro eventuale rimozione o mitigazione». Secondo l'Autore «si va verso la presa di consapevolezza della necessità di un'accountability e di un auditing degli algoritmi (cioè di una conoscenza responsabile, condivisa e più trasparente)» (p. 67). L. BOLOGNINI, *Follia artificiale. Riflessioni per la resistenza dell'intelligenza umana*, Soveria Mannelli, 2018, 47 sottolinea l'importanza di avere «regole chiare che impongano trasparenza e contestabilità degli algoritmi utilizzati in ambito pubblico per trattare dati personali e/o per prendere decisioni con impatti significativi sulle persone». D. CARDON, *op. cit.*, 68 ss. parla di «nuova rivendicazione di un *dovere di lealtà* delle piattaforme nei confronti dei loro utenti» (p. 69).

In merito, anche la risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle «implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto» evidenzia l'importanza della responsabilità e della trasparenza a livello degli algoritmi, che «dovrebbero riflettere l'applicazione di misure tecniche e operative che assicurino la trasparenza, la non discriminazione del processo decisionale automatizzato e il calcolo delle probabilità del singolo comportamento»⁵².

Pertanto, al fine di tutelare i diritti e le libertà della persona, i soggetti pubblici devono coniugare la *data governance* con il governo degli algoritmi, capaci di dare vita e rendere dinamici i dati stessi, estraendone conoscenza e valore, per rispondere alle legittime istanze di conoscenza e di protezione dei diritti da parte degli utenti, garantendo la consapevole autodeterminazione e il controllo, assicurando un'autentica libertà degli individui⁵³. Si tratta, di conseguenza, di garantire una «trasparenza algoritmica», che impone al titolare il dovere di governare l'algoritmo e le strutture logiche del suo funzionamento per far fronte alle richieste avanzate dagli utenti in forza del diritto di conoscere l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata e di conoscere, altresì, l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato, come previsto dagli esaminati artt. 13 e 14 del regolamento (UE) 2016/679.

5.3. Apertura e riutilizzo

Con il concetto di "trasparenza algoritmica" si sposano l'istanza di apertura e il rilascio dei dati in *open data*, esigenze che emergono in modo evidente nella normativa relativa ai dati pubblici⁵⁴. Sono *open data* i dati resi disponibili con le caratteristiche tecniche e legali necessarie per essere liberamente utilizzati, riutilizzati e ridistribuiti da chiunque, in qualsiasi momento e ovunque⁵⁵.

L'apertura dei dati, dei quali l'intelligenza artificiale si nutre per svolgere le funzioni e i compiti cui è destinata, potrebbe contribuire a sanare, insieme alla trasparenza, le asimmetrie informative e i correlati rischi etico-sociali, mettendo a disposizione della collettività i dati; inevitabilmente tale operazione provocherebbe una perdita di potere per i titolari degli stessi⁵⁶.

⁵² Nella risoluzione si pone «enfasi sulla necessità di una responsabilità e una trasparenza ancora maggiori a livello di algoritmo per quanto concerne il trattamento e l'analisi dei dati da parte del settore pubblico, di quello privato e di qualsiasi altro attore che ricorre all'analisi dei dati, quale strumento essenziale per garantire che l'interessato sia debitamente informato del trattamento dei propri dati personali». Al riguardo F. COSTANTINO, *op. cit.*, 799 ss. evidenzia che i modelli utilizzati attualmente sono opachi, non regolati e incontestabili e, peraltro, possono essere errati, dando luogo a gravi lesioni dei diritti nella direzione della cosiddetta dittatura delle probabilità: le decisioni, infatti, sono adottate in base ad un numero talmente elevato di dati «da rendere praticamente impossibile la ricostruzione a posteriori dell'iter logico, e quindi della motivazione, con ovvi riflessi sul diritto di difesa di chi si ritenesse pregiudicato»; in merito l'Autore riporta gli esempi di risultati poco convincenti nell'uso dei *big data* in ambito di *screening* dell'occupazione, recidivismo criminale, polizia predittiva.

⁵³ S. LEUCCI, *Diritto all'oblio, verità, design tecnologico: una prospettiva di ricerca*, in *Rivista di diritto dei media*, fasc. 1, 2017, 123 ss.

⁵⁴ In particolare artt. 1 e 50 ss., d.lgs. 82/2005.

⁵⁵ In tal senso l'*International Open Data Charter*; cfr. <https://opendatacharter.net>.

⁵⁶ Cfr. A. MANTELERO, *op. cit.*, 140 ss.

Il significativo squilibrio tra le parti in gioco si traduce, infatti, anche nel rischio di “solitudine” del singolo, incapace di potersi tutelare in modo efficace. I “beni” che caratterizzano la società contemporanea sono dati, informazioni e conoscenza, beni collettivi e a titolarità diffusa, che permettono di realizzare interessi generali come trasparenza, partecipazione, democrazia, sviluppo economico, culturale e sociale: in conformità alla loro natura ontologica necessitano di una capacità di disposizione da parte della comunità; di conseguenza, i dati possono essere considerati beni collettivi, che per mezzo dell’apertura possono tornare al legittimo titolare costituito dalla collettività stessa. Apprendoli, i *big data* vengono restituiti e destinati a beneficio dell’intera comunità, al fine di godere dei diritti ed esercitare la sovranità popolare: a tali scopi la regola dovrebbe consistere nell’apertura accompagnata da eccezioni finalizzate sempre al perseguimento di interessi generali, come la tutela di diritti inviolabili o la sicurezza⁵⁷.

L’apertura dei dati è capace di realizzare una sanatoria al momento della diffusione, capace di riequilibrare le asimmetrie e garantire libertà e diritti della persona, in linea con la natura non escludibile e non rivale del bene costituito dai dati.

Peraltro l’apertura è in linea con le politiche, le strategie e le normative in materia orientate agli *open data*, trovando fondamento negli artt. 3, 97 e 118 della Costituzione⁵⁸.

6. Conclusioni e prospettive future

Le soluzioni ipotizzate che fanno leva su tecnica, etica e *accountability* e favoriscono trasparenza e apertura tracciano alcune direttrici sulle quali basare la *governance* etica e giuridica in materia di intelligenza artificiale.

Sotto tale aspetto, i recenti atti che a livello europeo e nazionale si sono occupati di intelligenza artificiale valorizzano questi profili.

In particolare la Comunicazione della Commissione europea «*L’intelligenza artificiale per l’Europa*» del 25 aprile 2018 evidenzia l’esigenza di rendere disponibili per il riutilizzo volumi maggiori di dati, «materia prima dell’IA», nei quali in particolare sono fatti rientrare i dati del settore pubblico; l’apprendimento automatico opera grazie ai dati disponibili e, di conseguenza, maggiori dati rendono maggiormente accurate le relazioni tra gli stessi su cui le soluzioni di intelligenza artificiale si basano. Con l’apertura si sposa l’esigenza, messa in evidenza dall’Unione europea, di trasparenza sulla logica degli algoritmi, necessaria a garantire efficace protezione alla persona e ad assicurare fiducia nella tecnologia; l’Unione europea reputa di particolare importanza la spiegabilità dei sistemi di intelligenza artificiale, idonea a far comprendere agli uomini le azioni e la logica sottostante, aumentando così la trasparenza e minimizzando il rischio di condizionamenti e errori. I principi di trasparenza e apertura sono idonei a ridurre i rischi in tema di sicurezza, discriminazioni e responsabilità.

⁵⁷ M.F. DE TULLIO, *op. cit.*, 678 ss.

⁵⁸ Secondo F. COSTANTINO, *op. cit.*, 799 ss. «la maggior parte dei dati di cui dispongono i pubblici poteri può essere ritenuta in ultima analisi di titolarità della comunità e non dell’amministrazione come apparato. [...] L’uso di *open data* accresce l’efficacia e l’efficienza dell’attività autoritativa dell’amministrazione e della prestazione dei servizi, promuove il principio di trasparenza, e la partecipazione che essa consente costituisce uno strumento di legittimazione delle istituzioni».

A tali esigenze di trasparenza e apertura, l'Unione europea accompagna la necessità che l'approccio sia basato sui valori e sui diritti fondamentali, in modo da essere sostenibile e da apportare benefici all'intera comunità. A tal fine è necessario assicurare un quadro etico e giuridico adeguato, coerente con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In specifico gli orientamenti etici dovranno affrontare temi come il futuro del lavoro, l'equità, la sicurezza, l'inclusione sociale e la trasparenza degli algoritmi, esaminando l'impatto sui diritti fondamentali, quali vita privata, dignità, tutela dei consumatori e non discriminazione.

L'Unione europea si concentra altresì sui temi della sicurezza e della responsabilità, che possono esigere anche modifiche alle norme esistenti, laddove insufficienti a regolare questo fenomeno.

Anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante «*raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*» evidenzia l'esigenza di norme che disciplinino in particolare la responsabilità, la trasparenza e l'assunzione di responsabilità e che riflettano i valori intrinsecamente europei, universali e umanistici; tali regole non devono influenzare il processo di ricerca, innovazione e sviluppo nel settore della robotica. Il Parlamento europeo pone l'accento sul principio della trasparenza, «nello specifico sul fatto che dovrebbe sempre essere possibile indicare la logica alla base di ogni decisione presa con l'ausilio dell'intelligenza artificiale che possa avere un impatto rilevante sulla vita di una o più persone»; a questo si accompagna la necessità di ricondurre i calcoli tipici di un sistema di intelligenza artificiale a una forma comprensibile per l'uomo. Di conseguenza, il quadro etico di orientamento dovrebbe essere basato sui principi sanciti negli atti dell'Unione europea, quali la dignità umana, l'uguaglianza, la giustizia e l'equità, la non discriminazione, il consenso informato, la vita privata e familiare e la protezione dei dati, la non stigmatizzazione, la trasparenza, l'autonomia, la responsabilità individuale e sociale⁵⁹.

In materia di dati, sono interessanti, altresì, le considerazioni delle «*Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data*», adottate il 23 gennaio 2017 dal Comitato previsto dalla Convenzione 108, che evidenziano la centralità della persona e del suo diritto di controllo sui dati nell'era degli algoritmi. Le linee guida suggeriscono la considerazione dell'impatto giuridico, sociale ed etico dell'utilizzo dei *big data* sia a livello individuale che collettivo, al fine di prevenire i potenziali effetti negativi sulla dignità umana, sulle libertà e sui diritti fondamentali e indicano la necessità di un uso etico, consapevole e socialmente responsabile dei dati, che comporta al momento dell'analisi del rischio la valutazione circa la possibilità di conflitto con altri diritti e valori, soprattutto laddove le informazioni siano impiegate per scopi predittivi nei processi decisionali.

Anche il Libro Bianco sull'intelligenza artificiale al servizio del cittadino, promosso da AgID, curato dalla Task Force costituita a tal fine e pubblicato nel marzo 2018, prevede tra le sfide dell'intelligenza artificiale al servizio del cittadino l'etica, gli aspetti legali e il ruolo dei dati.

Il Libro Bianco evidenzia la necessità di qualità e neutralità dei dati, accompagnata da *accountability* e responsabilità, tutela della persona e dei suoi dati, trasparenza e apertura. Sotto tale profilo la pubblica amministrazione deve ottemperare a precisi obblighi nei confronti dei cittadini, nel momento in cui stabilisce di fornire loro dei servizi o di prendere decisioni che li riguardano, servendosi di so-

⁵⁹ Per un'analisi della risoluzione cfr. O. Russo, *Io, persona robot. Il nuovo diritto pubblico della robotica*, in *Amministrativ@mente*, 2018, fasc. 3-4, 1-10.

luzioni di intelligenza artificiale; in particolare il funzionamento di queste ultime deve rispondere a criteri di trasparenza e apertura. La trasparenza si trasforma in un prerequisito fondamentale per evitare discriminazioni e risolvere il problema dell'asimmetria informativa, garantendo al cittadino il diritto alla comprensione delle decisioni pubbliche. A tal fine, le basi di dati devono essere costituite in maniera corretta, garantendo consistenza, qualità, interoperabilità e intelligibilità e trasformando i dati in conoscenza diffusa e condivisa, tale da rendere trasparente l'amministrazione verso i cittadini e verso se stessa; in tal modo l'amministrazione pubblica è capace di assicurare a cittadini e amministratori non solo l'accesso semantico alle informazioni e l'interoperabilità dei processi, ma una migliore comprensione del rapporto tra Stato e cittadino.

In conclusione, alla luce dell'analisi compiuta e in considerazione degli atti esaminati, nel difficile rapporto tra intelligenza artificiale e diritto in ambito pubblico la tecnologia deve essere guidata dalla mano dell'uomo, deve essere orientata ai valori e ai principi giuridici per mezzo della scienza giuridica e deve essere accompagnata da un solido approccio etico, basato su *accountability*, trasparenza e apertura.

L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?

Elena A. Ferioli*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN SOCIAL AND HEALTH SERVICES: A NEW CHALLENGE TO THE ROLE OF PUBLIC INSTITUTIONS IN ITALIAN WELFARE?

ABSTRACT: The paper illustrates the applications of digital and artificial intelligence technologies in social and health services and emphasizes the need of careful regulation by public authorities to ensure equality and constitutional rights.

KEYWORDS: artificial intelligence; digital technologies; social and health services; constitutional principles; regulation

SOMMARIO: 1. L'intelligenza artificiale e la tecnologia digitale nei servizi sanitari e sociali: le potenzialità per un'innovazione straordinaria? - 2. L'Unione Europea "motore" dell'innovazione tecnologica del welfare sociale e sanitario - 3. Alcuni principi regolativi emergenti dalla Risoluzione del 16 febbraio 2017 e l'impatto sul welfare nazionale - 3.1. Robot impiegati nell'assistenza e servizi socio-sanitari nazionali - 3.2. Robot chirurgici - 3.3. Interventi riparativi e migliorativi del corpo umano - 4. Conclusioni.

1. L'intelligenza artificiale e la tecnologia digitale nei servizi sanitari e sociali: le potenzialità per un'innovazione straordinaria?

La relazione del 2017 sullo stato di salute nell'Ue¹ conclude che solo con una nuova concezione dei sistemi sanitari ed assistenziali, i paesi europei potranno garantire che questi si mantengano adeguati alle loro finalità e funzioni. Si prevede, infatti, che i costi pubblici relativi a sanità ed assistenza a lungo termine, negli ultimi anni in crescente aumento negli Stati membri dell'Unione europea, continueranno a seguire questo andamento anche nel prossimo futuro, obbligando necessariamente ad innovare e riformare, almeno in parte, i relativi comparti di *welfare*. Le principali sfide da affrontare riguardano l'aumento dei bisogni assistenziali dovuti all'invecchiamento della popolazione, le malattie legate all'abuso di tabacco, alcol e sovra-alimentazione, quelle neurodegenerative e rare, le malattie infettive dovute a nuovi patogeni o alla resistenza agli antibiotici. In questa prospettiva, la Commissione europea ha di recente approvato una comunicazione rivolta alle altre Istituzioni europee proprio sulla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza², so-

* Professore associato, Università del Molise. Mail: elena.ferioli@unimol.it. Contributo sottoposto al referaggio del Comitato Scientifico.

¹ "Lo stato della salute nell'UE: Relazione di accompagnamento 2017", reperibile nel sito https://ec.europa.eu/health/state/glance_it.

² Comm. EU, COM (2018) 233 final, 25.4.2018, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, relativa alla trasformazione di-

stenendo che l'impiego di intelligenza artificiale e soluzioni digitali applicate al *welfare* sanitario e sociale potrebbe: «accrescere il benessere di milioni di cittadini e cambiare radicalmente il modo in cui i servizi sanitari ed assistenziali vengono forniti ai pazienti»³.

Ma quali sono gli ambiti in cui le nuove tecnologie trovano, o potrebbero trovare, applicazione nel campo dei servizi sanitari e sociali?

Lo scenario delle possibili applicazioni è sterminato. L'utilizzo delle nuove tecnologie digitali e di intelligenza artificiale riguarderebbe innanzitutto l'impiego di algoritmi per migliorare la raccolta, conservazione ed il trattamento dei dati personali relativi alla salute degli individui, informazioni che consentono di studiare le caratteristiche fisiche e genetiche di ciascuno, al fine di migliorare la prevenzione delle malattie, elaborare diagnosi o realizzare un trattamento ed un'assistenza personalizzata.

Vi sono inoltre già oggi sistemi sperimentali che consentono di «categorizzare e analizzare le informazioni trasmesse dai pazienti ai medici in linguaggio naturale e tracciare così delle dinamiche inedite grazie a meccanismi di *machine reading*, per cogliere sul nascere eventuali casi epidemici»⁴. Si devono inoltre ricordare progetti dedicati alla lotta di specifiche malattie come il cancro, che prevedono l'utilizzo del *machine reading* per analizzare e filtrare tutte le ricerche e i trattamenti proposti per un certo tipo di tumore, mettendone gli esiti a disposizione dei medici; oppure sono possibili processi di analisi delle immagini e velocizzazione delle elaborazioni, nonché il *redesign* dello sviluppo cellulare per capire come intervenire al meglio⁵.

Sempre grazie agli algoritmi matematici sembrerebbe possibile migliorare l'aderenza alla terapia per le malattie croniche come il diabete e l'ipertensione, con un notevole risparmio di spesa per i sistemi sanitari nazionali, come scommette un recente progetto di ricerca italiano dell'Università Cattolica di Milano⁶.

Altri promettenti vantaggi in termini di risparmio di spesa ed appropriatezza di cure possono derivare dall'impiego massiccio della robotica nelle operazioni chirurgiche⁷, nella rieducazione e riabilitazione,

digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana.

³ Comm. EU, COM (2018) 233 final, 25.4.2018, p. 1.

⁴ E. BONFIGLIOLI, *Healty Industry Business per Microsoft Europea, Medio oriente ed Africa*, intervista reperibile nel sito internet www.wired.it, 17.4.2017.

⁵ *Idem*, p. 2.

⁶ E. NASELLI, *Un algoritmo ci farà curare di più*, in www.repubblica.it del 9.4.2018.

⁷ Oggi un sistema robotico può ricoprire vari ruoli in sala operatoria: fornire supporto esterno all'azione del chirurgo; essere telecomandato attraverso i collegamenti a banda larga da un medico che non si trova sul luogo dell'intervento; prendere parte diretta all'intervento, per esempio manovrando strumenti pesanti e poco maneggevoli per l'operatore umano. Si chiamano Da Vinci, Star, Watson, Prebot e sono già entrati nelle sale operatorie dei paesi più tecnologicamente avanzati come gli U.S.A. Sul tema A. DI MARTINO, *Robotica medica*, in *Amministrativamente*, 3-4/2017, p. 3-9.

nell'assistenza quotidiana di pazienti ed anziani non autosufficienti⁸ e persino negli interventi riparativi e migliorativi del corpo umano⁹.

Nell'ambito dei servizi sociali, oltre all'utilizzo dei cosiddetti *social robot* nell'assistenza domiciliare per anziani e disabili, sono stati elaborati sistemi elettronici che utilizzano database computerizzati, basati su modelli di stima del rischio, con la finalità di prevenire, per esempio, l'esordio di maltrattamenti o abusi infantili, segnalando ai servizi sociali le famiglie da monitorare¹⁰.

Secondo una recentissima ricerca inglese quasi un terzo dei compiti oggi svolti dagli infermieri e circa il 25% di quelli dei medici, potrebbero in futuro essere compiuti da robot o sistemi di intelligenza artificiale¹¹. Analogamente, in campo assistenziale, si sostiene che i "carebots" (ossia i *care robots*), potrebbero essere usati per aiutare gli anziani a restare indipendenti a casa loro, fornendo sostegno per le faccende domestiche, dalla pulizia alla vestizione, fino all'alimentazione, riducendo così il ricorso all'istituzionalizzazione. L'idea di fondo è quella che una completa automazione dei servizi sanitari e sociali potrebbe aiutare «ad aumentare il tempo che i medici e infermieri dedicano alle cure ma che oggi spendono dietro processi ripetitivi» e far risparmiare al *National Health Service* inglese quasi 13 miliardi di sterline all'anno, circa un decimo del suo budget. Si auspica così un investimento in ricerca ed innovazione finalizzato alla realizzazione di un sistema di robots e intelligenza artificiale capaci di assistere i pazienti ed effettuare diagnosi, in grado di svolgere compiti in sala operatoria, nei trasporti, nei processi di rieducazione e riabilitazione, nell'assistenza ai pasti di degenti ed anziani.

Infine, sistemi digitali ed algoritmi possono essere utilizzati dalle pubbliche amministrazioni competenti per processi decisionali automatizzati in campo sociale e sanitario, per esempio nelle selezioni per l'accesso a servizi e prestazioni assistenziali pubbliche, oppure sotto il profilo organizzativo, nella selezione del personale sanitario e socio-assistenziale.

Nonostante queste promettenti prospettive, l'utilizzo stabile di queste tecnologie nei servizi di *welfare* sanitario e sociale europei è estremamente frammentato e disomogeneo, come sottolineato dalla stessa Commissione europea che, a proposito della digitalizzazione, precisa come «ad oggi la diffu-

⁸ Nel campo assistenziale si discute sull'utilizzo dei cosiddetti *social robot*, utilizzabili nell'assistenza domiciliare per anziani e persone che necessitano di assistenza socio-sanitaria, i quali sono in grado di trasmettere a distanza informazioni sullo stato sanitario dei pazienti, possono stabilire dialoghi interattivi, analizzare i volti per comprendere lo stato emotivo, ricordare ad intervalli predefiniti l'assunzione dei farmaci e consentire a parenti ed operatori sociali di collegarsi in remoto nell'abitazione dell'assistito e controllare ed esplorare lo spazio.

⁹ Il riferimento è qui agli arti robotici per gli amputati o agli esoscheletri sensibili agli impulsi cerebrali che riacquidano le speranze delle persone paralizzate. Sull'argomento: C. SALAZAR, *Umano, troppo umano ... o no? Robot, androidi e cyborg nel "mondo del diritto" (prime notazioni)*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2014, 265.

¹⁰ Si veda il sistema AFST (Allegheny Family Screening Tool) utilizzato dal 2015 in Pennsylvania per supportare lo smistamento delle telefonate nel call-center e valutare la portata e la priorità: per esempio se sia necessario avviare o meno un procedimento investigativo facendo intervenire le autorità a seguito di una segnalazione telefonica. Il sistema, in base alle informazioni contenute nel database produce un punteggio da 1 a 20 che valuta il rischio, cioè la probabilità che dietro una chiamata ci sia un alto o basso rischio di maltrattamento. Sull'argomento: E. GAETANO, *L'intelligenza artificiale può aiutare a identificare casi di abuso infantile?*, in <http://www.stateofmind.it>, 5.7.2018.

¹¹ Sul tema si veda il recentissimo *The final Report of Lord Darzi Review of Health and Care*, 15.6.2018, reperibile sul sito internet: <https://www.ippr.org>, che calcola il possibile risparmio di risorse economiche da parte del *National Health Service* inglese grazie all'utilizzo massiccio della robotica e dell'intelligenza artificiale nella sanità e nell'assistenza.

sione di soluzioni sanitarie ed assistenziali digitali è lenta e varia ampiamente tra gli Stati membri»¹² ma anche tra le Regioni, in quegli ordinamenti (come l'Italia, la Germania o la Spagna) nei quali le autorità regionali sono responsabili dell'organizzazione ed erogazione delle prestazioni sanitarie o assistenziali.

2. L'Unione Europea "motore" dell'innovazione tecnologica del welfare sociale e sanitario statale

È noto come la competenza dell'Unione europea in materia di tutela della salute abbia subito, nel tempo, una notevole espansione¹³. Infatti, nel passaggio dal Trattato di Maastricht al Trattato di Amsterdam prima, e di Lisbona poi, si è prodotto un significativo ampliamento degli spazi competenziali dell'Unione nella materia, sotto la spinta di alcuni eventi, anche drammatici, come la crisi della mucca pazza, i danni da sangue infetto, l'allarme per la Sars e l'influenza aviaria, fatti che evidenziarono i limiti di efficacia degli interventi posti a livello di governo statale e la maggiore adeguatezza ed incisività dell'azione sovranazionale.

Così, pur continuando gli Stati membri ad essere responsabili dell'organizzazione e del finanziamento delle prestazioni dell'assistenza sanitaria e sociale, la protezione della salute è divenuta anche un ambito competenziale europeo, concorrente con quello degli Stati membri, che presenta sempre più i caratteri di una competenza orizzontale, poiché l'obiettivo di «garantire un livello elevato di protezione della salute umana» di cui all'art. 168 TFUE taglia trasversalmente tutte le altre politiche europee. Ciò consente all'Ue di completare le politiche nazionali, promuovendo con le sue azioni la sanità pubblica e la prevenzione delle malattie, sostenendo la cooperazione tra gli Stati membri nella complementarità transfrontaliera dei loro servizi sanitari, promuovendo e stimolando l'innovazione dei sistemi di *welfare* sanitario statali.

Nell'ambito di questa competenza, la politica europea si è distinta negli ultimi decenni per una costante tendenza a promuovere e stimolare l'innovazione tecnologica, dapprima riconoscendo il potenziale degli strumenti e dei servizi della cosiddetta "*sanità elettronica*"¹⁴, cioè incoraggiando la creazione di reti di informazione sanitaria, l'uso di cartelle cliniche elettroniche, i servizi di telemedicina, i sistemi di monitoraggio portatili, con una serie davvero nutrita di atti di *soft law* e di azioni¹⁵.

¹² Comm. EU, COM (2018) 233 final, 25.4.2018, p. 3.

¹³ G. GUERRA, *La strategia europea in materia di sanità: esame del programma pluriennale d'azione per la salute 2014-2020*, in *Politiche sanitarie*, Vol. 15, n. 4, ottobre-dicembre 2014, p. 212.

¹⁴ COM (2004) 356, 30.4.2004, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sulla Sanità elettronica – migliorare l'assistenza sanitaria dei cittadini europei: piano d'azione per uno spazio europeo della sanità elettronica.

¹⁵ Cfr.: GU C 302 del 12.12.2009, p. 12, Conclusioni del Consiglio sulla sicurezza ed efficienza dell'assistenza sanitaria mediante la sanità elettronica, del 10.12.2009; GU C 202 dell'8.7.2011, p. 10, Conclusioni del Consiglio: Verso sistemi sanitari moderni, adeguati e sostenibili, del 6 giugno 2011; GU C 376 del 21.12.2013, p. 3, Conclusioni del Consiglio sul processo di riflessione su sistemi sanitari moderni, adeguati e sostenibili, del 10 dicembre 2013; GU C 217 del 10.7.2014, p. 2, Conclusioni del Consiglio sulla crisi economica e l'assistenza sanitaria, del 20 giugno 2014; GU C 421 del 17.12.2015, p. 2, Conclusioni del Consiglio su una medicina personalizzata per i pazienti, del 7 dicembre 2015; P8_TA (2015)0197, Risoluzione del Parlamento europeo del 19.5.2015 su un'assistenza sanitaria più sicura in Europa; COM(2012) 736 final, Comunicazione della Commissione dal titolo

Più recentemente, l'ordinamento europeo ha saputo cogliere le opportunità offerte dallo sviluppo delle tecnologie digitali che, secondo le Istituzioni europee, potrebbero assicurare un utilizzo più efficace delle risorse sanitarie, un'assistenza più mirata e sicura, consentendo ai cittadini anche di comprendere e gestire meglio la propria salute, grazie ad un più facile accesso alle informazioni sulla propria salute¹⁶.

Nei documenti più recenti, il fulcro della riflessione delle Istituzioni europee in questo campo è rappresentato dall'importanza dei dati sanitari digitali inerenti la salute delle persone. Questi, se adeguatamente utilizzati, possono infatti aiutare a ricevere cure più precise e personalizzate, ma anche, grazie ad un migliore accesso dei cittadini ad essi, aumentare le possibilità che i cittadini divengano agenti attivi della propria salute, beneficiando di un'assistenza sanitaria più partecipativa¹⁷.

In quest'ambito, le Istituzioni europee hanno intensificato la propria azione negli ultimi anni, non solo in forza dell'art. 168 TFUE già citato, ma anche nell'ambito dell'art. 114 TFUE relativo alla realizzazione del mercato interno, con specifico riferimento alla realizzazione del mercato unico digitale, nonché, con riguardo ai dati sanitari, in base alla competenza europea in materia di protezione dei dati personali di cui all'art. 16 TFUE e 39 TUE. Vi è quindi una base giuridica solida sulla quale si fondano i numerosi atti adottati in materia di sanità ed assistenza nel mercato unico digitale.

L'intervento più recente, in questo campo, è costituito dalla già citata Comunicazione della Commissione europea relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale¹⁸. Al centro della riflessione vi sono i dati sanitari che «rappresentano un elemento chiave per rendere possibile una trasformazione digitale» della sanità e dell'assistenza sociale, ma rispetto ai quali vengono evidenziate molte criticità: essi possono essere disponibili in forme differenti gli uni dagli altri; non sono gestiti allo stesso modo in tutti gli Stati membri e, nel caso di sistemi socio-sanitari decentrati e regionalizzati, nemmeno all'interno del singolo ordinamento nazionale; spesso essi non sono disponibili per gli stessi pazienti o le autorità pubbliche oppure, quando disponibili, sono vincolati a tecnologie non interoperabili, il che si traduce in un ostacolo per il loro impiego. Per questa ragione, conclude la Commissione, i sistemi sanitari nazionali non possiedono informazioni chiave per ottimizzare i loro servizi e sostenere l'utilizzo transfrontaliero delle prestazioni.

Rispetto a queste criticità, la Commissione europea evidenzia che l'UE sta sviluppando «validi approcci nel calcolo ad alte prestazioni, nell'analisi dei dati e nell'intelligenza artificiale che possono aiutare a progettare e testare nuovi prodotti sanitari, fornire diagnosi più rapide e trattamenti migliori, ma che il successo di queste attività dipende innanzitutto dalla disponibilità di grandi quantità di dati di alta qualità e da quadri normativi che tutelino i diritti dell'individuo». Si richiama pertanto

«Piano d'azione "Sanità elettronica 2012-2020 – Una sanità innovativa per il 21° secolo», adottata il 6.12.2012; COM(2014) 215 final, Comunicazione della Commissione relativa a sistemi sanitari efficaci, accessibili e resilienti, adottata il 4.4.2014.

¹⁶ COM (2015) 192 final, Comunicazione della Commissione dal titolo «Strategia per il mercato unico digitale in Europa» del 6.5.2015; COM (2016) 179 final, Comunicazione della Commissione dal titolo «Piano d'azione dell'UE per eGovernment – Accelerare la trasformazione digitale della pubblica amministrazione» del 19.4.2016; GU 2017/C 440/05 del 21.12.2017, Conclusione del Consiglio sulla sanità nella società digitale – Progredire nell'innovazione basata sui dati nel settore della sanità.

¹⁷ GU 2017/C 440/05 del 21.12.2017, Conclusione del Consiglio sulla sanità nella società digitale – Progredire nell'innovazione basata sui dati nel settore della sanità, nn.13-15.

¹⁸ COM (2018) 233 final, del 25.4.2018.

l'impegno delle Istituzioni sovranazionali in questo campo, in termini di sostegno agli Stati membri attraverso finanziamenti ed azioni per promuovere la cooperazione politica e lo scambio di buone prassi tra i diversi sistemi sanitari ed assistenziali nazionali, ma soprattutto per la condivisione dei dati genomici o altri dati sanitari necessari per il progredire della ricerca e della medicina personalizzata.

L'intelligenza artificiale fa qui, per la prima volta, il suo ingresso nei documenti europei espressamente dedicati alla sanità digitale in riferimento ai dati sanitari, quale imprescindibile tecnologia che, operando sugli stessi, apre a nuove prospettive assistenziali, nuove forme di prevenzione delle malattie e di cure personalizzate.

Ma qual è il quadro normativo europeo entro il quale si collocano le nuove tecnologie di intelligenza artificiale (IA) nel campo della sanità e dell'assistenza sociale?

A livello europeo, come a livello statale, non esiste una normativa *ad hoc* e per il momento l'unico atto dedicato è costituito dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio del 2017 recante raccomandazioni concernenti norme di diritto civile sulla robotica¹⁹. La risoluzione menziona anche i robot impiegati nell'assistenza, i robot medici e gli interventi riparativi e migliorativi del corpo umano, adottando un approccio di ampio respiro che non si concentra esclusivamente sugli aspetti specifici inerenti la responsabilità civile per danni, ma fornisce alcune indicazioni interessanti anche rispetto ai principi che dovrebbero guidare l'introduzione e l'utilizzo di queste tecnologie all'interno dei servizi sociali e sanitari nazionali. Aspetti che approfondimento nel paragrafo seguente.

Intanto possiamo sottolineare che se, sino ad oggi, l'intervento europeo aveva riguardato prevalentemente il settore prettamente sanitario, la risoluzione, riferendosi all'assistenza agli anziani ed alle persone affette da demenza, quindi ad un ambito assistenziale tipicamente socio-sanitario, viene anche ad interessare l'ambito dei servizi sociali, sino ad oggi poco lambiti dal descritto processo.

Per il resto, il quadro normativo è frammentato e aspecifico: possiamo ipotizzare che in materia trovi applicazione la normativa europea sui dispositivi medici²⁰, ma anche quella sull'identificazione elettronica²¹, la sicurezza di reti e sistemi informativi²², nonché ovviamente quella sulla protezione dei dati inerenti le persone²³. Tuttavia, non ci si può ancora esprimere con completezza sulle modalità di

¹⁹ P8_TA (2017)0051.

²⁰ Regolamento UE 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5.4.2017 relativo ai dispositivi medici; regolamento UE 2017/746 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5.4.2017, relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro. Resta anche applicabile, in assenza di una disposizione speciale, la normativa europea che fissa le regole per la sicurezza dei prodotti all'interno del mercato europeo (es. Regolamento 765/2008/CE).

²¹ Regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23.7.2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno.

²² Direttiva UE 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6.7.2016 recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione.

²³ Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27.4.2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Sostiene infatti che «le regole dei dati personali dunque fanno da quadro giuridico di riferimento per lo sviluppo del IA anche nel settore medico» A. SPINA, *La medicina degli algoritmi: Intelligenza Artificiale, medicina digitale e regolazione dei dati personali*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 321. In particolare, l'art. 9 del GDPR elenca le basi giuridiche per la liceità del trattamento dei dati relativi alla salute: il consenso dell'interessato, salve le ipotesi previste alle lett. h) ed i) ovvero per le finalità di medicina preventiva, diagnosi, assistenza e terapia a condizione che il trattamento sia effettua-

applicazione ed interpretazione di queste normative rispetto alle tecnologie di IA nella sanità e nell'assistenza sociale, poiché i casi giurisprudenziali sono scarsi e prevalentemente riguardanti i profili civilistici della responsabilità per danni²⁴, mentre sembrano offrire pochi spunti dal punto di vista squisitamente pubblicistico, cioè rispetto ai possibili cambiamenti nelle modalità di attuazione ed implementazione dei diritti costituzionali alla salute ed all'assistenza sociale ed al ruolo regolativo dell'ente pubblico nella materia.

3. Alcuni principi regolativi emergenti dalla Risoluzione del 16 febbraio 2017 e l'impatto sul welfare nazionale

Seppur dedicata prevalentemente alla responsabilità civile per danni prodotti dai robot, la Risoluzione del Parlamento europeo dello scorso anno contiene anche alcuni indirizzi che paiono interessanti ed utili per la futura regolamentazione dell'introduzione dell'IA nei servizi sanitari ed assistenziali. Questi principi sono rivolti ovviamente alla Commissione, poiché la risoluzione è adottata ai sensi dell'art. 225 TFUE che prevede che il Parlamento europeo possa chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei Trattati, ma, nell'assenza di un quadro normativo specifico, europeo e nazionale, può fornire anche alcuni spunti di riflessione ed indirizzi utili per i legislatori e le amministrazioni statali.

3.1. Robot impiegati nell'assistenza e servizi socio-sanitari nazionali

Un primo gruppo di indirizzi riguarda i *“Robot impiegati per l'assistenza”*. Il riferimento è qui, testualmente, all'assistenza agli anziani, alle persone affette da demenza, con disturbi cognitivi o perdita di memoria, ai disabili. Ci si riferisce pertanto all'ambito di quei bisogni di assistenza definiti *“complessi”*, in quanto costituiti da un'indubbia componente sanitaria che si accompagna ad un'importante necessità socio-assistenziale, trattandosi di persone che richiedono, oltre alle cure prettamente sanitarie, anche aiuto nella conduzione delle comuni attività quotidiane.

Per quanto riguarda l'impiego di IA in quest'ambito, la Risoluzione richiama il fatto che l'impiego di queste tecnologie nei servizi di cura potrebbe *«disumanizzare le pratiche di accudimento»*, sostituendo il *«contatto umano»* che viene definito *«uno degli aspetti fondamentali delle cure umane»*. Pur riconoscendo, quindi, i grandi miglioramenti che detta tecnologia potrà apportare alle cure, alla

to da un professionista soggetto al segreto professionale; nel campo della sanità pubblica per affrontare gravi minacce a carattere transfrontaliero o per assicurare la sicurezza e qualità dei prodotti medicinali. In questi casi occorre che il trattamento avvenga sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, quindi è necessaria una previsione normativa esplicita, oltre quella del GDPR. Si applica a tutta la ricerca sull'IA la lett. J) che prevede l'assenza del consenso se *«trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato»*:

²⁴ Per una breve rassegna della giurisprudenza statunitense in tema di danni provati da robot chirurgici M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?* in F. PIZZETTI, *op. cit.*, pp. 348-351.

mobilità ed integrazione delle persone in questione, si richiama il fatto che gli assistenti umani continueranno a svolgere un «ruolo importante e non completamente sostituibile nella loro interazione sociale» con il malato.

L'indirizzo che emerge con chiarezza, quindi, è l'idea che l'assistenza tecnologica non dovrà sostituire integralmente quella prestata da un essere umano, in quanto quest'ultima è basata su un'interazione sociale che (implicitamente nel testo) non si ritiene equivalente a quella che si svilupperà con la macchina. Ciò evidentemente presuppone l'accoglimento di un'idea di salute nella quale le esigenze socio-sanitarie della persona si accompagnano a bisogni affettivi, di condivisione ed interazione sociale, aprendo ad una nozione più ampia come quella di benessere psico-fisico della persona.

Questo è un primo punto cruciale della materia, che "parla" direttamente ai sistemi di *welfare* sociale e sanitario nazionali, in qualche modo richiamando ad un confronto con i principi e valori fondamentali che orientano l'intervento normativo, amministrativo e finanziario dei pubblici poteri nel settore.

Limitandoci al confronto con l'ordinamento italiano, questo indirizzo del Parlamento europeo evoca e si pone all'incrocio di coordinate lungo cui il diritto costituzionale italiano ha elaborato assunti fondamentali sui concetti di "identità personale", "integrità fisica e psichica", "salute come benessere psico-fisico" della persona, quali elementi che collaborano a costruire ed assicurare la dignità umana nelle cure sanitarie e sociali del nostro paese.

Questi principi hanno avuto un'implementazione nella disciplina del nostro Servizio Sanitario Nazionale, grazie alla declinazione normativa e giurisprudenziale del principio di centralità della persona all'interno del SSN (che si estrinseca nella libertà di scelta del medico e delle cure, e nel consenso informato) ed in un concetto di salute che è andato sempre più varcando i confini della dimensione meramente biologico-fisica, per abbracciare "un'idea di sé che tiene insieme fisicità e psiche"²⁵.

Analogamente, nei servizi sociali, la legge quadro 328/2000 sui servizi sociali ha segnato il passaggio dalla concezione di utente quale portatore di un bisogno specialistico a quella di persona nella sua totalità, con le sue risorse ed il contesto familiare e territoriale in cui vive. Innovando l'accezione tradizionale di assistenza come luogo di interventi meramente riparativi del disagio, si è andata consolidando l'idea di una protezione sociale attiva, luogo di rimozione delle cause di disagio, ma soprattutto di prevenzione e promozione dell'inserimento della persona nella società attraverso la valorizzazione delle sue capacità. Questo nuovo approccio all'attuazione del diritto costituzionale ex art. 38 Cost. ha in seguito trovato conferma anche a livello internazionale, nella Convenzione ONU del 2006 sui diritti delle persone con disabilità, che sceglie un approccio globale alla disabilità nel quale «il primo valore di cui occorre tener conto è quello relativo alla centralità della persona. Le persone con disabilità e coloro che versano in stato di fragilità rappresentano il paradigma della molteplicità dei bisogni affettivi, relazionali, lavorativi, terapeutici, di piena inclusione sociale»²⁶ descrivendo e scegliendo di favorire e promuovere una visione per così dire olistica alla persona con tutti i suoi bisogni.

²⁵ A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2014, p. 91. Sul tema di vedano anche i contributi di approfondimento contenuti nel medesimo volume.

²⁶ Linee guida per la presentazione di progetti sperimentali in materia di vita indipendente ed inclusione nella società delle persone con disabilità, Anno 2013, p. 3.

Alla luce di questi brevi richiami, ci pare corretto ritenere che l'idea del Parlamento europeo sulla non completa sostituibilità dell'assistenza umana sia del tutto coerente con i principi e gli indirizzi che si possono già trarre dalla nostra legislazione sociale e sanitaria, sulla base dei valori costituzionali richiamati, sulla centralità della persona, sull'idea ampia di salute come benessere psico-fisico, sulla considerazione degli aspetti affettivi e relazionali nella progettazione ed erogazione degli interventi.

Bisogna tuttavia rilevare che il Comitato di Bioetica Nazionale italiano (unitamente al Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita), in un recente parere, ha dato una lettura molto più stringente e ristretta del principio di non sostituibilità delle cure umane, sostenendo che «l'assistenza robotica può fungere da supporto all'accudimento umano e va prevista in situazioni dove non ci sono soluzioni alternative (per mancanza di risorse umane) nella consapevolezza che carebot può portare (al fine di garantire la sicurezza) ad un isolamento del paziente e a privarlo dell'autonomia (fisica e psichica)»²⁷. Da questa considerazione pare emergere una visione molto più cauta nell'aprire i servizi sociali, sanitari e socio-sanitari alle cure robotiche, nella quale il ricorso al robot quale assistente domestico o sanitario dovrebbe intervenire esclusivamente in via sussidiaria e residuale a quello umano, in situazioni di carenza di personale in carne ed ossa.

Ancora, nel libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, a cura della Task force sull'Intelligenza Artificiale dell'Agenzia per l'Italia Digitale, si legge che «il principio di fondo è che l'Intelligenza Artificiale debba servire soprattutto per affiancare le persone e aiutarle a svolgere le loro attività, ma non per sostituirle»²⁸. Emerge anche in questo caso l'idea che le cure robotiche non possono essere integralmente sostitutive di quelle umane, ma tuttavia il principio non pare declinato negli analoghi termini residuali e restrittivi espressi dal Comitato di Bioetica.

È evidente quindi che la regolazione dell'utilizzo dell'IA nei servizi di assistenza incontra nell'interpretazione del concetto di “non sostituzione delle cure umane” una fondamentale criticità. A seconda infatti di come esso verrà inteso, se in una versione, per così dire, più leggera (come quella fatta propria, apparentemente, dal Parlamento europeo), oppure in una più restrittiva (come da parte del Comitato di Bioetica nazionale), potrebbero discendere regole più o meno stringenti rispetto all'inserimento sistematico delle nuove tecnologie nelle reti dei servizi sanitari, sociali e socio-sanitari.

Una lettura più restrittiva, infatti, potrebbe imporre che il ricorso all'assistenza robotica sia, in ogni singolo caso, motivato espressamente rispetto all'assolvimento di tutta una serie di condizioni di legittimità quali non solo il doveroso assolvimento di tutte le norme di sicurezza, del consenso informato, delle modalità di monitoraggio sul rispetto della privacy, nonché della proporzionalità ed adeguatezza dell'intervento come già in base all'odierna disciplina, ma che esso debba anche essere motivato espressamente dalle amministrazioni locali competenti in base alla mancanza di personale umano o al rispetto delle preferenze individuali. Ai servizi socio-sanitari territoriali (ASL e comuni) potrebbe pertanto essere imposta una cornice normativa e procedurale più o meno stringente entro la quale progettare ed erogare i servizi di assistenza robotica.

²⁷ Comitato Nazionale per la Bioetica e Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, Parere: *Sviluppi della robotica e della roboetica*, 17.7.2017, p. 27.

²⁸ Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, a cura della Task force sull'Intelligenza Artificiale dell'Agenzia per l'Italia Digitale, Versione 1.0, marzo 2018, p. 12.

Alla Repubblica ed ai diversi livelli di governo competenti nel *welfare* sanitario e sociale spetta pertanto un ruolo importantissimo di futura regolazione di questi aspetti, che potranno essere assolti tramite un aggiornamento delle norme attuali, ma anche, magari inizialmente, con buone prassi e prime indicazioni contenute nei documenti di pianificazione del sistema sanitario nazionale e regionale, nonché nei piani sociali regionali.

In questa fase, molto iniziale, un primo ambito in cui “sperimentare” una regolamentazione del settore potrebbe essere costituito dalle linee guida che a livello nazionale e regionale, accompagnano ed orientano il finanziamento di progetti sperimentali in materia, i quali si porrebbero come un buon banco di prova non solo dal punto di vista dell’efficacia ed utilità delle nuove tecnologie, ma anche per l’aspetto della regolamentazione dei criteri di utilizzo delle stesse, definendone presupposti per l’impiego, requisiti di qualità, partecipazione ai costi, diritti di informazione e libertà di scelta, procedure di tutela²⁹.

3.2. Robot chirurgici

L’idea che l’introduzione nei servizi socio-sanitari delle nuove tecnologie non debba risolversi nell’integrale sostituzione del ruolo umano emerge con chiarezza anche negli indirizzi riguardanti i robot medici e chirurgici. In questo ambito la Risoluzione del Parlamento europeo esprime chiaramente la necessità di «*rispettare il principio dell’autonomia supervisionata dei robot*» che pare esplicarsi nell’idea che sia il chirurgo umano a programmare la cura ed a compiere la scelta finale sull’esecuzione dell’intervento.

Ancora, il rapporto medico-paziente deve rimanere centrale nonostante la tendenza crescente all’utilizzo di robot mobili per l’autodiagnosi, poiché anche in quest’ultima ipotesi la tecnologia di IA è descritta come uno strumento per assistere il medico nella diagnosi o nella cura, allo scopo di ridurre il rischio di errore umano e aumentare la qualità e speranza di vita delle persone. Quindi, ancora una volta, integrazione e non sostituzione, all’insegna della valorizzazione del rapporto tra medico e paziente, basato sulla fiducia e l’interazione comunicativa e relazionale umana.

Viene inoltre sottolineata l’importanza della formazione sull’utilizzo dei robot e della definizione dei “*requisiti professionali minimi*” che un chirurgo deve possedere per essere autorizzato a usare robot chirurgici.

Sul piano nazionale, il panorama è davvero molto frammentato. Da una recente ricerca commissionata dall’Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali e dal Ministero della Salute³⁰ sull’utilizzo della piattaforma robotica Da Vinci emerge una forte differenziazione regionale nella disponibilità della tecnologia (19 la Lombardia, 11 la Toscana, 1 la Calabria, 1 la Sicilia, 0 il Molise). Viene rilevata

²⁹ Si veda, al riguardo le Linee guida per la presentazione di progetti in materia di vita indipendente ed inclusione nella società delle persone con disabilità, Anno 2017 che già prevedono espressamente: «Per quel che riguarda le nuove tecnologie (quali ad esempio, le tecnologie domestiche, le tecnologie per la connettività sociale, etc.), che riguardano la sicurezza degli utenti e l’autonomia nell’ambiente domestico (AAL) e che contribuiscono a contrastare ogni forma di segregazione, nel ricordare che tali interventi non devono essere ricompresi negli elenchi di interventi afferenti al SSN, gli stessi non possono essere comunque sostitutivi del supporto fornito dall’assistente personale nonché dalle altre figure previste».

³⁰ JEFFERSON TO, ABRAHA J, CHIAROLLA E, CORIO M, PAONE S, PICCOLI M, PIETRABISSA A., CERBO M, *Chirurgia robotica*, Roma, marzo 2017.

una significativa debolezza nella programmazione del suo utilizzo (es. numero minimo soglia e tetto massimo di procedure effettuabili con robot chirurgico in un anno di attività), mentre invece gli aspetti programmatori sembrano fondamentali per il governo di una tecnologia sanitaria robotica come quella in questione, poiché correlati direttamente all'impatto finanziario, incidendo sulla gestione e sull'utilizzo stesso del robot chirurgico³¹. Colpisce infine che i requisiti organizzativi e di formazione del personale addetto sembrano in genere definiti esclusivamente dai centri ospedalieri che dispongono della tecnologia tramite protocolli o linee guida interne. Altra debolezza è quella relativa ai meccanismi di monitoraggio sui processi, esiti, costi.

È evidente quindi che siamo di fronte ad un ambito in cui si apre uno "spazio" che necessita di essere normato e regolato da parte delle istituzioni pubbliche competenti, innanzitutto per la garanzia di un equo accesso alla tecnologia robotica, all'insegna del principio di uguaglianza nell'attuazione del diritto alla salute. Questo è con tutta evidenza un ambito nel quale la regionalizzazione del SSN, in assenza di un'attenta azione di garanzia da parte dello Stato, apre a differenziazioni regionali che possono essere fonte di disuguaglianze. Se è vero infatti che, come sostiene la ricerca sopra citata, «*le prove scientifiche in nostro possesso confermano solo parzialmente i vantaggi ipotizzati*»³² dall'uso della tecnologia robotica Da Vinci, il beneficio in genere sempre confermato dalla letteratura è rappresentato dalla riduzione dei tempi operatori, e questo si traduce in liste di attesa più corte e in un accesso alla chirurgia più tempestivo ed efficiente, con i relativi effetti sul piano della risposta ai bisogni di salute dei cittadini ed all'attuazione del corrispondente diritto costituzionale.

In questa prospettiva, non pare più procrastinabile un intervento del legislatore statale, non solo nell'ambito della definizione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute rispetto alle condizioni di utilizzo di queste tecnologie nella rete dei servizi sanitari regionali, ma anche nella definizione dei livelli essenziali di assistenza rispetto alla garanzia di una distribuzione territoriale più uniforme, sul territorio nazionale, di queste nuove tecnologie, a causa dell'impatto significativo sulla tutela del diritto alla salute che essa può determinare in un sistema sanitario fortemente regionalizzato come il nostro.

Ancora, anche all'interno del singolo territorio regionale, appare fondamentale la programmazione della distribuzione dei robot chirurgici per ambiti territoriali, ai fini della garanzia di un accesso equo tra i cittadini alla tecnologia, attraverso il riconoscimento di ospedali-centri di riferimento per area vasta geografica, la definizione di procedure di cooperazione e coordinamento interaziendale tra i centri e la definizione regionale di un sistema di monitoraggio sui processi, esiti, costi. Inoltre, appare necessaria una regolamentazione regionale che definisca con chiarezza un modello organizzativo a rete che consideri un livello minimo di volume di attività per garantire efficacia/qualità della procedura chirurgica ed efficienza nella gestione dei robot chirurgici, oltre che per assicurare la competenza dei professionisti sanitari preposti al suo utilizzo.

³¹ Quasi il 70% dei centri rispondenti ha dichiarato di non avere un numero minimo di prestazione stabilite ad esempio dalla direzione aziendale, mentre il 54% ha dichiarato di non avere un tetto massimo di prestazioni effettuabili nell'arco dell'anno.

³² JEFFERSON TO, ABRAHA J, CHIAROLLA E, CORIO M, PAONE S, PICCOLI M, PIETRABISSA A., CERBO M, *op. cit.*, p. 97.

3.3. Interventi riparativi e migliorativi del corpo umano

Infine, la Risoluzione del Parlamento europeo si occupa di interventi riparativi e migliorativi del corpo umano.

Questo settore è quello che sembra al momento porre le questioni più spinose dal punto di vista sia etico che costituzionale poiché soprattutto i sistemi ciberfisici (CPS) possono modificare il nostro concetto di corpo umano in salute e porsi così all'incrocio «delle coordinate lungo cui il diritto costituzionale vivente ha elaborato i punti da considerare "fermi" sui concetti di "corpo", "identità personale" e di "integrità fisica e psichica", quali primi, basilari contrafforti della dignità umana»³³.

Qui la questione più delicata riguarda la possibilità che queste tecnologie vengano applicate a soggetti sani, per contrastare il naturale invecchiamento o addirittura espandere le potenzialità naturali dell'organismo (per esempio in campo militare). Il tema è volutamente lasciato in bianco dal Parlamento europeo che si limita a richiamare la necessità di creazione di comitati di roboetica, ma non opera una chiara scelta nel senso della limitazione di questi ausili a scopi e fini unicamente terapeutici.

Quanto al Comitato di Bioetica Nazionale, esso lascia al medico il compito di «valutare in arte e coscienza la "libertà morfologica" ovvero la legittimità della richiesta del soggetto di modificare a proprio piacimento il proprio corpo con inserimenti robotici, come espressione della propria autonomia e libertà»³⁴, ma non è difficile immaginare che su questi temi si aprirà in futuro a livello nazionale un grande dibattito etico e giuridico, appassionante e complesso come quello che ha investito, negli ultimi anni, tutte le più scottanti questioni nazionali di bioetica.

Al di là però di questi scenari ancora un po' futuristi sulle possibilità di potenziamento delle capacità umane, vale la pena sottolineare che soprattutto le protesi robotiche per gli amputati sono ormai oggi una realtà, come dimostra la vicenda di Hannes, la mano robotica italiana ad un passo dalla commercializzazione³⁵. In questo caso, spetta allo Stato cercare di stare al passo dello sviluppo tecnologico e procedere ad un più rapido aggiornamento dei Livelli essenziali di assistenza mediante l'inserimento di queste tecnologie nelle prestazioni che devono essere garantite a tutti i cittadini che ne hanno bisogno, al di là delle differenziazioni territoriali dovute alla regionalizzazione del SSN.

4. Conclusioni

Alla luce delle suddette considerazioni, ci pare di poter concludere che l'introduzione di queste nuove tecnologie nell'attuazione dei diritti fondamentali alla salute ed all'assistenza sociale potrà determinare una trasformazione importante nelle modalità di erogazione dei servizi sociali e sanitari che deve però essere governata da un attento ruolo di regia e regolazione da parte dei livelli di governo competenti.

Si profila all'orizzonte dei servizi di *welfare* sociale e sanitario una probabile seconda "rivoluzione", dopo quella attuata grazie alla sussidiarietà. Se infatti, con l'inizio del XXI secolo, la costituzionalizzazione e normazione del principio di sussidiarietà portò la dottrina a teorizzare di una trasformazione

³³ C. SALAZAR, *op.cit.*, p. 267.

³⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, *op. cit.*, p. 28.

³⁵ Hannes la mano robotica dalla presa perfetta, in www.corriereUniv.it.

profonda del ruolo dell'ente pubblico nel *welfare* sociale e sanitario, passato da erogatore diretto di servizi, a regolatore di un complesso sistema reticolare di soggetti pubblici e privati impegnati nella pianificazione ed erogazione delle prestazioni³⁶, l'introduzione delle nuove tecnologie dovrebbe spingere ad una nuova implementazione della funzione regolativa pubblica, richiamando Stato ed enti territoriali al compito di "governare" la tecnologia applicata all'attuazione dei diritti sociali in questione.

Di fronte alla situazione attuale in cui si è ormai scisso, per così dire, il "sodalizio tra Stato e calcolo"³⁷ consolidatosi a partire dalla formazione degli Stati nazionali europei, la rivendicazione di un importante ruolo di regolazione pubblica nella digitalizzazione e robotizzazione dell'assistenza sanitaria e sociale consentirà allo Stato e agli enti territoriali di "riappropriarsi dell'algoritmo" e svolgere un'adeguata sorveglianza sull'utilizzo di questi laboriosi e sofisticati processi e strumenti tecnologici progettati da soggetti privati, per mantenersi garanti dei diritti costituzionali alla salute ed all'assistenza sociale e del principio di uguaglianza.

L'assetto fortemente decentrato delle competenze legislative ed amministrative dei sistemi sanitari e sociali italiani richiederà inoltre uno sforzo ulteriore in termini di collaborazione e coordinamento tra i diversi livelli di governo e ripropone come centrale la questione della definizione nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni, ai fini dell'equità nell'accesso alle nuove tecnologie. Nel caso della sanità, per imporre un aggiornamento dei LEA che sia al passo con i tempi accelerati dello sviluppo tecnologico, e non certamente con un aggiornamento ogni 16 anni, come avvenuto di recente con l'approvazione del DPCM 12.1.2017, mentre nel caso dei livelli di assistenza sociale, per addivenire infine, colmando una lacuna normativa oramai quasi ventennale, ad una definizione nazionale che includa anche il ricorso alle nuove tecnologie nell'erogazione dei servizi sociali, definendone criteri di utilizzo, requisiti di qualità, partecipazione ai costi, diritti di informazioni e libertà di scelta, procedure di tutela.

³⁶ Per una descrizione di tale processo, sia consentito rinviare a E.A. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003.

³⁷ L'espressione è di M. MEZZA, *Algoritmi di libertà. La potenza del calcolo tra dominio e conflitto*, Roma, 2018, p. 64.

Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale

Carlo Casonato*

POTENTIAL AND CHALLENGES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT: The article, based on the writings collected in the issue, proposes a constitutionally oriented perspective of artificial intelligence (AI). Dealing with the main potentials and threats of AI, it suggests some constitutional principles as the basis for an effective regulation of the phenomenon, calling for a precise and direct human responsibility.

KEYWORDS: artificial intelligence; constitutional law; big data; responsibility; automated decisions

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una nuova missione per il costituzionalismo? – 3. Il ruolo dell'intelligenza artificiale – 4. Il ruolo della componente umana – 5. Il ruolo della responsabilità umana.

1. Introduzione

Numerose e molto interessanti sono state le tematiche e le questioni che hanno animato l'incontro parmense, di cui si raccolgono in questa sede alcuni contributi, dedicato alla intelligenza artificiale intesa quale sfida per l'etica e per il diritto. A collegare i diversi interventi si possono indicare tre profili e una breve nota finale. I tre punti riguardano: la capacità del costituzionalismo di mantenere la sua vocazione tesa alla limitazione del potere in funzione di garanzia dei diritti di fronte alle nuove sfide legate al fenomeno dei cd. big data; il ruolo dell'intelligenza artificiale e del suo utilizzo, fra potenzialità e rischi; il permanere della componente umana e del suo impiego in termini, soprattutto, di processo decisionale. La nota finale ha a che fare con la straordinaria opportunità che l'intelligenza artificiale offre al diritto, ma non solo, di ripensare le categorie propriamente umane.

2. Una nuova missione per il costituzionalismo?

Già nel 2010, il volume di dati trattati nel mondo sfiorava la cifra che è stata denominata zettabyte, equivalente a un multiplo di 180 milioni delle informazioni conservate nella biblioteca del Congresso di Washington; e alcuni studi stimano che la mole di dati impegnati nel 2020 a livello planetario sarà di 44 zettabyte¹. Questo elemento, che da solo può dare l'idea della mole di informazioni che viene

* Professore ordinario di diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Trento. Componente del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail: carlo.casonato@unitn.it. Contributo su invito.

¹ Si veda, ad esempio, l'Executive Summary 'Data Growth, Business Opportunities, and the IT Imperatives' de

prodotta quotidianamente e della relativa crescita esponenziale, va affiancato al dato che vede un numero ridottissimo di persone ed enti che possiedono e possono controllare tale nuova forma di ricchezza. Possono sostanzialmente contarsi sulle dita di una mano, infatti, le imprese che gestiscono (cui noi, ad ogni scaricamento di app sui nostri telefonini, abbiamo ceduto il diritto di gestire) questa enorme quantità di informazioni. Su queste basi, appare con evidenza l'emersione di un nuovo potere immenso, con caratteristiche che lo rendono particolarmente sfuggente rispetto alle tradizionali forme di controllo e limitazione; un potere accresciuto dalla possibilità di trattare, proprio attraverso l'intelligenza artificiale, una massa di dati incalcolabile e altrimenti concretamente ingestibile.

La prima sfida che il fenomeno dei *big data* nel suo intreccio con l'intelligenza artificiale pone al diritto è quindi quella di espandere la portata garantista tipica del costituzionalismo ben al di là dei tre poteri di montesquieuana memoria (esecutivo, legislativo, giudiziario) in modo da concepire e predisporre forme efficaci di controllo di un potere che rischia di assumere concretamente i tratti di un Leviatano incontenibile e non più controllabile². Si tratta, in estrema sintesi, di proseguire nel cammino del costituzionalismo, il quale, dopo aver storicamente sottoposto alle logiche della divisione dei poteri, della garanzia dei diritti e della *rule of law* il re, i giudici e il Parlamento; il potere di indirizzo politico, di revisione costituzionale e forse lo stesso potere costituente, deve ora volgere la propria attenzione verso quanti hanno la possibilità, di fatto e di diritto, di raccogliere e trattare un volume di dati talmente vasto e prezioso da essere paragonato a quanto era il petrolio nel secolo appena trascorso³.

In questi termini, il controllo di chi detiene i *big data* si pone sulla stessa linea del controllo del fattore economico più in generale e dei suoi principali attori⁴. Tale attività non è certo di agile svolgimento. Il potere economico legato alla disponibilità dei dati, come altri nella società globalizzata, non è facilmente localizzabile né inquadrabile all'interno di regole nazionali, ad esempio. Ma il fatto che sia evidente la tendenza a riconoscere nell'economia il fattore che con sempre maggior intensità e frequenza detta le proprie regole al diritto, anziché essere la destinataria di regole giuridiche, non deve distrarre dalla necessità di rinnovare sulla base delle esigenze contemporanee l'originaria vocazione del costituzionalismo, tesa ad una reale e concreta limitazione dei poteri in funzione di una efficace garanzia dei diritti⁵.

The Digital Universe of Opportunities: Rich Data and the Increasing Value of the Internet of Things (aprile 2014), reperibile al sito <https://www.emc.com/leadership/digital-universe/2014iview/index.htm> (consultato il 12 gennaio 2019).

² La corrispondenza con lo stato assoluto, con il Leviatano di Hobbes, è esemplificata dal fatto che il potere informatico si basa sulla crescente porzione di informazioni che ognuno di noi decide di attribuire ad esso al fine di poter godere delle mille applicazioni che lo stesso potere mette a disposizione.

³ Limitandosi al genere giornalistico, cfr. il numero dell'*Economist* del 6 maggio 2017 intitolato *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*.

⁴ Il riferimento principale in Italia va ai diversi studi affrontati da Stefano Rodotà in tema di habeas data e di democrazia, da *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie dell'informazione*, Roma-Bari, 1997 al postumo *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018.

⁵ Nemmeno il più recente intervento normativo a livello europeo, il regolamento (UE) 2016/679 (il cd. GDPR: General Data Protection Regulation) può dirsi aver realizzato tale obiettivo.

3. Il ruolo dell'intelligenza artificiale

Tale azione di limitazione non deve, ovviamente, portare ad una irragionevole contrazione degli sviluppi benefici dell'intelligenza artificiale. Come la realizzazione di forme di pesi e contrappesi per i classici poteri statali non ne ha depotenziato la funzione, ma ne ha anzi rinforzato l'andamento e la responsabilità in termini liberali e democratici, allo stesso modo il diritto che si occupa dell'intelligenza artificiale dovrà essere attento a promuovere un pieno sviluppo del suo potenziale, evitando allo stesso tempo che si realizzino abusi e utilizzazioni contrarie ai diritti delle persone⁶.

Per quanto riguarda l'intelligenza artificiale, in particolare, le diverse tematiche e prospettive trattate nei contributi qui raccolti conducono a confermare come sia utilissimo sviluppare per l'intelligenza artificiale un ruolo di assistenza nei confronti di una molteplicità, forse della totalità, delle attività umane. Dall'autista che può essere supportato in un sorpasso più prudente, al pilota che può affidarsi ad una modalità assistita per un atterraggio in sicurezza; dal datore di lavoro che deve esaminare centinaia di curricula, all'avvocato che deve selezionare i precedenti utili alla sua causa; dal medico alle prese con una immagine medica digitale (*imaging*), al giudice che si trova a valutare la pericolosità sociale di un imputato, sono già centinaia le operazioni umane che possono trarre dall'ausilio dell'intelligenza artificiale vantaggi in termini di maggior velocità, certezza e sicurezza.

Allo stesso modo, però, ritengo che sia opportuno impedire una vera e propria sostituzione dell'umano ad opera dell'artificiale in tutte le decisioni che (i) siano dotate di una certa rilevanza per la persona coinvolta e che (ii) prevedano un intervento di natura discrezionale. In questo senso, ad esempio, la regolazione del traffico attraverso l'utilizzo di semafori coordinati può essere efficacemente (e legittimamente) affidata ad un sistema intelligente che ne massimizzi la regolarità e la prontezza. Altro conto, mi sembra, sarebbe delegare ad un esame completamente automatizzato la concessione della patente di guida. A maggior ragione, ritengo sia necessario mantenere un intervento propriamente umano, pur assistito da intelligenza artificiale, all'interno di processi decisionali relativi, solo per fare qualche esempio, all'ammissione dei malati in terapia intensiva o all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale, a una valutazione di impatto ambientale o alla concessione o revoca di un porto d'armi, alla scarcerazione su cauzione (la questione del *Jail or Bail*) o ad una vera e propria sentenza di assoluzione o di condanna⁷. In questo senso, ritengo che la componente umana (di carattere intuitivo, creativo, affettivo, relazionale, forse perfino emotivo) che per alcuni osservatori è riconducibile ad un dannoso, e perciò da eliminare, rumore di fondo, non debba essere sostituita da una presunta oggettività delle funzioni algoritmiche piuttosto che di *machine e deep learning*. E questo, anche a motivo del fatto che, ad esempio, non si può dire che le logiche algoritmiche o quelle di autoapprendimento siano di per sé più neutrali dei ragionamenti umani che

⁶ In termini generali, si possono applicare al diritto dell'intelligenza artificiale le stesse caratteristiche proposte per il biodiritto: C. CASONATO, *21st Century BioLaw: a proposal*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017, 1, pp. 81 ss.

⁷ Sull'ultimo profilo, con prospettive assai diverse, J. KLEINBERG et al., *Human Decisions and Machine Predictions*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 133, 1, 2018, pp. 237 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2018, 1, pp. 1 ss.

pure stanno alla base della loro costruzione e implementazione⁸, presentando al contempo il problema della tracciabilità del percorso attraverso il quale è presa la decisione automatizzata⁹. La complessità del passaggio dei dati attraverso le reti neurali del *deep learning*, ad esempio, difficilmente permette una verifica sulle singole fasi del procedimento, impedendo la possibilità (giuridicamente invece necessaria) di un controllo sulla congruità delle motivazioni alla base della decisione.

In questi termini, mi pare che se la assistenza dell'attività umana da parte dell'intelligenza artificiale possa portare grandi benefici, una sua completa sostituzione sia da evitare.

4. Il ruolo della componente umana

In quest'ottica, perlomeno per gli ambiti sopra esemplificati, è possibile proporre la configurazione di un diritto di essere destinatari di decisioni che siano il risultato di un processo in cui sia presente la componente umana. Se ne potrebbe trattare, in qualche misura, analogamente al diritto di essere giudicati da una giuria di pari; pari in quanto umani.

Lo stesso citato regolamento generale sulla protezione dei dati (UE, 2016/679) si muove in questa direzione. Al considerando 71, infatti, recita: «L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani. Tale trattamento comprende la 'profilazione', che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». L'art. 22, sul 'Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche' dispone su questa linea che l'interessato ha «il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.» Il successivo comma, però, pare depotenziare significativamente la portata di tale diritto, prevedendo che la disposizione non si applichi nei casi in cui la decisione «a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato»¹⁰.

⁸ Da ultimo, L. REYZIN, *Unprovability comes to machine learning*, nel numero di *Nature* del 7 gennaio 2019 (<https://www-nature-com.ezp.biblio.unitn.it/articles/d41586-019-00012-4>).

⁹ Si tratta del noto fenomeno della cd. black box. Cfr., ad esempio, W. KNIGHT, *The Dark Secret at the Heart of AI*, in *MIT Technology Review*, April 11, 2017 (<https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>).

¹⁰ L'art 22 si conclude con i successivi due commi.

Allo stato, pare necessario approfondire e ulteriormente indagare i motivi alla base di tale nuovo diritto oltre che il suo perimetro; diritto che, come anticipato, si dovrà configurare diversamente a seconda degli ambiti coinvolti, della rilevanza delle decisioni da prendere e dei bilanciamenti complessivi con interessi contrapposti come quelli alla sicurezza, efficacia, speditezza ed economicità.

In ogni caso, non pare che la scelta di mantenere un ruolo per la componente umana, e di conseguenza di evitare lo sviluppo di una piena autonomia artificiale, possa essere aprioristicamente criticata di eccessivo conservatorismo. Che tutto ciò che è tecnicamente possibile non sia anche di per sé (eticamente e giuridicamente) lecito è principio ormai diffuso e accettato quasi unanimemente. E se si guarda a qualche decennio addietro, ci si rende conto come l'esigenza di regolare, e quindi anche di porre degli argini, alle applicazioni tecnologiche delle nuove scoperte scientifiche sia una costante nell'origine della bioetica come del biodiritto¹¹.

Nel caso dell'intelligenza artificiale, si tratta – come anticipato e come evidente in molti degli scritti qui raccolti – di pensare a nuovi principi e categorie giuridiche, o di modellarne di tradizionali, che possano disciplinare in maniera equilibrata e proporzionata un fenomeno che è già presente nella vita quotidiana e che nel giro di qualche anno è stimato possa trasformare la nostra stessa esistenza.

5. Il ruolo della responsabilità umana

Questo ordine di considerazioni conduce alla nota finale anticipata in apertura. Una delle sfide più appassionanti del diritto dell'intelligenza artificiale, infatti, pare essere quella legata al ruolo che la società odierna e quella futura vorranno mantenere per gli esseri umani. Vista la forte interdipendenza e complementarità fra ambito dell'intelligenza artificiale e ambito dell'intelligenza umana, la disciplina che decideremo di adottare per le macchine e i robot dotati di intelligenza artificiale indicherà allo stesso tempo, in via residuale, la disciplina che avremo riservato per noi stessi. Nel momento in cui avremo deciso di delegare all'intelligenza artificiale un determinato ordine di decisioni, così, avremo allo stesso tempo deciso di spogliarcene, e viceversa.

Quella che in queste poche righe di considerazioni conclusive ho deciso di proporre, tuttavia, non è una parabola di sottrazione né un gioco a somma zero, ma, semmai, di integrazione. Si tratta, se si vuole, di applicare il principio di sussidiarietà ad una realtà inedita, in cui però persone e macchine saranno chiamate a svolgere ciò che sanno fare meglio, senza che vi sia una completa o definitiva sostituzione delle seconde sulle prime. Si tratta di individuare ed assumere una responsabilità, che non può che essere pienamente umana, nell'accompagnare un progresso scientifico-tecnologico decisivo

«3. Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

4. Le decisioni di cui al paragrafo 2 non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.»

¹¹ La riflessione sulle scienze della vita, come sviluppata originariamente da Fritz Jahr e poi da Potter, si muoveva lungo questa traccia, ponendosi l'obiettivo di porre dei limiti al tecnicamente possibile in vista del mantenimento delle possibilità di vita sul pianeta (la bioetica) e di una tutela ai diritti delle persone (il biodiritto): C. CASONATO, *Biodiritto*, in corso di pubblicazione.

verso un futuro in cui si dovranno adattare o creare nuove categorie giuridiche, anche legate alla personalità o addirittura alla cittadinanza¹².

Questa ottica, facendo pure un salto logico e storico, ricorda il ruolo del protagonista del libro di Mary Shelley, *Frankenstein o il Moderno Prometeo*. Tale opera, di poco più di duecento anni fa e il cui sottotitolo è fortemente evocativo, porta in luce in realtà la mancata assunzione di responsabilità di Viktor nei confronti della sua creatura. «*The real failure of Victor Frankenstein is not that he creates the monster, but that he fails to discharge the duties of a parent. The bitter complaint of the monster is that he was born benevolent and happy, but has been made miserable (both in the sense of unhappy and in that of being morally despicable) by the physical form he was given and by the subsequent neglect of his creator*»¹³.

Da un angolo visuale non troppo distante, possiamo immaginare il diritto dell'intelligenza artificiale come un'occasione per assumersi una responsabilità, in termini 'quasi-genitoriali', nei confronti di macchine e robot che potranno sviluppare forme di intelligenza anche molto sviluppate, profonde logiche di autoapprendimento e spiccati margini di indipendenza. Nel pensare al loro ruolo nella società di domani, la citata vocazione del costituzionalismo dovrebbe quindi condurci a pensare con attenzione al ruolo ed allo spazio che vorremo mantenere per noi stessi, per il nostro potere e i nostri diritti.

Il diritto dell'intelligenza artificiale sarà anche diritto dell'essere umano; la narrazione dell'intelligenza artificiale sarà anche narrazione dell'umano.

¹² B. WATERS, *Citizen Sophia: It's (Past) Time to Legislate Robotics Regulation*, in *Georgetown Law Technology Review*, November 2017 (<https://georgetownlawtechreview.org/citizen-sophia-its-past-time-to-legislate-robotics-regulation/GLTR-11-2017/>).

¹³ La citazione è tratta dal blog del Nuffield Council of Bioethics (13 luglio 2018): D. ARCHARD, *Frankenstein: the monster's shadow* (<http://nuffieldbioethics.org/blog/monsters-shadow>).

Codifier l'incodifiable*: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida

Antonio Vallini**

CODIFIER L'INCODIFIABLE: THE "GENERAL AND ABSTRACT" LAW AND THE "UNIQUENESS" OF THE CLINICAL ACT

ABSTRACT: Having regard to the topic of negligence in medical activities, the main challenge that Italian Criminal Law has to face consists in finding a juridical approach useful to recombine, on the one hand, the rigid deontology of the general and abstract law which defines a crime and, on the other, the high complexity and uniqueness of each clinical case. A good solution can be found by careful building the model agent as standard of any evaluation concerning negligence. Such a model has to be neither too similar to the concrete physician, otherwise the negligence as *mens rea* requirement could never be affirmed, nor too similar to an abstract omniscient metaphysical doctor, otherwise it could become source of precautionary rules that are unrecognizable and therefore dysfunctional for the ordinary clinical activity. The best compromise can be found by paying attention to the particular features of this activity, that is by considering the reasons why the sanitary professions is not actually comparable to other typologies of human behaviors that can be considered from the point of view of the negligence. This essay makes a constructively critical analysis of several different approaches of scholars, tribunals and legislator to this kind of issues, with particular regard to the more recent Italian laws on medical responsibility, that have developed the parameter of guidelines.

KEYWORDS: criminal liability of the physician; negligence; model agent; clinical decision; guidelines

SOMMARIO: Archeologia delle tensioni tra medicina e diritto – 2. L'agente modello, tra pretese generali e astratte e possibilità dell'agente concreto – 3. Gli irriducibili motivi di complessità dell'atto medico... – 4. ...e la misura della colpa medica – 5. Il "potere" e il "dovere" del medico secondo la giurisprudenza penale – 6. Le linee guida: occasione di una sintesi legislativa tra prospettiva penalistica e medica – 7. La lettura creativa, di dubbia ragionevolezza, delle Sezioni Unite – 8. Ma che ne fu, infine, di Critobulo e Alessandro? Il sottostimato ruolo del paziente.

* Piccolo omaggio a Léo Ferré, cantore dell'anarchia...

** Professore ordinario di diritto penale – Università di Pisa. Mail: antonio.vallini@unipi.it. Contributo sottoposto a referaggio del Comitato Scientifico.

1. Archeologia delle tensioni tra medicina e diritto

Narra Quinto Curzio Rufo, nelle sue *Historiae Alexandri Magni*, di un medico rinomato, chiamato ad affrontare una sfida a dir poco angosciante: Alessandro Magno, il grande re macedone, è stato colpito in profondità da una freccia e rischia di morire, sia che lo si operi, sia che nulla si faccia:

«...riportato Alessandro nella tenda, i medici tagliarono l'asta della freccia conficcata nella carne, così che la punta non si muovesse. Avendo denudato il corpo, videro che c'erano degli uncini nel dardo, sicché, per estrarlo, era necessario allargare la ferita. Nondimeno, i medici temevano, così operando, di provocare una grave emorragia, e che la freccia penetrasse ancor più in profondità, fino alle viscere. Critobulo, di eccelsa abilità tra i medici, ma atterrito da un così grave pericolo, esitava a intervenire, preoccupato che l'infelice esito dell'operazione ricadesse sulla sua testa...».

La vicenda è un antico concentrato di temi inerenti al rilievo professionale, sociale e giuridico dell'attività sanitaria, e già lascia presagire la questione della medicina difensiva. Critobulo è costretto tra la piena consapevolezza della complessità clinica del caso, le pretese del "diritto" (impersonato dal sovrano) a che si ottenga un risultato, l'affetto verso il sovrano-paziente, e il timore sommo di una sanzione. Egli pare disorientato da una deontologia che gli offre indicazioni contrastanti: osservare l'obbligo che gli impone di provare a salvare il malato, nella consapevolezza, però, della inesigibilità di un esito fausto, perché le caratteristiche del caso clinico non fanno presagire un risultato diverso da quel che si otterrebbe astenendosi. Il rischio di questo conflitto interiore – che è, in definitiva, conflitto tra *leges artis*, regole deontologiche, norme giuridiche sulla responsabilità – è di indurre alla medicina difensiva. La tentazione è quella di non fare, per non veder concentrata su di sé la colpa dell'eventuale tragedia, o forse solo perché l'angoscia inibisce l'azione. Ma, si badi, anche questa è scappatoia che porta poco lontano, perché la responsabilità potrebbe darsi anche per omissione. Pare davvero non esserci via d'uscita, e l'animo del medico, turbato da un così estremo contrasto di motivazioni, è facilmente incline all'errore.

È per forza destinata, la regola giuridica – tendente per sua natura a una certa rigidità, e a una portata generale e astratta – a non poter "comprendere" fino in fondo la complessità della decisione terapeutica, ad avanzare pretese mai perfettamente "metabolizzabili", comprensibili, esigibili, dal medico, che prima di tutto dovrebbe lasciarsi ispirare dalle logiche più fluide della sua scienza e coscienza, applicate alle irriducibili peculiarità del caso concreto?

2. L'agente modello, tra pretese generali e astratte e possibilità dell'agente concreto

In ambito penalistico, il momento di "sintesi" virtuosa tra la pretesa giuridicamente sanzionata, e le indicazioni desumibili dalle *leges artis* valide in rapporto alla situazione clinica specifica, dovrebbe collocarsi nella colpa (categoria che si incentra sulla violazione rimproverabile di una regola cautelare volta a impedire l'evento); essendo, il parametro di giudizio della colpa, costituito da un "agente mo-

dello" (*l'homo eiusdem condicionis ac professionis*)¹ il cui agire ipotetico si ispira a quanto il medico sulla base delle regole della sua professione avrebbe potuto e dunque dovuto fare per gestire nel miglior modo il paziente affidato alle sue cure.

In estrema sintesi, può asserirsi che il rischio che l'agente modello avrebbe potuto «riconoscere» e «governare», diviene il rischio che l'agente concreto avrebbe dovuto «riconoscere» e «governare». Il *Können* dell'agente modello è il *Sollen* (regola cautelare) dell'agente concreto, la cui violazione indica la colpa.

Ma che fattezze ha, questo agente modello?

Sappiamo prima di tutto che egli non può coincidere con l'autore effettivo, del quale altrimenti scenderebbe, per definizione, tutti i limiti professionali, culturali, d'abilità, senso-percettivi e situazionali, di modo che il "dovere" di agire si appiattirebbe sul "potere" dell'agente concreto, quale appunto rivelato dalle azioni e dagli errori commessi, invece che fargli da parametro critico. La colpa non ci sarebbe mai.

Per altro verso, però, un'eccessiva «astrazione» dell'agente modello rispetto all'agente concreto conduce a definire regole cautelari irriconoscibili dal medico che davvero ha scelto e agito, troppo distanti dalla sua cultura professionale, sostanzialmente inservibili e incapaci di sostenere giudizi ragionevoli di colpa.

La giusta misura la si rinviene, tendenzialmente, distinguendo tra limiti fisiologici e patologici.

L'agente modello non può essere condizionato dalle carenze *patologiche* del pensare e dell'agire del medico concreto; quelle, cioè, che l'ordinamento, *senza contraddirsi*, può e deve considerare bisogno di correzione, in quanto non conformi all'esigenza di tutela dei beni giuridici in gioco, ai contenuti dell'obbligo di garanzia, e dall'ordinamento stesso in nessun modo "autorizzate" o "tollerate".

Così, se il chirurgo entra in sala operatoria un po' ebbro, il corrispondente agente modello è, invece, sobrio; se il chirurgo opera in un certo modo solo perché in quel reparto «da sempre usa così», l'agente modello si ispira, invece, alle prassi accreditate in sede internazionale.

¹ Tra i contributi più risalenti: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 193 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 239 ss. Si tratta di una acquisizione che, pur secondo varie declinazioni, ha poi influenzato numerosi studi, che qui non avremmo lo spazio di richiamare (da ultimo e per tutti: C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enc.dir., Annali*, X, Milano, 2017, 231 ss.; per una recente, articolata rielaborazione proprio nel settore della responsabilità medica, con dovizia di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, v. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 51 ss.; cfr. al riguardo O. DI GIOVINE, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "Colpa medica e sicurezza delle cure" (Giappichelli, 2017)*, in *Riv.it.med.leg.dir.san.*, 2018, 859 ss.); ormai ampiamente accreditata anche nella manualistica e, tendenzialmente, in giurisprudenza (v. però *infra* nel testo), ma non pacifica. Tra i principali modelli alternativi possiamo ricordare quello della colpa come violazione di consuetudini od usi cautelari (*in primis* F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, 242 ss.; in ambito medico v. anche D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, spec., 191 ss.), quello di una doppia misura della colpa – una prima misura data dalla *miglior scienza ed esperienza*, una seconda da un parametro più soggettivizzato (F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 10° ed., Padova, 2017, 333; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 11° ed., Milano, 2017, 251 ss.), quello di un unico parametro soggettivizzato di colpevolezza (G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 449 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 127 ss.).

Limiti *fisiologici* sono invece quelli di cui l'ordinamento *non può pretendere il superamento, se non contraddicendosi*. Ragion per cui essi dovranno vincolare il potere dell'agente modello, che è appunto l'espressione metaforica di quanto l'ordinamento pretende, ma anche di quanto l'ordinamento accetta. Per intendersi: se l'ordinamento consente, anzi domanda, di lavorare in quell'ospedale dove mancano certi macchinari, l'agente modello egualmente non ha a disposizione quei macchinari, e l'agente concreto non potrà essere in colpa per non aver compiuto scelte ostacolate da una simile carenza strutturale; se la legge stessa ammette che lo specializzando assuma «compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolate alle direttive ricevute dal tutore» (art.38 d.lgs. 368/99), non potrà ritenersi in colpa lo specializzando concreto per aver effettivamente assunto simili compiti, ma al tempo stesso non gli si potrà rimproverare un difetto di autonomia clinica, per essersi attenuto alle direttive ricevute dal sovraordinato.

Altro limite fisiologico da tener presente è quello, per così dire, prospettico: l'agente modello deve far da parametro a un medico giocoforza chiamato a decidere di una situazione clinica orientata verso un futuro incerto, e su decorsi eziologici variabili e in parte insondabili. Egli non deve, dunque, corrispondere al perito che ragiona freddamente, col senno di poi, di un processo causale ormai esaurito e da quella prospettiva unidirezionale (il passato non conosce alternative). In altri termini, il giudizio di colpa deve operare, idealmente, *ex ante*: l'agente modello dispone degli «indizi di rischio» e delle *leges artis* reperibili al momento della condotta, e risente del contesto e delle circostanze in quel frangente esistenti².

Emancipare l'agente modello persino dai limiti fisiologici con i quali si confronta il medico in concreto, significa costruire il giudizio di colpa su di una pretesa irrealistica, distante dalla realtà della prassi clinica. Ne deriveranno disfunzioni, oltre che in termini di colpevolezza (il medico viene rimproverato sulla base di una misura di esigibilità che non gli si addice), anche sul piano general-preventivo, con ricadute in punto di tutela della salute del paziente: il medico, per non incorrere in responsabilità (o anche soltanto nella fatica del processo), più che farsi orientare dalle buone prassi si spingerà genericamente a "immaginare" cosa mai un eventuale pubblico ministero, e poi un giudice, potrebbero rimproverargli a posteriori, e quindi optare per una sorta di "medicina penalisticamente orientata", magari volta a un "fare tutto" che non necessariamente corrisponde al miglior bilanciamento costi-benefici in rapporto al caso concreto, e probabilmente comporta disfunzioni di sistema e spreco di risorse. Oppure, viceversa, potrebbe orientarsi verso un timoroso *non facere*, così ancora una volta mettendo a repentaglio la salute del paziente³.

² Per tutti C. PIERGALLINI, *op.cit.*, 228.

³ AA.VV., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010; v. poi il *focus* in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085 ss., con contributi di L. EUSEBI, R. BARTOLI, A. ROIATI, nonché, volendo, A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1 ss. Tra le monografie, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012.

3. Gli irriducibili motivi di complessità dell'atto medico...

Conviene ora stringere la focale, e vedere più nel dettaglio quali sono le concrete e peculiari difficoltà con cui l'attività medica, in particolare, si confronta, e quali riflessi esse proiettano sul parametro del giudizio di colpa.

Da considerare, in primo luogo, la *varietà e variabilità delle leges artis*. In ambito medico le regole cautelari volte a gestire i rischi "nascono" dal (e muoiono nel) ventre di una scienza ed esperienza medica che evolve, muta, si confronta problematicamente in rapporto a casi clinici e pazienti concreti a loro volta sempre singolari, unici, mai interamente riconducibili a un tipo astratto; mutevoli per anamnesi, comorbidità, età, condizione fisica, caratteristiche genetiche. Le prescrizioni sull'agire clinico si conformano al livello di specializzazione e competenza del professionista (rispetto allo stesso caso, alcuni medici – ad es. quelli di specializzazione inferiore, o di altra specializzazione – avranno doveri di sollecitare, "istruire", e cooperazione con, la responsabilità altrui, pena altrimenti una colpa per assunzione; altri invece – di specializzazione più pertinente ed elevata – dovranno personalmente intervenire⁴); mutano in considerazione del livello di urgenza e complessità (regole cautelari più complesse richiedono tempo e spazi di meditazione e organizzazione, quindi in caso di urgenza si devono adottare regole differenti, di carattere ad es. attendista, emergenziale, ecc.); o, ancora, in ragione di dati organizzativi e di contesto (ad es. la regola cautelare che suggerisce di compiere certi interventi con macchinari sofisticati, o che si rivolge a competenze elevatissime e singolari, dovrà lasciare spazio ad altre regole cautelari in quei contesti in cui quei macchinari non esistono, o dove i medici legittimamente dispongono di abilità più ordinarie; la prescrizione praticabile solo disponendo dell'ausilio di certe reparti e strutture – ad es. terapia intensiva neonatale – non andrà bene dove non è predisposta quel tipo di risorsa, ecc.); in rapporto, infine, a sinergie con altri colleghi.

In specie, in caso di attività di *équipe*, bisogna muovere dal presupposto che la differenziazione dei ruoli, delle competenze, e delle attenzioni, e l'affidamento in quanto farà l'altro, in linea di principio costituisce una *lex artis* di carattere organizzativo⁵: serve per velocizzare l'intervento, e garantire che ciascuno possa massimamente concentrarsi sui propri compiti, senza dover continuamente distrarsi per interferire in quelli altrui, e senza essere continuamente distratto dalle interferenze altrui.

Un'altra difficoltà peculiare è data dalla *impossibilità di sottrarsi al rischio, rectius* a un bilanciamento di rischi. Come la vicenda di Critobulo dimostra.

Il medico resosi garante del malato ha da gestire premesse causali già operative nella malattia. Non attivarsi significa, dunque, assumersi se non altro la responsabilità di non aver contrastato eziologie in atto. Inoltre, il rifiuto di intervenire non è mai comportamento "vuoto". Esso è sempre correlato a qualche attività "positiva" di diagnosi e valutazione del caso clinico, e – salvo che tale valutazione

⁴ G. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 448 ss.

⁵ V. già A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir.pen.proc.*, 2000, 1634 ss.; G. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2012, 967; L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2013, 1226; M.L. MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1225 ss. (cui si rinvia per più estesi ed aggiornati riferimenti bibliografici).

porti a concludere che non c'è alcuna patologia rilevante – è accompagnato dall'adozione di accorgimenti cautelari supplementari: indirizzare altrove o ad altri, consigliare un *follow up*, ecc. ecc..

Per altro verso, ogni volta che sceglie di intervenire, il medico si accolla un rischio per quello stesso bene che è chiamato a salvaguardare: perché la medicina agisce sul corpo, e per ciò solo interferisce con quegli equilibri sintetizzabili nel concetto di salute⁶.

Nessuna scelta, in definitiva, è a costo zero; neppure quella di non compiere alcun trattamento. Ogni opzione sottintende un bilanciamento tra pregiudizi temuti e benefici attesi. Il medico, di professione, assume rischi, per provarne a scongiurare di superiori. Detto in altri termini, c'è sempre una misura di *rischio consentito*⁷, anzi doveroso.

Caratteristica è, poi, la *competenza di ciascun sanitario a gestire, di solito, soltanto "quote" di rischio*. Le *leges artis* molto spesso non sono pienamente funzionali, né di per sé sufficienti, alla massima prevenzione dell'evento avverso, ma soltanto valgono a governare alcuni circoscritti fattori potenzialmente concausali. Qualcuno connota queste regole cautelari come "improprie", a segnalarne la caratteristica non interamente e, dunque, non propriamente cautelare⁸. I motivi di tale fenomeno sono diversi.

Spesso sono regole volte a gestire rischi "intermedi", di carattere "relazionale", legati al successivo o collaterale intervento di altri soggetti – altri medici per lo più, ma anche chi ha responsabilità di carattere gestionale ed organizzativo – o dello stesso paziente. Per intendersi, una diagnosi ben fatta, di per sé, non guarisce nessuno, non argina in alcun modo il degenerare della malattia, ma fa da stimolo al paziente affinché si sottoponga ad ulteriori interventi di carattere più propriamente curativo, e fa da viatico a successive prestazioni (ad es. del chirurgo) capaci, quelle sì, di contrastare la malattia. Per converso, il chirurgo gestisce a sua volta un segmento di rischio, perché il suo agire sarebbe più pericoloso che proficuo se altri non si fossero misurati adeguatamente con distinti passaggi del trattamento, ad es. ed appunto quelli inerenti alla diagnosi, o alla preparazione pre-chirurgica. Allo stesso modo, evidentemente, un'anestesia ben calibrata in rapporto alla tipologia di intervento gestisce un profilo di rischio estremamente specifico, ma al tempo stesso opera in sinergia con l'atto più propriamente chirurgico, contribuendo – ma marginalmente – a incrementarne la portata "preventiva" di possibili danni al paziente. Anche nei rapporti col paziente vale lo stesso: la prescrizione di un farmaco di per sé non previene alcunché, ma serve ad orientare il malato affinché prenda quel medicamento come e quanto serve.

Ancora: già si è segnalato come sia onere del sanitario temperare sempre, con accorte prognosi, tra eventualità di diverso segno; talché, un comportamento che, magari, sarebbe idoneo a contrastare radicalmente un certo fattore di rischio (ad es.: l'asportazione chirurgica totale di un tumore), può essere comunque sconsigliato perché troppo pericoloso su altro fronte (ad es.: elevata è la probabilità di lesione di certi grandi vasi). Di conseguenza, la regola cautelare, bilanciando, può prescrivere una regola di azione (ad es.: attuare una radioterapia) dalla portata preventiva circoscritta rispetto a un evento, e però di maggior significato preventivo rispetto ad altro possibile evento concomitante.

⁶ G. DE FRANCESCO, *Al capezzale della colpa medica*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2015, 883.

⁷ Su tale nozione: G. FORTI, *op. cit.*, 251 ss.; F. MANTOVANI, *op. cit.*, spec. 344 ss.; da ultimo C. PIERGALLINI, *op. cit.*, 239 ss.

⁸ P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Padova, 2003, 15 ss.

Insomma, la *lex artis* può facilmente rinunciare, in parte, a governare pienamente un certo rischio, per potersi così meglio occupare di altri rischi⁹.

Vi è poi da tener conto che la medicina, sovente, si confronta con eziologie in certa misura insondabili nella loro qualità ed estensione, perché magari non ancora pienamente illuminate dalla scienza, o non pienamente focalizzabili in rapporto alle specificità del singolo caso clinico. In questo caso, dunque, le regole cautelari sono limitate a contenere il margine noto di rischio, ma compiono al più una scommessa sui profili ignoti.

Altro elemento di estrema complicazione è dato da un ordinario fenomeno di *concorso di regole cautelari*¹⁰. Di frequente su di un medesimo caso clinico convergono una pluralità di *leges artis*: perché il rischio è complesso, multifattoriale, e bisogna seguire cumulativamente più indicazioni operative per il governo di ogni singolo profilo problematico (concorso cumulativo di regole cautelari); perché differenti scuole di pensiero propongono differenti approcci – ciascuno con distinti pro e contro, nessuno preferibile *a priori* – per lo stesso caso clinico (concorso alternativo di regole cautelari)¹¹; perché alcune regole cautelari, pur ancora dotate di una loro validità, risultano superate da altre più aggiornate, maggiormente accreditate sul piano scientifico, sorrette da un più apprezzabile bilanciamento costi/benefici (concorso apparente di regole cautelari: in questo caso solo le seconde meritano d'essere seguite, finché possibile).

Un tale pluralismo di riferimenti deontici, e varietà di fenomeni di concorso, è esemplarmente rappresentato, ad es., dal seguente passaggio di una linea guida in materia di taglio cesareo¹²:

Non esistono studi definitivi per asserire l'efficacia della moxibustione quale tecnica efficace nel ridurre la probabilità di taglio cesareo in caso di presentazione podalica del feto. Ove non sussistano controindicazioni, sono dunque senz'altro da preferire tecniche supportate da maggiori evidenze, come il rivolgimento per manovre esterne [*concorso apparente di regole cautelari*]. [...] Il rivolgimento per manovre esterne, volto a ridurre le probabilità di taglio cesareo in caso di presentazione podalica del feto, sebbene in linea di principio da adottare, ed oggetto di raccomandazioni presenti in linee guida, tuttavia è controindicato in certi casi specifici, in rapporto ai quali deve essere sostituito da altre tecniche: travaglio di parto, rottura delle membrane, anomalie cardiocografiche, placenta previa, sanguinamento vaginale, cicatrici e malformazioni uterine e specifiche condizioni cliniche materne e/o fetali [*concorso apparente*, in alcuni casi, e in altri *alternativo* di regole cautelari]. [...] In caso di manovre esterne volte a ridurre la necessità di ricorrere al parto cesareo in caso di presentazione podalica del feto, e salvo controindicazioni specifiche, si raccomanda in aggiunta l'utilizzo di un farmaco tocolitico (beta-mimetici per via endovenosa), essendovi evidenze che esso aumenti la probabilità di successo della procedura [*concorso cumulativo di regole cautelari*].

⁹ A. VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI, Pisa 2009, 156 s.

¹⁰ A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari" Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art.590 sexies Cp*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7 dicembre 2017, 1 ss.

¹¹ Cfr. C. BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art.590-sexies c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 11/2017, 219 s.

¹² *Taglio cesareo: una scelta appropriata e consapevole. Seconda parte*. Linea guida del Sistema Nazionale per le Linee Guida, aggiornata al gennaio 2016, 37 ss., 41 s.

Alle regole che attengono alla scelta del trattamento, sempre si cumulano, poi, quelle concernenti l'esecuzione del trattamento prescelto. Si pensi al caso preso in considerazione da Cass., sez.IV, 31.10.2017 n. 50078 (c.d. sentenza "Cavazza")¹³. In conformità a buone prassi opportunamente si opta per un intervento di *lifting*, ma ciò ovviamente non basta: bisognerà poi eseguirlo con perizia. Cosa che non avviene, sì che ne deriva una lesione del nervo sovraorbitario.

Ora, è indubbio che l'agente modello si adegua, in linea di principio, alle migliori *leges artis* disponibili. In caso di concorso apparente, tuttavia, v'è pure da capire se l'agente modello (che, come abbiamo ricordato, deve rispecchiare alcuni limiti culturali e professionali fisiologici dell'agente concreto) sarebbe stato in grado di conoscere, e/o applicare in concreto, la regola consigliabile da una troppo astratta "miglior scienza ed esperienza". Mentre in caso di concorso alternativo tra indicazioni di cui nessuna possa definirsi in assoluto preferibile, il medico non potrà essere ritenuto in colpa solo per essersi attenuto all'una piuttosto che all'altra. Infine, in caso di concorso cumulativo, non v'è ragione per cui la colpa dovrebbe essere esclusa per avere il medico osservato solo una (ad es. quella inerente alla scelta del miglior approccio terapeutico), ma non l'altra (ad es. quella riguardante l'esecuzione dell'approccio terapeutico), delle regole cautelari tutte attinenti alla sua competenza.

Essenziale, in ambito medico, è poi il *dato di contesto*¹⁴: vale a dire, in particolare, la struttura in cui si agisce, da cui può dipendere la disponibilità di risorse economiche, tecniche, umane, organizzative, nonché la logistica del personale che incide sulle dinamiche del reparto, i turni, le reperibilità, la disponibilità di specifiche professionalità. Al contesto, già lo abbiamo osservato, devono adeguarsi le regole cautelari, e in ragione del contesto si definisce l'allocazione della disfunzione che poi determina l'evento; con possibili aperture alla (cor)responsabilità penale per chi abbia compiti direttivi e gestionali. Per intendersi, non può essere addebitato al medico il mal funzionamento di strutture basilari (ad es. bocchettoni per l'ossigeno), la non piena funzionalità degli avvicendamenti tra colleghi nello stesso reparto, un eccesso di stress del singolo sanitario, la mancanza di adeguate risorse a sostegno del pronto soccorso, ecc... Posta l'estrema "tecnologizzazione" della medicina attuale, v'è altresì da considerare possibili corresponsabilità di chi offra una prestazione non strettamente medica, ma magari ingegneristica, di fisica sanitaria, ecc., nella progettazione, costruzione e installazione di certi macchinari, o anche all'interno di una medesima *équipe* complessa.

In definitiva, bisogna tener conto che il medico si trova praticamente sempre nella condizione – più o meno esasperata, a seconda dei casi – di compiere una scelta non scontata, lineare e univoca: salvo casi di medicina basica, per così dire, la regola cautelare non gli si prospetta quasi mai con nettezza, non è unica e non è "unidirezionale"¹⁵, ed è fortemente influenzata da interazioni con altri, e dal

¹³ in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2017, nota C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*.

¹⁴ Di recente, al riguardo, R. BARTOLI, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2018, 793 ss.

¹⁵ Cfr. G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica, e recenti riforme*, in www.laegislazionepenale.eu, 2 maggio 2017, 3 ss.; R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*. (Un dialogo con la giurisprudenza), a cura di R. BARTOLI, Firenze 2010, 119.

contesto strutturale e organizzativo. Egli deve per forza scegliere, pur difettando scelte immuni da incognite; deve avventurarsi nel bilanciare possibili rischi per il medesimo bene, sovente potendo governare soltanto una circoscritta quota di precondizioni causali, e dovendo per il resto affidarsi a competenze e scelte altrui, o a una sorte più o meno illuminata da dati scientifici.

La decisione clinica è, in definitiva, un processo assai complesso, denso di insidie, in cui naturalmente – anche se non sempre scusabilmente, ci mancherebbe – possono insinuarsi *bias* valutativi (che portano a sopravvalutare certi rischi rispetto ad altri in quanto più noti all'esperienza personale; a sopravvalutare certi rischi "tipici" e a sottovalutare certi rischi solo perché meno "tipici"; a sottovalutare certi rischi di trattamento piuttosto che altri perché magari, come spesso capita, studi scientifici con risultati negativi compaiono in riviste meno "accessibili"). *Bias* tanto più possibili, quanto più la scelta è concitata, e dunque meno è possibile attivare un "pensiero lento", meditativo, e invece bisogna affidarsi a un pensiero "veloce", di carattere intuitivo¹⁶. *Bias* su cui possono incidere anche condizioni umane: non dimentichiamo che il medico è un uomo, che può essere in non perfette condizioni di salute, in ansia per problemi familiari, ecc.ecc.

4. ...e la misura della colpa medica

L'*homo eiusdem condicionis ac professionis* andrà dunque caratterizzato tenendo conto di questi molteplici e variegati fattori di complessità, legati all'attività medica professionale svolta (*professio*), ma anche a dati di contesto (*condicio*)¹⁷: ovviamente finché si tratti, merita ribadirlo, di ostacoli fisiologici, connaturati alla realtà dell'atto medico, o comunque accettati o addirittura imposti dall'ordinamento; mentre, invece, fattori "patologici" si esporranno a un doveroso superamento (così, ad es., in caso di concorso cumulativo di regole cautelari, il fatto che il medico ne abbia osservata correttamente una – ad es. quella che orientava la scelta terapeutica – non lo esime dal dover, poi, seguire correttamente anche altra – ad es. quella sulle modalità di esecuzione della scelta terapeutica).

Ciò porta a dire, in estrema sintesi, quanto segue.

1. Posto un concorso di regole cautelari alternative, a nessuna delle quali possa assegnarsi a priori il predicato di "migliore" (specie adottando, come necessario, una prospettiva *ex ante*), il medico legittimamente può attenersi a una differente da quella prediletta dal perito e dal giudice. Altrimenti ragionando, il giudizio di colpa attenterebbe a quel pluralismo pratico-scientifico necessario al progresso della scienza medica nel suo complesso, e dunque consentaneo a un progetto costituzionale di tutela della salute pubblica.

2. La regola cautelare dovrebbe essere costruita su quanto possiamo e dobbiamo attenderci da un medico di quella specializzazione, investito di quel ruolo gerarchico-organizzativo, di quel grado di esperienza, operativo entro quel contesto, nella misura in cui l'ordinamento consente a un medico così caratterizzato di prendersi cura del paziente. Tale aspetto, tra l'altro, può assumere rilievo significativo quando consti un concorso apparente di regole cautelari: lo specializzando, o comunque il

¹⁶ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2015, passim. Cfr. M. CAPUTO, *op. cit.*, 153 ss.

¹⁷ Cfr. F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1294 s.; M. CAPUTO, *Colpa penale*, cit., 203 ss.

medico tenuto a un aggiornamento non straordinario (perché, ad es., esterno a centri di ricerca), potrebbe scusabilmente non disporre ancora delle competenze e nozioni sufficienti a fargli apprezzare (o dei mezzi necessari per potere eseguire) precetti professionali più aggiornati, quindi risultare non in colpa per aver adottato approcci ancora di una certa validità preventiva, ma in assoluto non (più) ottimali.

3. Non basta dire al medico imputato «non avresti dovuto compiere la scelta (attiva od omissiva) che hai compiuto», giacché il *non liquet*, la pura astensione, in quell'ambito professionale non è concepibile. Bisogna sempre domandarsi quale condotta alternativa egli avrebbe dovuto tenere, e domandarci se, per caso, essa non avrebbe determinato un rischio superiore, di un evento magari più grave.

4. Qualora il rischio assunto conduca all'evento, potrebbe comunque trattarsi di un rischio *ex ante* lecitamente attivato, nella ragionevole aspettativa di poter così contrastare eziologie più minacciose (rischio consentito).

5. La misura della colpa del medico deve collimare con la misura, sempre relativa, del rischio affidato alla sua responsabilità. Servirà quindi verificare se, nella concatenazione di fattori che ha condotto all'evento, abbia giocato un ruolo significativo proprio quel rischio che egli aveva l'onere specifico di governare, o se esso non sia stato rimpiazzato, in termini di rilevanza, da fattori di pericolo affidati alla competenza altrui, o imponderabili. Per le stesse ragioni, quando si andrà a valutare l'evitabilità quale requisito essenziale della colpa, sarà necessario e sufficiente appurare che la condotta tenuta in violazione della regola cautelare abbia effettivamente, e soltanto, incrementato le probabilità di verificazione dell'evento avverso, non potendosi immaginare un comportamento alternativo lecito dotato di capacità preventiva assoluta.

6. Posta la funzionalità organizzativa, a vantaggio del paziente, della distribuzione di competenze in caso di *équipe*, o comunque di trattamento plurisoggettivo, la regola cautelare dovrà essere in linea di principio "fidati" (contenuti entro i compiti a te spettanti, senza interferire con quelli altrui, se non necessario), e non "diffida", salvo situazioni eccezionali.

In altre parole ancora, bisognerà porre massima attenzione – anche nel formulare il quesito per il consulente o il perito, e nell'interpretarne la risposta – ad evitare tutta una serie di *bias* (questa volta del giudice), che portano innaturalmente a "semplificare" il livello di complessità in relazione al quale si deve costruire la figura ipotetica dell'*homo eiusdem*¹⁸:

a. *Bias del senno di poi*: l'evento avverso appare particolarmente probabile o prevedibile dopo che è accaduto, e appunto perché accaduto; ciò può condurre a sopravvalutare l'importanza delle regole cautelari volte specificamente a prevenire quell'evento, rispetto ad altre orientate alla gestione di rischi collaterali. Ponendosi invece, come si dovrebbe, "nel camice" del medico al momento in cui egli si trovava a gestire tutta l'alea di una situazione clinica ancora in evoluzione, i termini di questa valutazione potrebbero mutare in modo considerevole.

b. *Confirmation bias*, o profezia che si autoavvera: «ove si insegua un colpevole [...] non si farà fatica a scovarlo, sebbene l'indagine, così condotta, impedirà di vedere altri fattori non meno rilevanti per spiegare l'accaduto»¹⁹.

¹⁸ M. CAPUTO, *op.cit.*, 173 ss.

¹⁹ M. CAPUTO, *op.cit.*, 176.

c. *Bias delle sliding doors*: che sarebbe accaduto se invece? La responsabilità penale si modella conducendo paragoni tra le condotte realmente commesse, od omesse, e condotte ipotetiche controfattuali costruite "in laboratorio". Bisognerebbe tuttavia considerare come nei sistemi complessi, quali quelli in cui i sanitari operano, e con cui si confrontano, un minimo cambiamento può produrre conseguenze a catena e inattese. Servirebbe sempre estrema cautela nell'affermare che strategie cliniche alternative avrebbero condotto a risultati migliori o comunque avrebbero aggiunto una *chance*.

5. Il "potere" e il "dovere" del medico secondo la giurisprudenza penale

Il rimprovero che viene solitamente mosso alla giurisprudenza è di non aver saputo, o voluto, elaborare uno statuto "differenziale" della colpa medica; o, meglio, di averlo costruito in negativo, nel senso di *non aver "adattato"* le categorie generali della colpa, e le modalità della loro gestione anche sul piano processuale, alle peculiarità "ontologiche" dell'attività medica. I decidenti tenderebbero, insomma, a scrivere le loro motivazioni sulla scorta di un medico modello costruito nel laboratorio della perizia e del giudizio, col tratto della penna distaccato dalle concitate dinamiche e dalla naturale approssimazione dell'impresa terapeutica. In questo modo, il giudizio si sbilancerebbe facilmente su quel che avrebbe fatto un ipotetico medico dotato, a conti fatti, di una miglior scienza ed esperienza rapportata alla specializzazione professionale di volta in volta in considerazione, capace di operare in ambienti ideali, dunque sempre in grado di reperire la miglior regola precauzionale rispetto all'evento che poi concretamente si è verificato, e praticamente sempre in grado di implementarla nel migliore dei modi²⁰.

Insomma: non Critobulo, ma Asclepio.

Nondimeno, questo medico dalle fattezze divine non è dato incontrarlo in alcuna corsia; è una figura mitologica, che non riesce a fornire regole di condotta davvero in tutto riconoscibili e osservabili dai medici affannati dalla complessità e dalle approssimazioni del reale.

Tale difetto si evidenzia, a titolo di esempio, nelle sentenze relative a casi di organizzazione e subordinazione gerarchica. Pretendere che medico subordinato sempre riconosca, e poi corregga, "errori" del superiore, è fuori della realtà. Significa non considerare come per l'ordinamento sia "fisiologico" che sanitari dalle competenze inferiori assumano responsabilità inevitabilmente limitate, e subordinate, conformemente a logiche di carattere non solo organizzativo, ma anche scientifico-didattico, e cioè esattamente al fine di limitare i danni della loro presenza, al tempo stesso favorendone il processo formativo²¹. Egualmente irragionevole è supporre un "primario" in grado di tutto controllare e tutto prevenire nel suo reparto, confondendo il "dovere" con il "potere", e il dovere di supervisione con il dovere di gestione nel dettaglio di ogni singolo caso clinico²². Che dire, poi, di quell'orientamento giurisprudenziale, consolidatosi in Cassazione, che tende a livellare compiti, doveri, causalità in caso di articolazione plurisoggettiva del trattamento (persino se diacronica), sul pre-

²⁰ Sebbene per certi versi superata da più recente giurisprudenza, di grande interesse è ancora l'analisi di D. MICHELETTI, *op.cit.*, *passim*.

²¹ A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., 1630 ss., 1635 ss.

²² Su questi e altri orientamenti criticabili della giurisprudenza, da ultimo e per tutti M.L. MATTHEUDAKIS, *op.cit.*, 1237 ss.

supposto che ogni medico concorra, in quel caso, a collaborare con eguale responsabilità in un unico e fondamentale inscindibile “macrotrattamento”?²³

In effetti, ancora di recente si rinvergono decisioni che, anche per il novero di citazioni alla giurisprudenza precedente, possono ritenersi un compendio di queste ed altre rigidità²⁴

²³ Cass., sez. IV, 5 maggio 2015, n. 33329, che riprende testualmente Cass., sez. IV, 25 febbraio 2000, Altieri ed altri: «tutte le attività sono interdipendenti e devono essere tra loro coordinate senza che possa immaginarsi né un’assoluta autonomia tra le varie fasi né una sorta di compartimentazione o segmentazione degli specifici interventi delle singole competenze che, al contrario, non possono prescindere l’una dall’altra e si integrano a vicenda». concretandosi in un apporto collaborativo interdisciplinare che, unificato dal fine, può configurarsi come un’attività unica».

²⁴ Cass., sez. IV, 16 febbraio 2018, n.7667, in *Ced* 272264. Si tratta di un “primario”, e medico più anziano, dott. C., che attua un cesareo insieme a M., un medico più giovane e meno esperto. C. affida poi la paziente ad M. in reparto, affinché valuti l’emoglobina. I valori nel tempo decrescono, la situazione si aggrava anche sul piano sintomatico, la donna viene sottoposta a trasfusione di sangue e si coinvolge nuovamente C., che tuttavia, compiute alcune analisi, ritiene non vi sia un’emorragia interna. Le condizioni della paziente, però, precipitano ulteriormente. Si coinvolge un chirurgo, S., che prova a riparare con un intervento di urgenza, ma la situazione è ormai gravemente compromessa: la paziente muore. Il medico più giovane, M., assolto in primo grado, viene poi condannato in appello.

La condanna si basa sui seguenti presupposti:

1. M. avrebbe assunto piena responsabilità della donna succedendo nella posizione di garanzia originariamente di C.
2. L’agente modello deve costruirsi in rapporto alla astratta tipologia di “specializzazione” (mentre si nega rilievo alla “prassi” dell’ospedale di coinvolgere sempre il medico più anziano, più esperto, più avanti di grado). M. aveva la stessa specializzazione di C., talché non v’è motivo per indirizzargli minori pretese. Egli, dunque:
 - a. avrebbe dovuto meglio interpretare il quadro clinico, e rilevare ben prima l’urgenza, o comunque compiere tempestivamente ulteriori accertamenti diagnostici (ad es. TAC);
 - b. avrebbe dovuto e potuto eseguire tempestivamente un intervento di isterectomia che avrebbe salvato la donna con pratica certezza.
3. Non può giocare a favore di M. il principio di affidamento, né si può assumere l’intervento di concause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l’evento (art.41, cpv., c.p.). Scrive in specie la Cassazione, confermando la validità delle affermazioni della sentenza di appello: «in tema di causalità, non può parlarsi di affidamento quando colui che si affida sia in colpa per avere violato determinate norme precauzionali o per avere omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio alla omissione, con la conseguenza che qualora, anche per l’omissione del successore, si produca l’evento che una certa azione avrebbe dovuto e potuto impedire, esso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l’evento»; tutto ciò salvo che la concausa sopravvenuta abbia il «carattere di eccezionalità ed imprevedibilità, ciò che si verifica solo allorquando [essa] abbia fatto venire meno la situazione di pericolo originariamente provocata o l’abbia in tal modo modificata da escludere la riconducibilità al precedente garante della scelta operata».
4. Neppure potrebbe giocare a favore di M. la parcellizzazione della responsabilità all’interno di una *équipe*. Precisa la Cassazione: «l’ipotesi di cooperazione multidisciplinare, ancorché non svolta contestualmente, ogni sanitario è tenuto, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, all’osservanza degli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l’attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l’ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio».
5. Irrilevante, anche, la subordinazione gerarchica e professionale rispetto al medico di grado superiore o di maggiore anzianità. Ancora parole della Cassazione: «trattandosi di sanitari aventi la stessa specializzazione de-

Sarebbe però ingeneroso indulgere a critiche indifferenziate. Vi sono stati ampi e autorevoli sforzi di segno contrario, attenti, cioè, a conciliare dati normativi, e di sistema, con le peculiarità dell'attività medica.

Si consideri, in primo luogo, la valorizzazione in rapporto alla colpa penale dell'art. 2236 c.c.²⁵ («se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave»): un orientamento antico, a lungo abbandonato, ma recentemente rinvigorito dalla IV sezione della Cassazione - prendendo spunto dalla abrogata "legge Balduzzi" (v. *infra*) - ed infine dalle Sezioni Unite, a parer delle quali il limite della colpa grave opererebbe quale implicita "integrazione" di quanto previsto dall'art. 590 sexies, 2° co., c.p. (v. *infra*). Si afferma in particolare che se anche si volesse dubitare dell'estendibilità dell'art. 2236 c.c. nell'ambito penale, nondimeno la regola da quell'articolo delineata sarebbe sostanzialmente annoverabile tra quelle generali in materia di colpa penale²⁶.

Si può decisamente concordare con questa opinione giurisprudenziale. Invero, quanto più il caso si presenta complesso, quanto meno si può realisticamente pretendere che il medico riesca ad attenersi perfettamente alla migliore soluzione disponibile, per la semplice ragione che neppure l'agente modello - che non è *superman* - avrebbe saputo tanto²⁷. Nondimeno, il professionista che fa da parametro sbaglia poco, di conseguenza non possiamo perdonare al medico reale errori che lo collocano troppo distante dalla misura di quel che sarebbe stato necessario fare (colpa grave). Insomma, il

ve escludersi che il M., sol perché meno anziano, possa pretendere esonero dalla penale responsabilità per essersi fidato acriticamente della condotta professionale del collega, che avrebbe dovuto essere ben in grado di valutare, e, se del caso, contrastare, considerata la assoluta gravità delle condizioni in cui versava la paziente [...]. A tale riguardo giova anche ricordare l'ulteriore principio enunciato da questa Corte con riferimento alla figura dell'assistente ospedaliero, ma del tutto pertinente anche al caso in esame, secondo cui "l'assistente ospedaliero collabora con il primario e con gli aiuti nei loro compiti, deve seguire le direttive organizzative dei superiori, ha la responsabilità degli ammalati a lui affidati e provvede direttamente nei casi di urgenza. Egli, nella qualità di collaboratore del primario e degli aiuti, non è tenuto, nella cura dei malati, ad un pedissequo ed acritico atteggiamento di sudditanza verso gli altri sanitari perché, qualora ravvisi elementi di sospetto percepiti o percepibili con la necessaria diligenza e perizia, ha il dovere di segnalarli e di esprimere il proprio dissenso e, solo a fronte di tale condotta, potrà rimanere esente da responsabilità se il superiore gerarchico non ritenga di condividere il suo atteggiamento"» (Sez. 4, n. 7363 del 28/06/1996, Rv. 205829).

²⁵ Cfr., anche per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali: A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa 2014 (consultato in formato kindle book), cap.2, parr. 2 ss.; F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e decreto Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2/2017, 160 ss.; A. MASSARO, *L'art. 590-sexies Cp, la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in www.archiviopenale.it, 2017/3, 6 ss., 23 ss.

²⁶ *Ex plurimis* Cass., sez. IV, 26 ottobre 2007, n. 39592, in *Ced* 237875 - 01; Cass., sez. IV, 26 aprile 2011, n. 16328, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 369, nota I. SARDELLA, *La diligenza professionale nella pratica medica*; Cass., sez. IV, 1 febbraio 2012, n.4391, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1104, nota C. CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*; Cass., sez. 4, 9 aprile 2013 n. 16237, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, nota A. PROVERA, *Residuo di colpa' nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee-guida. Il "paradosso" della culpa in actione perita*; Cass., sez. IV, 7 giugno 2017, n. 28187, in *Giur.it.*, 2017, 2199, nota L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*. (cfr. poi R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2012, 9 ss.).

²⁷ M.CAPUTO, *Colpa penale*, cit., 223.

richiamo alla regola del 2236 c.c. altro non è se non la conferma, in via giurisprudenziale, del fatto che l'agente modello sconta limiti fisiologici che pure impacciano l'agente concreto. Limiti che possono appunto dipendere dalla peculiare, oggettiva difficoltà del caso: per la sua novità, multifattorialità, per l'elevatissimo rischio di un intervento però ineludibile, per l'estrema concitazione, per le difficoltà o insufficienze di contesto, o per la sproporzione tra prestazioni necessarie e grado di specializzazione (quando non vi sia tempo o modo di delegare a medici più abili ed esperti).

Bisogna poi riconoscere alla giurisprudenza di legittimità di aver cominciato almeno a nominare una "misura soggettiva della colpa", se non ad applicarla²⁸ (a tal fine bisognerebbe le giungessero precise sollecitazioni dai giudici di merito e dai ricorrenti). Non interessa, qui, stare a discutere quanto davvero si possano elaborare due "agenti modello" differenti per valutare la stessa colpa dell'agente, considerata ora nella sua portata oggettiva, ora in quella soggettiva, e quanto invece il proliferare cumulativo di parametri di colpa meriti di essere sfolto adottando il rasoio di Occam, dovendosi piuttosto immaginare un unico agente modello dalle fattezze obiettivate e soggettivizzate a un tempo. Quel che preme segnalare è come la giurisprudenza ai suoi più alti livelli cominci a prendere in considerazione, nella costruzione del modello, elementi contingenti, dati legati alle effettive possibilità concrete del soggetto agente, e alle strette peculiarità della situazione storica. Una manifestazione apprezzabile (sia pure al momento prevalentemente "programmatica") di sensibilità per la dottrina che da tempo sollecita questa impostazione, in nome del principio costituzionale di colpevolezza²⁹.

Un'altra operazione interessante, in origine sperimentata nell'ambito della responsabilità per infortuni sul lavoro, ha a che fare con la limitazione *a priori* (secondo un criterio c.d. di *competenza per il rischio*) dell'ambito possibile di responsabilità del medico, anche in caso di condotta attiva, specie a fronte di trattamenti d'*équipe* o comunque plurisoggettivi³⁰. Cardine di questo approccio è la esten-

²⁸ V. specialmente la pregevole Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013, n.16237, (c.d. sentenza "Cantore"), in www.penalecontemporaneo.it, nota di A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*.

²⁹ V. specialmente, nella dottrina più recente, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano 2009, 365ss., 511 ss., 560 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi Coppi*, I, Torino 2011, 73 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino 2011, 147 ss., 195 ss.; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 338 ss., 357 ss.; M. DONINI, *op.cit.*, 124 ss.; C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, Milano 2017, 331 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale*, cit., 54 ss.

³⁰ Cass., Sez. IV, 28 luglio 2015, n. 33329, in *Ced* 264365 - 01: la paziente soffre di un ascesso peritonillare con edema; gli otorinolaringoiatri colposamente omettono di ricorrere alla diagnostica per immagini per la localizzazione dell'ascesso; la patologia si aggrava e si impone l'intervento chirurgico. Nella fase preoperatoria l'anestesista compie un grave errore, somministrando curaro che, agendo sulla muscolatura, comporta la definitiva e irreparabile occlusione delle vie respiratorie, con conseguente morte della paziente per anossia. Si ritiene quest'ultimo errore interruttivo del rapporto di causalità tra le manchevolezze dei medici precedentemente intervenuti e l'evento, in forza del principio riportato nel testo. Cass., sez. 4, 14 aprile 2016, n. 15493 in *Ced* 266786 - 01: un pediatra ritarda il ricovero ospedaliero di una giovane paziente affetta da epiglottite; in occasione del ricovero, emerge l'urgenza di ricorrere all'intervento chirurgico. Ancora una volta, nella fase preoperatoria l'anestesista compie un errore fatale: tenta un'intubazione alla cieca, senza broncoscopio, e in questo modo inserisce la cannula in esofago anziché in trachea. La paziente infine muore per anossia. Anche in questo caso, si ritiene che il rischio risoltosi nell'evento letale, ed imputabile senz'altro all'anestesista, sia di tal fattura da risultare del tutto eccentrico rispetto all'area di rischio di competenza del pediatra. Su entrambe queste de-

sione funzionale dell'"obbligo di garanzia" – tradizionale presupposto della responsabilità per omissione ai sensi dell'art.40, ult.co., c.p. – anche nel settore dei reati a condotta attiva. Si giunge, per questa via, alla conclusione che il medico non possa ritenersi responsabile dell'evento che pure ha "attivamente" contribuito a causare, quand'esso costituisca lo sviluppo di un rischio nuovo, eccentrico, qualitativamente e quantitativamente, rispetto a quello riconducibile al suo potere/dovere istituzionale di garanzia e controllo. Non conta l'eccezionalità statistica dell'evento, bensì la sua congruenza qualitativa con il tipo di rischio affidato al governo di quel soggetto. Il medico di corsia, per intendersi, nonostante le mancanze a lui addebitabili, che abbiano pure accresciuto i rischi per la salute del paziente, non potrà essere corresponsabile della morte derivata da un errore anestesiologicalo in sala operatoria.

Anche questa proposta giurisprudenziale merita plauso, in linea di principio, in quanto sembra tener conto di quello specifico elemento di complessità correlato, in specie, alla dimensione relazionale dell'attività medica, e più in particolare alla circostanza che le regole della clinica - parametrize alle peculiarità della patologia da trattare e del paziente concreto, al grado di elaborazione scientifica, al tipo e al grado di specializzazione, all'organizzazione interna del reparto - attribuiscono al medico la gestione soltanto di "quote" di rischio.

Criticabili sono, semmai, certi aspetti di dettaglio (non privi, a dire il vero, di significative ricadute applicative), e in specie la pretesa di correlare il criterio della competenza per il rischio all'istituto della causalità³¹. La Cassazione fonda infatti la propria tesi sull'art.41 cpv. c.p., sostenendo che quel rischio "eccentrico" sopravvenuto costituisca una "causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento", tale da far venir meno il nesso causale con le condotte, pur colpose, antecedenti. Non possiamo qui soffermarci sulle complesse ragioni teoriche che portano a ritenere malsicuro un simile fondamento normativo. Basti rammentare come la causalità sia un profilo senz'altro oggettivo del fatto, quindi rigido (i profili oggettivi del fatto tipico di reato, proprio perché tali, non possono mutare segno da soggetto agente a soggetto agente), e perciò privo di quella duttilità che gli consentirebbe davvero di adattarsi al livello di competenza, al tipo di specializzazione, alle attribuzioni professionali ecc., di coloro che in varia guisa sono intervenuti nella vicenda in cui si è prodotto l'evento. Operando su questo piano – e combinando un simile approccio con la portata solitamente indefinita dell'orizzonte ultimo della posizione di garanzia del medico (genericamente: la salute del paziente) – si è stati facili profeti nel prevedere che l'innovativo criterio si sarebbe liquefatto nelle paludi di parametri indifferenziati, non individualizzati, insensibili appunto a dati soggettivi; che cioè presto (magari implicitamente) ogni evento *oggettivamente prevedibile* (vale a dire, a conti fatti, *qualsiasi evento*) sarebbe stato ritenuto, per ciò solo, *oggettivamente evitabile* dal medico, il quale dunque – tenuto a salvaguardare la salute del paziente *tout court* – avrebbe *dovuto prevederlo ed evitarlo*. Andando a sintetizzare questi passaggi logici, in definitiva, *ogni* evento dannoso per la salute del paziente fini-

cisioni, criticamente: P. PIRAS, *La condotta medica eccentrica quale causa sopravvenuta interruttiva del rapporto causale*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 1/2017, 61 ss.

³¹ Riportiamo qui, in estrema sintesi, quanto ben più estesamente argomentiamo in A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1537 ss.

sce, volendo (il giudice), col rientrare nell'area della competenza per il rischio affidata al, e gestibile dal, medico quale che sia.

In effetti, il criterio della competenza per il rischio non sembra aver stimolato radicali riletture dell'art. 41 cpv. di percettibile impatto applicativo; o comunque non pare aver davvero originato vincoli pregnanti e ragionevoli per la discrezionalità del giudice. Pressoché contemporanea ad una decisione dal tenore analogo alle precedenti³², in altra ancora della stessa sezione quarta, trattando di una paziente trasferita in terapia intensiva a causa di un errore del neurochirurgo, intervenuto su una parte sana del cervello, e là morta avendo contratto un'infezione ospedaliera causata da inadeguate condizioni igieniche (rischio evidentemente eccentrico rispetto a quello inerente all'intervento), si è attribuita a chi aveva operato una responsabilità per omicidio colposo, sul presupposto che l'infezione nosocomiale costituisca – guarda caso – un rischio “tipico e prevedibile”, da tener in conto nei casi di non breve permanenza nei reparti di terapia intensiva³³. Di altre applicazioni, o almeno argomentate disapplicazioni, in ambito medico dell'ambizioso criterio vi è poi scarsa traccia.

In sostanza, si profila una nuova variante della consueta *interpretatio abrogans* dell'art.41 cpv., stando alla quale mai può ritenersi “interrotto” un decorso causale comunque condizionato dalla condotta dell'agente e ad essa correlabile secondo parametri di prevedibilità oggettiva nella sostanza privi di ogni portata selettiva. Più utile, e sistematicamente coerente, sarebbe far operare un criterio di “competenza per il rischio” in ambito soggettivo – luogo elettivo per valutazioni distinte da persona a persona – nel senso di riconoscere quanto già abbiamo asserito, e cioè che, ai fini del giudizio di colpa, è necessario elaborare un agente modello sensibile alle differenti competenze, ai vari ruoli, alle distinte specializzazioni, e che è altresì necessario accertare che l'evento verificato costituisca effettivamente realizzazione di quella porzione di rischio che la regola cautelare, indirizzabile al soggetto agente, mirava a contenere.

In chiusura di questo paragrafo, si deve infine segnalare un ulteriore e meno declamato atteggiamento della giurisprudenza penale in ambito di responsabilità medica, indizio di un'attenzione differenziale per questo settore: la *desuetudine della colpa con previsione*. Sebbene la gran parte degli esiti infausti siano astrattamente messi in conto dal medico, tuttavia essi, se derivanti da colpa, non comportano praticamente mai l'addebito aggravante della colpa cosciente. I giudici dimostrano consapevolezza di come la “previsione astratta dell'evento avverso” in ambito medico sia fisiologica, giacché ogni scelta di intervento, o di non intervento, per definizione comporta rischi collaterali e spesso significativi. Si percepisce, inoltre, come detta previsione non sia segno di maggiore rimproverabilità, ma tutto al contrario possa dipendere proprio dalla particolare accortezza e preparazione professionale del singolo terapeuta³⁴.

³² Cass., sez.IV, 23 gennaio 2017, n. 3312, in *Ced* 269001 – 01 relativa a una successione nella posizione di garanzia di due anestesisti in un intervento di rinoplastica: al primo si poteva rimproverare di non aver segnalato al collega alcuni ostacoli all'intubazione, ma tale manchevolezza viene ritenuta del tutto superata, quanto ad impatto sull'evento avverso, da quella imputabile al secondo, che dopo aver compiuto la visita anestesiologicala, procedeva di sua iniziativa a manovre inopportune, provocandone un edema laringeo e quindi la morte.

³³ Cass., sez. 4, 21 giugno 2016, n. 25689, in *Ced* 267374 – 01.

³⁴ Cfr. F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, pp. 618 ss.

6. Le linee guida: occasione di una sintesi legislativa tra prospettiva penalistica e medica

Osservato quali accorgimenti vengono sperimentati dalla giurisprudenza per colmare lo iato tra pretesa penale e prassi clinica, è adesso il momento di misurare la sensibilità del legislatore al riguardo.

Punto di riferimento è, oggi, la l. 8 marzo 2017 n.24, nota come "Gelli-Bianco", ed appunto intitolata «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»

Su un fronte che qui non considereremo, tale regolamentazione (opportunamente) privilegia una gestione preventiva del rischio, di carattere strutturale e organizzativo, piuttosto che la repressione a posteriori (tardiva) incentrata sulla iperresponsabilizzazione, e la punizione, di singole persone. Si sviluppa, dunque, un orientamento di tenore fortemente preventivo: la dichiarata meta della "sicurezza delle cure" è perseguita sollecitando sistemi "interni" di identificazione, monitoraggio e autocorrezione delle precondizioni di eventi avversi.

Su altro fronte, ancor più del previgente "decreto Balduzzi" (d.l.158/2012, come convertito, con modifiche, dalla l. 189/2012, che esentava da responsabilità il medico che si fosse attenuto a linee guida o buone prassi, ma solo in caso di colpa lieve: art.3, co.1), la legge "Gelli-Bianco" scommette su di una *valorizzazione funzionale e sistemica* delle c.d. "linee guida". Viene istituito un sistema centralizzato di accreditamento e pubblicazione di linee guida, che il medico è tenuto ad osservare, salve le specificità del caso concreto. A questo rispetto si correla un'esimente, utile, si suppone, a ridurre significativamente l'area della colpa medica, sfrondandone le implicazioni più problematiche. In particolar modo, la legge introduce nel codice penale un art.590 *sexies*, intitolato *responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, stando al quale «se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 [omicidio e lesione colposi] sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma/Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Le linee guida, dunque. Per chi opera nella sanità si tratta di un ordinario strumento del mestiere, tradizionalmente riferito a «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche»³⁵.

Le (migliori) linee guida costituiscono il precipitato di una medicina basata sulle evidenze: esse vengono infatti prodotte da un qualificato *panel* di esperti, con adeguate metodologie sottoponibili a verifica, al fine di tradurre in regole operative sintetiche, immediatamente fruibili, l'epistemologia medica più avanzata; andando così a costituire una *fonte privilegiata di cognizione*³⁶ di regole cautelari,

³⁵ M.J. FIELD, K.N. LOHR, *Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington 1992, 35. Sulla nozione di "linea guida", con metodo comparatistico: A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 2 ss.

³⁶ D. CASTRONUOVO- L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. BELVEDERE, S. RIONDATO, Milano, 2011, 972 ss..

pur essendo (per le ragioni che presto vedremo) inadeguate ad esaurire, e stabilizzare, le cautele in rapporto a un certo rischio (perciò non sono “discipline” ai fini del 42³⁷). Ne deriva, ancora, che le linee guida condizionano il “pensare”, e non l’“agire”, “clinico”: orientano il sanitario nella selezione, interpretazione ed adattamento al singolo caso delle migliori *leges artis*. In altri termini, le linee guida incidono su, e si confrontano con, la *perizia intellettuale* del medico, cioè con la sua capacità di utilizzare la propria scienza – non tanto la sua abilità manuale ed operativa – in rapporto alla prassi clinica. Per intendersi, anche quando indicano come svolgere una certa operazione, esse non “guidano la mano” armata di bisturi del chirurgo, ma offrono elementi di conoscenza in virtù dei quali il medico potrà meglio decidere la strategia di intervento.

Le linee guida, peraltro, per loro stessa natura offrono raccomandazioni “astratte”, rapportate a un paziente “tipo”, e a un caso clinico “tipo”. È perciò sempre necessario valutarne l’adeguatezza in concreto, e comunque modularne e finanche correggerne i contenuti in rapporto al singolo caso clinico (e alla sua evoluzione³⁸), che, come si è visto, è sempre in certa misura unico e peculiare.

Da considerare, più nello specifico, una *necessità fisiologica di adattamento* delle raccomandazioni contenute nelle linee guida ora al *contesto* (che potrebbe non offrire tutte le risorse necessarie per rispettare pienamente quelle raccomandazioni, e però potrebbe offrirne altre); ora al *singolo paziente* (di cui bisognerà considerare anche il consenso o il dissenso informati a certi trattamenti); ora alle *peculiarità del caso clinico* (date da situazioni di comorbidità, particolarità anamnestiche, allergie e intolleranze, ecc.)³⁹. Sempre necessaria è, poi, un’*integrazione di quelle raccomandazioni* con altre *leges artis* non egualmente codificate, inerenti, ad esempio, a come materialmente eseguire un intervento soltanto prescritto dalle linee guida, a come appunto adattare le indicazioni positivizzate alle peculiarità del contesto e del paziente, a come gestire rischi collaterali a quelli di cui quelle prescrizioni si occupano, a come, ancor prima, scegliere la linea guida più adatta al caso specifico. Naturali, infine, l’*opinabilità e la tendenza all’obsolescenza* delle linee guida: assieme al sapere scientifico di cui sono espressione, esse sono falsificabili, talvolta condizionate da premesse “di scuola”, e dunque non necessariamente apprezzabili da chi muove da differenti presupposti, e infine superabili nel tempo da acquisizioni migliori: un solo, nuovo articolo scientifico fondato su nuove evidenze può, in un attimo, smentire interi cataloghi di linee guida⁴⁰.

³⁷ R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali*, cit., 117 ss.; M. CAPUTO, “Filo d’Arianna” o “flauto magico”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 luglio 2012, 16 ss.; nonché da ultimo, e per tutti, M. CAPUTO, *Colpa medica*, cit., 229 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv.it.med.dir.san.*, 2013, 823 s., 826 s.; C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, Milano 2017, 163 ss.; A. PROVERA, ‘Residuo di colpa’ nell’ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee-guida. Il “paradosso” della culpa in actione perita, in *RIML*, 2013, 1425 ss.; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell’illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 273 ss.. In giurisprudenza: Cass. 29.1.2013 n.16237 (c.d. sentenza “Cantore”), in www.penalecontemporaneo.it, nota di A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l’individuazione della colpa lieve nel cono d’ombra della prescrizione*; in *Dir.pen.proc.*, 2013, 692, nota L.RISICATO, *Linee guida e imperizia “lieve” del medico dopo la l.189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*.

³⁸ F. BUZZI, *Formulazione e comunicazione della diagnosi: aspetti medico legali e risvolti deontologico-relazionali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 49 ss.

³⁹ A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., 145 ss.

⁴⁰ A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 375.

Le linee guida possono poi *molto variare sul piano qualitativo*⁴¹: c'è linea guida e linea guida, e c'è contenuto e contenuto della stessa linea guida⁴². Volendo sintetizzare, si può dire che esse possono essere *micragnose*, cioè condizionate in modo irragionevole da istanze di risparmio economico; *partigiane*, vale a dire non sufficientemente rappresentative dei diversi orientamenti scientifici di un settore; possono farsi, come detto, *obsolete*; persino *corrotte* da conflitti di interesse dei redattori, o comunque *approssimative* per il metodo, o di scarsa qualità per la *tecnica di redazione*. Infine, i medici lamentano come in certi settori almeno le linee guida siano semplicemente *troppe*, prodotte dalle più differenti istituzioni, pubbliche, private o di categoria, locali, nazionali o internazionali, con conseguente rischio di disorientamento per eccesso di informazioni a tratti divergenti o non sovrapponibili.

A fronte di queste numerose e a tratti inquietanti variabili quantitative e qualitative, uno dei principali vizi del "decreto Balduzzi" riguardava la mancata selezione delle linee guida rilevanti: soltanto, genericamente, si pretendeva un loro accreditamento in sede scientifica. La legge "Gelli Bianco" rimedia nei modi già accennati, e che andiamo subito meglio a precisare.

L'art. 5, in particolare, prescrive che le linee guida vengano elaborate da società e associazioni tecnico-scientifiche iscritte in apposito registro a seguito di una verifica (e di un continuo monitoraggio) dei requisiti, appunto, di scientificità, rappresentatività, trasparenza, mancanza di conflitto di interessi (decreto 2 agosto 2017). Quanto prodotto da questi enti viene integrato in un Sistema nazionale⁴³, dopo esser stato sottoposto a riscontro qualitativo e metodologico. Superata questa selezione – a quanto pare assai rigorosa, considerato l'esiguo numero di documenti al momento avvalorati – la linea guida, e i successivi aggiornamenti, vengono pubblicati su di un sito internet gestito dall'Istituto superiore di sanità.

Nel primo comma dell'art. 5, si stabilisce poi un obbligo – un onere forse – di attenersi, alle raccomandazioni previste dalle linee guida così pubblicate, gravante sugli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale; in mancanza di linee guida, l'osservanza deve essere rivolta alle buone pratiche clinico-assistenziali⁴⁴. Ponendo attenzione, però, alle *specificità del caso concreto*: la legge riserva al medico il compito, che non può non essere suo, di ponderare l'adeguatezza delle rac-

⁴¹ P. RICCI, F. MASSONI, A. DEL RIO, S. RICCI, *Linee guida e responsabilità professionale medica. Un'analisi ed interpretazione dell'obiettività dell'Evidence Based Medicine*, in *Riv.it.med.leg.dir.san.*, 2017, 563 ss.

⁴² Cfr. A. MASSARO, *op. cit.*, 37 s.. Cfr. altresì F. MASSONI, P. RICCI, L. RICCI, P. CRUSCO, S. RICCI, *La valutazione della qualità delle linee guida: una nuova sfida per la medicina legale. Considerazioni medico legali sul metodo AGREE*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2014, 391 ss.

⁴³ V. d. m.salute 2 agosto 2017, Elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, poi ulteriormente specificato da una Nota di chiarimento ai fini della compilazione dell'istanza per l'iscrizione nell'elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico scientifiche delle professioni sanitarie, di cui al DM 2 agosto 2017, del 23.10.2017. Cfr. C. CUPELLI, *L'eterointegrazione della legge Gelli-Bianco: aggiornamenti in tema di linee guida 'certificate' e responsabilità penale in ambito sanitario*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2017.

⁴⁴ Cioè «procedure comunemente applicate e di provata efficacia terapeutica» (L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.lalegislationepenale.eu, 5 giugno 2017, 12), vale a dire *leges artis* implementate da una diffusa pratica medica ma non ancora positivizzate in linee guida (*customs*: A. DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., 62 ss.).

comandazioni in rapporto alla situazione storica, eventualmente procedendo ai necessari adattamenti, o ad una vera e propria disapplicazione.

Che senso ha tutto questo apparato? Non c'è il rischio – taluni paventano – di limitare irragionevolmente la discrezionalità tecnico-scientifica del medico, inducendolo a compiere scelte magari sbagliate, formalistiche, uniformi, nel rispetto di linee guida espressione di una medicina “di Stato”, “burocratica” e standardizzata (come tale, tra l'altro, incostituzionale)⁴⁵?

In realtà, *in linea di principio* e nella *gran parte dei casi* può ritenersi benefico, per la tutela della salute pubblica e individuale, orientare il sistema sanitario a un'osservanza di raccomandazioni cliniche che, vista la procedura prescelta, si possono presumere ispirate dalla miglior scienza ed esperienza e uniformi per tutto il territorio nazionale. Per questa via si diffonde una cultura della medicina basata sulle evidenze, contrastando approcci di carattere intuitivo o antiscientifico; si contribuisce a ridurre il divario qualitativo tra prestazioni cliniche offerte nelle diverse sedi, nelle diverse regioni; si riduce il margine di errore, accompagnando scelte repentine imposte dall'urgenza, o comunque da compiersi in contesti di limitato accesso alle informazioni, o là dove, per contro, vi sia un concorso difficilmente districabile di riferimenti cautelari disponibili. La stessa tendenziale standardizzazione delle attività sanitarie non è affatto, per molti versi, un male: essa incrementa la prevedibilità delle prassi, dunque favorisce la cooperazione, l'organizzazione e l'allocatione delle risorse, a tutto vantaggio del sistema e dei singoli pazienti. Tutte prestazioni che dovrebbero contribuire a un'effettiva prevenzione della colpa medica. Le linee guida offrono, insomma, uno strumento immediatamente fruibile per una decisione già *ex ante* la più aderente possibile alla *Evidence Based Medicine*⁴⁶.

Ora, è vero che, organizzando un simile sistema, si “mette in conto” una misura di rischio correlata, appunto, a sempre possibili “errori” stimolati, questa volta, dalle linee guida centralmente selezionate e pubblicate, interagenti con un medico in qualche modo “deresponsabilizzato” *ex lege*. Dette fonti di cognizione potrebbero essersi fatte nel frattempo obsolete (come abbiamo visto, l'obsolescenza può essere inattesa e improvvisa), o essere già in origine di vago contenuto, o di carente qualità in alcuni passaggi almeno, dato che anche il miglior sistema di accreditamento e selezione è fallibile⁴⁷, e può risentire di tempi e disfunzioni burocratici. Si tratta, tuttavia, di un rischio che tutto sommato conviene “pagare”, perché il beneficio apportato da questo apparato in termini di generalizzata “sicurezza delle cure” può ragionevolmente supporre superiore. Si tratta, dunque, di un *rischio consentito*, per usare un termine più sopra già evocato e che, in diritto penale, assume un significato ben specifico.

Ebbene: è proprio perché l'errore medico determinato dall'affidamento in queste linee guida “ufficiali” inerisce a un ambito di “rischio consentito”, che la legge Gelli-Bianco, introducendo il 590 *sexies*,

⁴⁵ Cfr. P.F. POLI, *Il d.d.l. Gelli – Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2/2017, 81; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge cd. Gelli-Bianco)*, in www.penalecontemporaneo.it, 6/2017, 62.

⁴⁶ O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in www.archiviopenale.it, 2014/1, 13 ss.; ID., *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 2153 ss.; ID., *A proposito delle Sezioni Unite*, 840 ss.

⁴⁷ Da una prospettiva di diritto comparato v. A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., 28 ss.

2° co., c.p., manda immune da colpa il medico che lo abbia commesso – purché, ovviamente, lo sbaglio non si insinui nel processo di adeguamento e concretizzazione delle linee guida (in base alle premesse in esse definite) che è, invece, tutto nella sua responsabilità⁴⁸.

Il senso del 590 sexies, 2° co., c.p. si ricollega, dunque, per altro verso, *al principio di affidamento*, che così riceve finalmente un accreditamento legale, sia pure da un'ottica peculiare. La legge "Gelli-Bianco" pretende che il sanitario, salve le specificità del caso concreto, si "fidi" di linee guida di cui lo Stato (attraverso un procedimento che valorizza le evoluzioni spontanee della scienza) certifica l'aderenza alla migliore medicina basata sulle evidenze. Se, *fidandosi*, egli eccezionalmente sbaglia, non potrà essere ritenuto in colpa, essendo stato il suo un affidamento legittimo (*stricto sensu*) e "scusabile" a un tempo. In definitiva, il 590 sexies, 2° co., c.p. riguarda i casi in cui le linee guida, invece che orientare come normalmente accade, hanno disorientato il medico nella selezione della regola cautelare valida per il caso concreto.

L'interpretazione proposta si addice anche alla lettera dell'art. 590 sexies, 2° co., c.p.: quella norma fa riferimento a un medico che *rispetti raccomandazioni di linee guida*, tra quelle "ufficiali", che *gli risultino ex ante*⁴⁹ effettivamente pertinenti alle specificità del caso concreto, commettendo tuttavia in questo modo un errore: un errore *per imperizia* – mai per negligenza o diligenza – perché appunto relativo alla selezione della raccomandazione adeguata, in virtù di un processo psicologico tecnico, specialistico.

7. La lettura creativa, di dubbia ragionevolezza, delle Sezioni Unite

In base a quanto sin qui rilevato, non ci sembra invece possibile asserire che la disposizione dell'art. 590 sexies, 2° co., c.p. offra un motivo di scusa, o non punibilità, al medico che, pur essendosi affidato correttamente ad alcune linee guida, abbia poi *sbagliato nel selezionare regole cautelari distinte e ulteriori* rispetto alle raccomandazioni in esse contenute, o ne abbia *male eseguito* i contenuti.

Simili errori non sono in alcun modo condizionati dalle linee guida, riguardando altri rischi, altre abilità e altri passaggi del trattamento. Perché mai, dunque, essi dovrebbero ricevere un trattamento di favore, rispetto alle manchevolezze del tutto analoghe addebitabili a chi non agiva in un ambito regolamentato da linee guida?⁵⁰ A meno che non si postuli una sorta di "baratto" al ribasso⁵¹, disfunzionale rispetto al prescelto progetto di "sicurezza delle cure", in virtù del quale l'ordinamento garantirebbe il privilegio di una immunità generalizzata al medico "ubbidiente", in linea di principio, dell'impianto centralistico istituito con la legge "Gelli-Bianco", e attento nella selezione della racco-

⁴⁸ Riprendiamo in queste pagine, in estrema sintesi, quanto ben più ampiamente sviluppato in A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica*, cit., passim.

⁴⁹ O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari*, cit., 2162; C. CUPPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli Bianco*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2017, 10; G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies Cp*, in *Arch.pen.*, 2017/2, 20; A. MASSARO, *op. cit.*, 45 s.

⁵⁰ A. MASSARO, *op. cit.*, 41 s.

⁵¹ G. M. CALETTI, M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, 100; criticamente, ma sperimentando "vie d'uscita", O. DI GIOVINE, *A proposito delle Sezioni Unite*, cit., 846 ss.

mandazione in ipotesi adeguata, il quale dunque, per il resto, avrebbe licenza (penale) di realizzare le peggiori castronerie ai danni del paziente.

Si ipotizzi la lesione di un'arteria, con esiti letali, malamente prodotta da un chirurgo durante un intervento allo stomaco: che cosa mai c'entra, col disvalore obiettivo e soggettivo di quanto accaduto, e con l'opportunità di punire, la circostanza che quell'intervento fosse stato sollecitato da linee guida o buone prassi? E se la colpa consiste nel non aver preparato con certi farmaci (ad es. cortisolo) il destinatario di un intervento chirurgico, essa non può dirsi certo condizionata da una raccomandazione accreditata centralmente la quale soltanto prescriveva che quell'intervento fosse compiuto, rimettendo al medico, ovviamente, la responsabilità di gestire ogni altro rischio correlato. Perché mai, dunque, quella colpa non dovrebbe assumere rilievo?

Ebbene: le Sezioni Unite della Cassazione⁵², invece, recuperando sul punto le indicazioni di una precedente sentenza⁵³, hanno da ultimo deciso di riferire il 590 *sexies*, 2° co., c.p. esattamente al caso del medico che abbia ben selezionato una linea guida valida per il caso di specie, poi commettendo un errore nell'attuazione. Purché si tratti di un errore dovuto a colpa "lieve", aggiungono le Sezioni Unite, così inserendo nella disposizione codicistica un limite del tutto *praeter legem* e *in malam partem*, praticamente "riesumando" i contenuti della ricordata disposizione del "decreto Balduzzi", invece non a caso abrogata⁵⁴.

Il solito esempio, opportunamente adattato, può dar conto dell'irragionevolezza pratica di questa lettura. Il medico non ha saputo mantenere una precisione millimetrica nell'adoperare il bisturi, ed ha reciso un'arteria del paziente, nell'attuazione di un intervento di microchirurgia: minimo discostamento da una pretesa cautelare elevata, colpa lieve⁵⁵. Dando credito alle Sezioni Unite, il suo comportamento non può ritenersi penalmente rilevante purché l'intervento fosse stato prescritto da linee guida o buone prassi; mentre si tratterà di lesioni od omicidio colposo, qualora la scelta operatoria non fosse "coperta" da linee guida o buone prassi, come potrebbe accadere quando il caso clinico risultasse del tutto singolare e inedito per insoliti profili di complessità. Una disparità di trattamento

⁵² Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, in *Dir. pen. cont.*, 1° marzo 2018, nota di C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*. V. anche M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2018, 345 ss.; M. GAMBARDELLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen.(web)*, 2018, *Speciale Riforme*, 303 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, 233 ss.; A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen. (web)*, 2018, 423 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018, 25 ss.; A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici Dalle Sez. Un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen. (web)*, 2018, 403 ss.; C. VALBONESI, *La ricerca di una efficace medicina per la colpa a un anno dalla legge Gelli-Bianco*, in *Ind. pen.*, 2018, pp. 333 ss.

⁵³ Cass., sez. IV, 31 ottobre 2017 n. 50078, cit. In dottrina, il più sofisticato tentativo di argomentare tendenzialmente e parzialmente a favore di questo tipo di approccio è senz'altro quello di M. CAPUTO, *La colpa medica*, cit., 398 ss.

⁵⁴ R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018.

⁵⁵ Secondo i criteri indicati da T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 880 s., 888 s.

francamente poco comprensibile: l'aver rispettato, in origine, linee guida non influisce sui percorsi psicologici e sulle abilità manuale che servono per osservare altre e differenti regole cautelari, in questo esempio attinenti al momento strettamente esecutivo. Anzi, tra i casi messi a confronto, è piuttosto nel secondo che si riscontrano buone ragioni per ritenere scusabile la colpa lieve, stante la minore esigibilità di un adeguamento perfetto agli *standard* precauzionali quando constino difficoltà tecniche particolarmente elevate (tali anche per la mancanza di linee guida e buone prassi da cui il medico potrebbe trarre conforto!).

Sul punto consta, d'altronde, un crescente consenso nella dottrina penalistica: è alla logica sottesa all'art.2236 cc. – norma che valorizza l'elemento dei "casi tecnici di particolare complessità", a prescindere dalla circostanza che essi siano o non siano riconducibili a un'area "disciplinata" da linee guida o buona prassi – che meriterebbe ricollegare l'unica sensata riforma della "colpa medica"⁵⁶; una logica, d'altronde, non derogatoria, bensì confermativa dei criteri generali che dovrebbero ispirare l'elaborazione della colpa penale, e in specie la corretta costruzione di un agente modello capace davvero di mediare virtuosamente tra la deontologia del precetto, e l'irriducibile complessità del reale.

8. Ma che ne fu, infine, di Critobulo e Alessandro? Il sottostimato ruolo del paziente.

Resta ormai soltanto da concludere la narrazione della vicenda di Critobulo, lasciata in sospeso nel primo paragrafo. Diamo dunque nuovamente la parola a Curzio Rufo:

«...Il re notò che Critobulo, pallido, temeva e lacrimava, e gli disse: «Che cosa aspetti? Perché non mi liberi al più presto almeno da questo dolore, visto che sto per morire? O temi di vederti accollata una qualche colpa, pur avendo io ricevuto una ferita inguaribile?». Allora Critobulo, abbandonata o dissimulata ogni esitazione, iniziò ad estrarre la freccia, invitandolo a farsi tenere fermo perché ogni minimo movimento sarebbe stato fatale. [...] Appena aperta la ferita, ed estratta la freccia, una grande quantità di sangue iniziò a sgorgare e il re svenne. E poiché invano cercavano di trattenerne l'emorragia con medicinali, cominciò il lamento e il pianto degli amici [...]».

Qual è la morale di questa storia? Essa può essere intesa in chiave pubblicistica, o privatistica.

Dal primo punto di vista, si scorgerà un medico che vince la tentazione difensiva in quanto *rassicurato ad agire dal medesimo potere che potrebbe punirlo*; o che compie un intervento molto complesso

⁵⁶ V. già A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano 1984, 168 s.; di recente D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013, 79; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale*, cit., 17; P.F. POLI, *op.cit.*, 98; G.M. CALETTI – M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura*, cit., 107 s.; P. PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.7. 2017, 5 ss. In senso critico sulla funzione selettiva della colpa grave: A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., 407 ss. Propongono di limitare in generale la colpa penalmente rilevante a quella grave, non solo in riferimento alla responsabilità medica: L. CORNACCHIA, *Colpa incosciente e colpa lieve: le ragioni di una possibile delimitazione della responsabilità penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di G. DE FRANCESCO, E. VENAFFRO, Torino 2002, 196 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 529 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 154 ss.

e pericoloso, ma perché il «potere» è disponibile a «mettere in conto», e tollerare, un margine di errore. Primordi delle logiche sottese alla legge “Gelli-Bianco”, e all’art.2236 c.c..

Dal secondo punto di vista, si noterà tuttavia che Critobulo osserva *una regola cautelare scelta insieme al paziente*: Alessandro Magno, invero, rappresenta la forza del sovrano, ma anche, a un tempo, la vulnerabilità e l’auto-determinazione del malato che interloquisce con la scienza e ad essa si concede con consapevolezza, fiducia, responsabilità.

In definitiva, vien da sospettare che il vero superamento della medicina difensiva possa aversi quando lo Stato non vorrà più imporre parametri del giudizio di colpa diversi da quelle strategie di intervento, pur di valenza scientifica, scelte insieme dal medico e dal suo assistito, a seguito di un processo di reale informazione e maturazione di un consenso⁵⁷. Forse, più che altrove è nella legge 22 dicembre 2017, n. 219, intitolata «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», che dovremmo cercare ancor più validi spunti per un ripensamento complessivo delle questioni che sin qui ci hanno affaticato. Quando *l’alleanza terapeutica* sarà insomma presa sul serio, sino a farne una relazione in larga parte *autonoma e insindacabile* (se correttamente formata), si amplierà la libertà di orientamento pratico-scientifico (e si rasserenerà l’animo) del medico, si corresponsabilizzerà il paziente, si ridurrà a priori la conflittualità tra questi soggetti. A tutto vantaggio della salute.

«Alla fine, tuttavia, il sangue si fermò, e a poco a poco il re si riprese e cominciò a riconoscere i circostanti».

⁵⁷ Ma v. già A. VALLINI, *Paternalismo medico*, cit., 9 ss.

Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale

Andrea Perin*

STANDARDIZATION, AUTOMATION, AND MEDICAL MALPRACTICE: FROM RECENT REFORMS TO A SOLIDARISTIC AND LIBERAL IMPUTATION MODEL

ABSTRACT: In the first part of the article (§ 1-6), the author deals with the debate about the limits of criminal liability for negligent medical malpractice in a global context characterized by the standardization of clinical practices. The critical consideration of the recent legal reforms in Italy, as well as the prevalent models defended by criminal law scholars, allows the configuration of a paradigm of imputation capable of combining the interests of patients with those of health professionals. In the last part (§ 7-8), the author considers how the same “balanced” –liberal as well as solidaristic– criterion could allow regulating medical liability for adopting indications provided by Artificial Intelligence systems. The conclusions (§ 9) emphasise how standardisation and automation processes find an insurmountable obstacle in the defence of pluralism, autonomy and the ethics of responsibility.

KEYWORDS: standardisation; artificial intelligence; autonomy; medical malpractice; criminal negligence

SOMMARIO: Presentazione – 2. Il contesto – 3. La ridefinizione della colpa penale medica – 4. La riforma Balduzzi (2012): un'interpretazione “deontico-moderata” – 5. La riforma Gelli-Bianco (2017) – 5.1. La nozione di “impe- rizia” – 5.2. Il superamento della distinzione fra “colpa lieve” e “colpa grave” ... anzi no – 5.3. Le linee-guida: dalla valutazione diffusa sull'affidabilità dell'indicazione alla certificazione centralizzata della fonte – 6. Verso un modello “compromissorio”: solidaristico e liberale – 7. Dalla standardizzazione all'automazione della pratica clinica. Pregi e potenzialità applicative del modello proposto – 8. L'uomo e la macchina. Chi decide? Chi risponde? – 9. Autonomia, diligenza, responsabilità.

* Dottore di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università degli Studi di Trento. Doctor en Derecho, Universidad del País Vasco. Professore di diritto penale, Universidad Andres Bello, Facultad de Derecho (Providencia, Santiago, Chile). Mail: andrea.perin@unab.cl.

Il presente scritto, elaborato nell'ambito del progetto di ricerca Fondecyt N° 11170924, finanziato su base competitiva dalla “Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica” del Governo del Cile (CONICYT) con il patrocinio iniziale della Universidad Católica del Norte, si basa sulla relazione tenuta dall'autore in occasione del seminario dal titolo “Il medico fra etica, deontologia e diritto: convergenze e antinomie”, svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento il 4 ottobre 2018. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Presentazione

Il primo obiettivo di questo contributo sarà sviluppare un esame critico e comparativo dei due modelli definitivi della colpa penale dell'esercente la professione sanitaria delineati dalla "riforma Balduzzi" del 2012 e dalla "riforma Gelli-Bianco" del 2017, al fine di evidenziare pregi e difetti di entrambe le soluzioni e nella prospettiva di una opportuna ulteriore ri-definizione del suddetto criterio di imputazione.

Si indicheranno quindi i tratti di un ipotetico terzo modello, ri-equilibrato rispetto ai precedenti, che consenta idealmente di ridurre quanto più possibile ogni incentivo alla medicina difensiva, pur lasciando anche al diritto penale il compito di riaffermare il principio di responsabilità, almeno nei casi di particolare gravità¹.

Nell'ultima parte del lavoro si mostrerà come questo ipotetico terzo modello può applicarsi anche all'ipotesi di responsabilità del medico che agisca sulla base di un'indicazione ipoteticamente erronea (o erroneamente assunta) di un sistema di intelligenza artificiale.

Il filo conduttore della riflessione, come esplicitato nelle conclusioni, consiste nell'affermazione dell'importanza dell'autonomia, del pluralismo e del principio di responsabilità quali limiti insuperabili da qualunque processo di standardizzazione e automazione.

2. Il contesto

Vediamo anzitutto brevemente il contesto normativo in cui vedono la luce le citate riforme.

Sul piano del diritto positivo, come noto, l'art. 43 del codice penale non prevede alcuna distinzione tra colpa lieve e colpa grave, sanzionando la colpa *tout court*, quando «l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline»².

Per quanto riguarda il formante giurisprudenziale, l'attività medica è stata soggetta ad una crescente "giudiziarizzazione" accompagnata dal progressivo abbandono del criterio della «speciale difficoltà» di cui all'art. 2236 del codice civile³. A proposito di questa disposizione, la Corte Costituzionale ebbe modo di pronunciarsi in una significativa sentenza del 1973, ritenendo non fondata la questione di

¹ Questo modello si propone quindi come alternativo anche alle proposte di esclusione radicale di qualunque ipotesi di responsabilità per colpa penale del medico.

² Su questa disposizione, con chiarezza e per altri riferimenti: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 104 ss.; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 9 ss.

³ Ai sensi del quale, «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave». Sugli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla riforma Balduzzi (2012): A. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Indice penale*, 2004, 733 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *La colpa sanitaria verso la fase del bilanciamento: analisi de iure condito e proposte di riforma*, Milano, 2016, 36 ss.; F. BASILE, *Itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, 2 ss.; G.S. FODERÀ, *Cenni sulla responsabilità per colpa medica tra passato e presente: dal codice civile, alla legge Balduzzi alla legge Gelli-Bianco*, in *Archivio Penale*, 1 (web), 2018, 6 ss.

legittimità costituzionale sollevata sulla base dell'art. 3 della Costituzione⁴. Ricordare questa pronuncia è rilevante non soltanto perché la questione riemerge rispetto alle ultime riforme (che, come vedremo, prevedono un regime speciale più favorevole rispetto all'esercizio della professione sanitaria), ma anche per l'attualità del seguente passaggio: «*la particolare disciplina in tema di responsabilità penale desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) c.p., in relazione all'art. 2236 c.c., per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (...) di fronte a due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in casi di insuccessi, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista*»⁵. Molto indicativa mi pare, in particolare, la prima esigenza ricordata dalla Corte, specie a fronte di ciò che osserveremo a proposito della "riforma Balduzzi" e sviluppando la *pars construens* del nostro studio (§ 6 ss.). Ad ogni modo, come detto, già prima della riforma del 2012 tale criterio era stato abbandonato.

Dal canto suo, il dibattito dottrinale è caratterizzato da due tendenze fondamentali per quanto concerne la "colpa penale" in generale e normativamente intesa: (i) anzitutto, dal confronto dialettico fra dottrine "deontiche", basate sull'adozione dell'agente-modello *eiusdem condicionis et professionis* quale parametro di diligenza, e posizioni "prasseologiche", tese a vincolare il giudizio di colpa alla inosservanza di standard cautelari predeterminati rispetto al momento del giudizio (prassi, usi, consuetudini cautelari, eventualmente protocolli e fonti simili)⁶; (ii) inoltre, appare sempre più sentita l'esigenza di affrancare la colpa penale dalla colpa civile, soggettivizzando il giudizio di imputazione e/o identificando la colpa penalmente rilevante con una "colpa grave"⁷.

In questo contesto, il processo di riforma viene avviato con lo scopo di affrontare il problema della eccessiva responsabilizzazione dell'operatore sanitario, indicando ai tribunali criteri di giudizio più precisi e riducendo in questo modo quegli ampi margini di discrezionalità che, rendendo non ragionevolmente prevedibile l'eventualità della sanzione⁸, concorrono a spiegare la tendenza dei medici ad adottare pratiche di "medicina difensiva"⁹.

⁴ Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, sulla quale A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, 125 ss.

⁵ Cit. in F. BASILE, *op. cit.*, 3-4, il quale sottolinea a propria volta il grande rilievo dell'affermazione della Corte.

⁶ Su questo dibattito, anche per altri riferimenti, A. PERIN, *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Politica Criminal / Criminal Policy*, vol. 12, 23, 211 ss.

⁷ Su questo, coniugando soggettivizzazione del giudizio e gravità della colpa, D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 529 ss.

⁸ In tema, di recente, F. COPPOLA, *Il difficile ruolo del giudice penale contemporaneo verso la prevedibile interpretazione delle fattispecie*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2018, 1637 ss.

⁹ Ci si riferisce alla tendenza dei professionisti sanitari, condizionati dal timore di essere denunciati o citati in giudizio, ad agire non più – o non solo – in base all'obiettivo primario di perseguire il miglior risultato per il paziente, ma allo scopo prevalente di diminuire il rischio di incorrere in una responsabilità professionale. «*Defensive medicine occurs when doctors order tests, procedures or visits, or avoid high-risk patients or procedures, primarily (but not necessarily solely) to reduce their exposure to malpractice liability*»: U.S. CONGRESS - OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, Washington DC, 1994, 21. Questo timore può divenire il principale criterio di condotta del professionista, inducendolo ad eccedere nell'uso di esami diagnostici e/o nella prescrizione di farmaci, affinché un domani non gli si possa rimproverare di non aver fatto tutto il possibile (medicina difensiva "positiva"), oppure a disfarsi dei casi clinici più complessi, o con minori

3. La ridefinizione della colpa penale medica

Nella direzione di ridefinire i contorni della colpa medica e ridurre l'aleatorietà di giudizio con il timore che da esso deriva, negli ultimi anni sono state proposte diverse strategie o soluzioni dogmatiche e ridefinitorie; peraltro non sempre o necessariamente alternative fra loro.

Una prima opzione, come già indicato, consisterebbe nel ricorso al criterio di gravità, escludendo la responsabilità penale medica nei casi di "colpa lieve". Questo obiettivo potrebbe essere raggiunto per diverse vie, ad esempio: (a) abbassando il livello di *esigibilità oggettiva*, agendo cioè in sede di definizione giudiziale del parametro obiettivo di diligenza¹⁰; (b) ricorrendo alla teoria della "doppia misura" della colpa e quindi richiedendo, oltre alla inosservanza del dovere obiettivo, la possibilità effettiva da parte del soggetto agente concreto di adempiere l'aspettativa di diligenza¹¹, ovvero che tale adempimento gli fosse soggettivamente esigibile¹²; (c) facendo ricorso a soluzioni adottate con risultati più o meno soddisfacenti in quelle esperienze che già ricorrono al criterio limitativo della colpa grave (o categorie affini)¹³.

probabilità di successo, cioè quei casi clinici che richiederebbero l'adozione di strategie terapeutiche più rischiose o comunque più incerte sotto il profilo dei benefici raggiungibili (medicina difensiva "negativa"). In argomento, fra gli altri: D. SCLAR, M. HOUSMAN, *Medical Malpractice and Physician Liability: Examining Alternatives to Defensive Medicine*, in *Harvard Health Policy Review*, vol. 4, 1, 2003, 76; G. GUERRA, *La medicina difensiva: fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Politiche sanitarie*, vol. 14, 4, 2013, 221-2; D.P. KESSLER, *Evaluating the Medical Malpractice System and Options for Reform*, in *The Journal of Economic Perspectives: A Journal of the American Economic Association*, vol. 25, 2, 2011, 93 ss.; R. BARTOLI, *I costi 'economico-penalistici' della medicina difensiva*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, 1107 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2014, 927 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014.

¹⁰ In questo senso può essere intesa la condivisibile proposta di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 560, secondo il quale, quando si tratti di *colpa incosciente*, la condotta lesiva inosservante dovrebbe essere ritenuta penalmente rilevante (in quanto potenzialmente più grave della colpa cosciente) quando *chiunque* avrebbe – potuto e quindi – dovuto riconoscere la violazione sottostante.

¹¹ Per questa impostazione, sulla colpa in generale, cfr.: G.P. FLETCHER, *The Theory of Criminal Negligence. A Comparative Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 119, 3, 1971, 426 ss.; M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974, 182 ss.; D. CASTRONUOVO, *op. cit.*, 398 ss., 560 ss.

¹² In questo senso, secondo D. CASTRONUOVO, *op. cit.*, 461 ss., 564, l'elemento soggettivo della colpa si baserebbe sull'idea di "inesigibilità". Cfr. M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 56, 1, 2013, spec. 147 ss.; e soprattutto G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 334, nota 34, dove la *inesigibilità* viene espressamente riferita alla opportunità di applicare il "principio di affidamento" in favore del capo-*équipe* rispetto alla condotta dei singoli collaboratori; ciò, opportunamente, implica valorizzare l'incidenza delle circostanze fattuali che fanno da contesto all'azione in un'ottica di *concretizzazione*, e non già (o non necessariamente) di *individualizzazione* del giudizio. La dicotomia oggettivo/soggettivo si riferisce al parametro di riferimento (che sarà pur sempre in certa misura *normativo*, cioè *generalizzante*), ma in ogni caso l'esigibilità riflette la necessità di giudicare in concreto, cioè alla luce delle circostanze in cui si svolge l'azione e si realizza l'evento e in considerazione della loro "incidenza" sulla pretendibilità di una condotta alternativa.

¹³ In questo senso, v. in particolare la proposta definitoria di G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, 199.

Un altro modo per restringere o meglio specificare il campo della colpa medica, come ambito di responsabilità e criterio di imputazione, consiste in disciplinare la etero-integrazione normativa del dovere di diligenza attraverso fonti tecniche, stabilendo criteri legislativi per determinare quali “discipline” extra-giuridiche (*leges artis* contenute in – o riconosciute da – *guidelines*, protocolli o fonti simili) possano (concorrere a) specificare il contenuto normativo del dovere di diligenza del medico e, in questo modo, la regola cautelare¹⁴.

Entrambe le strategie¹⁵ sono state adottate dal legislatore italiano (come reinterpretato dalla Suprema Corte, almeno nel caso della disciplina vigente) attraverso le riforme che andiamo ad esaminare.

4. La riforma Balduzzi (2012): un’interpretazione “deontico-moderata”

Il legislatore intervenne per la prima volta attraverso la Legge 189 dell’8 novembre 2012.

Queste le caratteristiche principali della riforma, per ciò che concerne la riconfigurazione della responsabilità penale colposa dell’ esercente la professione sanitaria: (1) il riconoscimento di una rilevanza centrale ai protocolli e alle linee-guida nella determinazione del contenuto normativo del dovere di diligenza; (2) l’esclusione, almeno in alcuni casi (vedremo quali), della rilevanza penale della “colpa lieve”.

In questo senso, l’art. 3, co. 1, della citata legge prevedeva quanto segue: «L’esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve»¹⁶.

Ciò che ad una lettura superficiale sarebbe potuto apparire contraddittorio è che, secondo questo testo, un esercente le professioni sanitarie può aver agito colposamente (poiché non risponde per colpa lieve, ma quindi sì per colpa non lieve) pur essendosi attenuto a determinate linee-guida o buone pratiche. La contraddizione, in realtà, è solo apparente, poichè l’aver agito rispettando le indicazioni contenute in norme precostituite (linee guida, protocolli o buone pratiche) non vale a escludere, di per sé, che la condotta possa essere giudicata inadeguata (*i.e.* colposa) rispetto ad un’aspettativa di diligenza divergente da quegli standard cautelari.

¹⁴ In argomento, per tutti, A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012.

¹⁵ Per una loro rappresentazione sintetica in chiave diacronica, R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5, 2018, 233 ss.

¹⁶ Sull’ambito applicativo ed altri aspetti della medesima riforma, cfr. (anche per altri importanti riferimenti): A. VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2013, 736 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2013, 829 ss.; D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 4, 2013, 73 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Archivio Penale*, 1, 2014, 6 ss.; A. PERIN, *La crisi del “modello nomologico” fra spiegazione e prevedibilità dell’evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 57, 3, 2014, 1397 ss.; G.M. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 1, 2015, 170 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, 73 ss.

Una “colpa per – o nonostante – l’osservanza” (di una linea guida o una buona pratica) potrebbe sussistere in linea di principio in tre categorie di casi: (i) il medico adotta una linea-guida non pertinente rispetto al caso clinico (errore *in eligendo* “estrinseco”); (ii) la linea-guida è pertinente ma in sé inadeguata (errore *in eligendo* “intrinseco”); (iii) il medico seleziona adeguatamente la linea-guida ma commette un errore esecutivo.

(i) Il primo caso può darsi per un errore nella valutazione dei presupposti fattuali e clinici di applicazione del protocollo; o per un errore nella selezione del protocollo, nonostante la corretta valutazione delle circostanze cliniche. Ma l’applicazione di una disposizione come l’art. 3 a questa ipotesi sortirebbe l’effetto, politico-criminalmente privo di senso, di fornire un argomento difensivo, con possibile effetto premiale, a chi dimostri di essersi attenuto a una qualunque indicazione esistente, a prescindere dalla sua pertinenza rispetto al caso clinico (o adeguatezza “estrinseca”).

(ii) La seconda tipologia di casi è data dall’errore del medico che seleziona una linea-guida, questa volta pertinente rispetto al caso clinico, ma *inadeguata* perché, ad esempio, obsoleta e quindi non più rispondente al comportamento esigibile al medico-modello. Il comportamento doveroso (secondo un parametro normativo scientificamente fondato che rappresenti il “genere” o gruppo di appartenenza dell’agente) risulta rispondente a una cautela diversa, eventualmente più aggiornata, rispetto a quella generalmente indicata di fronte a casi analoghi, cioè in relazione allo stesso “ambito di rischio” (tipologia induttivamente circoscritta di casi clinici). Ciò che quindi gli si può rimproverare è il fatto di non essersi reso conto della necessità di discostarsi dalla pratica adottata generalmente, stante la possibilità di ricorrere a strategie diagnostiche o terapeutiche più aggiornate ed efficaci.

In questa seconda categoria di casi, il senso di applicare la disciplina favorevole starebbe nel riconoscimento della *maggior difficoltà* della scelta o, se si vuole, della *minor esigibilità* sottesa all’adozione di una pratica inusuale e “atipica”, laddove già esiste una regola di riferimento sulla quale l’agente dovrebbe poter fare relativo *affidamento*¹⁷.

(iii) Ci sarebbe poi una terza categoria casistica riconducibile alla lettera della riforma: l’ipotesi di *errore esecutivo*. Il medico individua l’indicazione diagnostica o terapeutica più adeguata e pertinente di fronte al caso clinico (non c’è quindi alcun errore *in eligendo*), ma commette un errore in fase di esecuzione o applicazione di quell’indicazione. Solo in questo caso, secondo un’interpretazione di matrice “prasseologica”, avendo comunque agito correttamente almeno in una prima fase (quella della selezione della modalità diagnostica e/o terapeutica), si dovrebbe riconoscere l’irrelevanza “premiabile” della colpa lieve in fase esecutiva¹⁸.

Tuttavia, va osservato che questa lettura si regge nella misura in cui si accettino le premesse “prasseologiche” di chi l’ha sostenuta, basate nel categorico rifiuto di qualunque ipotesi di colpa generica

¹⁷ Posizione assunta, in maniera analoga, da A. PERIN, *La crisi del “modello nomologico” fra spiegazione e prevedibilità dell’evento nel diritto penale*, cit., 1398-9; A. VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., 746-7. La stessa chiave interpretativa torna utile a proposito della riforma “Gelli-Bianco”: A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un’interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell’art. 590-sexies c.p.*, in *Legislazione penale*, 2017, 13 ss., 24 ss. Ulteriori considerazioni nel § 6.

¹⁸ F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, cit., 830 ss., il quale riporta all’ambito di applicazione della disciplina Balduzzi l’ipotesi di «erronea esecuzione delle linee guida e delle buone pratiche mediche».

“residuale” fondata su di un’aspettativa di diligenza parametrata su un agente-modello *eiusdem conditionis*¹⁹. In quest’ottica, non essendo ammissibile alcun rimprovero al di là del dovere di adeguarsi alle prassi cautelari preesistenti (il cui adempimento assumerà quindi sempre il valore di un alibi), l’unica interpretazione possibile del testo normativo sarebbe quella di riferirsi all’errore in fase esecutiva, essendosi comunque previamente “attenuto” (pur avendole mal applicate) il professionista alle indicazioni protocollari pertinenti. Non v’è altro modo di intendere la “colpa nonostante l’osservanza”.

In questa prospettiva, la *ratio* dell’esclusione della colpa lieve sarebbe quindi diversa da quella sottesa alla sua applicazione alla seconda categoria casistica (interpretazione “deontica” della riforma, incentrata sull’errore *in eligendo*): non già riconoscere un certo grado di tutela al legittimo affidamento nel protocollo, ma valutare bonariamente una condotta erronea *solo in parte* (in fase esecutiva).

Tuttavia, come vedremo anche in seguito, questa interpretazione – fatta propria dalle Sezioni unite vigente la disciplina attuale – si scontra non solo con i limiti intrinseci della prospettiva “prasseologica”, ma anche con l’osservazione per cui, come pure è stato ribadito rispetto alla riforma Gelli-Bianco, “attenersi” a una linea guida dovrebbe significare non solo *individuare*, ma pure *applicarla* correttamente²⁰.

Considerando quindi solo la seconda categoria casistica (adozione di una *lex artis* pertinente al caso clinico, però inadeguata a fronte di altri standard esigibili), la soluzione adottata dalla riforma Balduzzi suggeriva un cammino ragionevole ed equilibrato: “deontico”, quindi solidaristico, ma al contempo liberale, in quanto informato al principio dell’affidamento²¹.

Da un lato, infatti, si formalizzava un principio: quello secondo cui il medico non può adottare acriticamente le indicazioni standardizzate (protocolli e buone pratiche), spettando comunque al professionista valutare non solo se l’indicazione è pertinente al caso clinico, ma anche la validità e la “vi-

¹⁹ F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, cit., 828.

²⁰ Cfr. l’interpretazione di S. FODERÀ, *op. cit.*, 19.

²¹ Alla cui base «(...) c’è soprattutto l’esigenza di assicurare ai singoli una certa ‘libertà di azione’, altrimenti negata dalla necessità di tenere conto di tutto ciò che sia possibile prevedere»: G. FORTI, *op. cit.*, 273. Sul carattere “liberale” del principio (a dispetto del contesto storico in cui emerse nella riflessione dogmatica), M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, 2009, 247 ss. La riconduzione del *Vertrauensgrundsatz* al *genus* dell’*erlaubtes Risiko* risponde ad una posizione autorevole nella dottrina in lingua tedesca: H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, 16 ss., 19; M. BURGSTALLER, *op. cit.*, 58 ss., spec. 59; B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 719; K. KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, Berlin, 184 ss., 209 ss.; in Italia: L. RISICATO, *L’attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L’obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, 39 ss. La ricostruzione è comunque compatibile con la posizione assunta tradizionalmente dalla dottrina italiana: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 198-9; G. FORTI, *op. cit.*, 272-92; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 131 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 549 ss., per i quali il principio di affidamento riflette null’altro che il concetto sintetico-normativo di agente-modello, ovvero un’*aspettativa socio-normativa* in grado, da un lato, di «assicurare al singolo la libertà di azione, nel senso che ognuno deve avere la sicurezza di poter agire in un circolo di rapporti una volta acquisite (...) le cognizioni e capacità corrispondenti», e, dall’altro, di «permettere la libertà di azione degli altri consociati, i quali potranno aspettarsi il rispetto degli *standard* corrispondenti al gruppo cui il singolo, con il quale entreranno in rapporto, avrà *rivelato* di appartenere»: G. FORTI, *op. cit.*, cit., 289.

genza” scientifica del contenuto del protocollo. Ma fino a un certo punto. Infatti – qui sta l’elemento di equilibrio –, nel caso in cui il medico violasse il dovere di diligenza non rendendosi conto che l’indicazione applicata non era adeguata (ad es., obsoleta), la legge – così interpretata – teneva conto della “maggiore difficoltà” data dalla necessità di discostarsi dall’indicazione standardizzata, assunta e consolidata nell’ambito professionale, fissando la non punibilità della colpa lieve.

L’esplicito riconoscimento del valore di per sé non scriminante dell’ossequio alle linee guida e alle “buone pratiche” e, dunque, della necessità, se del caso, di ricorrere ad altre procedure in relazione ad “ambiti di rischio” pur disciplinati²², avrebbe potuto attenuare, come abbiamo già avuto modo di osservare, i timori di un incentivo alla “medicina difensiva”, poiché la scelta del medico di agire secondo i rassicuranti dettami del protocollo (dell’abitudine) potrebbe non coincidere con l’interesse del paziente. Infatti, «se una positivizzazione sembra offrire maggiori certezza al garante, non è detto che essa sortisca sempre il contestuale effetto di migliorare la tutela del bene da proteggere (...), potendo anzi ingenerare un paradossale effetto di depotenziamento, lasciando fuori dai poteri di agire del garante una serie di modalità di tutela rilevanti»²³.

Ma la riforma Balduzzi non è stata esente da critiche. Anzi, si può dire che, a parte isolate prese di posizione in sua difesa²⁴, la dottrina prevalente si è pronunciata in senso piuttosto critico.

Fra i maggiori problemi segnalati possiamo ricordare i seguenti²⁵: (1) non si indicavano criteri per determinare quali protocolli o linee-guida potessero fungere da parametro di diligenza per i medici e per i tribunali, tenuto conto della eterogeneità delle loro fonti (ad esempio, si è osservato frequentemente, talune linee-guida obbediscono più a logiche di risparmio che a ragioni strettamente sanitarie)²⁶; (2) non si definiva – o non si indicavano criteri per definire in sede giudiziale – il concetto di “colpa lieve”, o per converso quello di “colpa grave”²⁷; (3) il riproporsi della questione di costituzionalità già sollevata, come visto, rispetto alla applicazione dell’art. 2236 c.c., data l’applicazione di un re-

²² Da queste ipotesi di ideale “concorso di norme” (prassi vs. norma di condotta esigibile in concreto) si escludono quindi quelle di concorso “alternativo”, “cumulativo” e “apparente in concreto”, ovvero: quelle in cui «la portata preventiva della singola regola “codificata” (...) è incongruente rispetto allo specifico e concreto rischio»; quelle in cui non sia rispettata la prudenza o diligenza necessaria nel mettere in pratica la prestabilita norma di perizia; e quelle in cui il medico si sia «attenuto a raccomandazioni non adeguate alle “specificità del caso concreto”»: A. VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., 744 ss.

²³ C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 57, 1, 2014, 245; analogamente, F. BASILE, *op. cit.*, 9.

²⁴ Ad es. O. DI GIOVINE, *op. cit.*, *passim*; A. PERIN, *La crisi del “modello nomologico” fra spiegazione e prevedibilità dell’evento nel diritto penale*, cit., 1397 ss.

²⁵ Per altre sintesi dei principali aspetti critici emersi in dottrina: C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, 2017, 202 ss.; F. BASILE, *op. cit.*, 11 ss.; B. ROMANO, *La responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2018, 4 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 238 ss.

²⁶ E infatti, proprio su questo aspetto interviene la disciplina vigente.

²⁷ Vedremo tuttavia nel prosieguo della riflessione come un concetto di “colpa grave” fosse deducibile dalla pur non cristallina redazione della norma.

gime speciale più favorevole solo agli esercenti le professioni sanitarie²⁸; (4) la discutibile idoneità del concetto di “imperizia” a definire l’ambito di applicazione del regime favorevole; (5) la non punibilità della colpa lieve limitata ai soli casi in cui il professionista si fosse erroneamente attenuto a linee-guida o a «buone pratiche»; soluzione in effetti inappagante, almeno nell’ottica dell’interpretazione proposta, poiché le medesime (o persino maggiori) difficoltà decisionali e operative possono sussistere anche (e a maggior ragione) nel caso in cui si sia costretti ad agire senza l’ausilio di regole modali consolidate o parametri orientativi predefiniti per la tipologia di caso clinico o ambito di rischio²⁹.

5. La riforma Gelli-Bianco (2017)

La Legge n. 24 dell’8 marzo 2017³⁰ introduce, attraverso il suo art. 6, co. 1, il nuovo art. 590 *sexies* del codice penale (in sostituzione della disciplina precedente), secondo il quale: «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 [del codice penale] sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma», secondo il quale «Qualora l’evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Inoltre, l’art. 5, co. 1, della Legge citata prevede quanto segue: «Gli esercenti le professioni sanitarie, nell’esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle

²⁸ A venire in rilievo, si è osservato, è «l’ineludibile questione del rispetto del principio di uguaglianza sostanziale, posto che il significato sociale e la peculiarità dell’attività medica» non sembrerebbero costituire «un *unicum* in grado di legittimare, di per sé, questa sola eccezione in tema di responsabilità colposa»: A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Diritto penale e processo*, 2, 2013, 225. Analogamente, già a proposito dell’art. 2236 c.c., A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 125.

²⁹ In questo senso, C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, 2013, 66. Non andrebbero quindi confusi i casi in cui esiste un effettivo conflitto fra norme cautelari rispetto allo stesso ambito di rischio, da quelli in cui, invece, il dovere di diligenza è altro rispetto alla linea-guida applicata in ragione delle peculiarità del caso clinico e/o della mutata situazione di rischio: di nuovo, sul punto, A. VALLINI, *L’art. 3 del “Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, cit., 744 ss. Pare tuttavia ricondurre entrambe le ipotesi all’ambito applicativo della riforma Balduzzi B. ROMANO, *op. cit.*, 5; similmente R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 238-9.

³⁰ Cfr. in dottrina: M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 261 ss., 344 ss., 417 ss.; A. MASSARO, *L’art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell’art. 2236 c.c.*, in *Archivio penale*, 3, 2017; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina per colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 N. 24 (Legge cd. Gelli-Bianco)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6, 2017, 53 ss.; A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”*, cit.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 233 ss.; A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. “Mariotti” alle esperienze angloamericane*, in *Archivio penale*, 2 (web), 2018, 1 ss.

professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Rispetto al modello precedente, questa riforma prevede essenzialmente le seguenti novità: (1) il ricorso esplicito (non più deducibile in via interpretativa) alla nozione di “imperizia”, quale concetto idoneo a definire l’ambito di applicazione del regime favorevole; (2) il superamento – pur contraddetto dalla lettura delle Sezioni unite, come stiamo per vedere – della distinzione fra “colpa lieve” e “colpa grave”, attraverso l’introduzione di un regime di radicale “non punibilità” (*rectius*, “atipicità”) applicabile a quelle condotte che, benché rispettose delle linee-guida e delle buone pratiche, abbiano provocato l’evento lesivo per imperizia (art. 6); (3) infine, la previsione di criteri legali per determinare quali fonti tecniche (linee-guida) possono etero-integrare il dovere di diligenza del professionista sanitario (art. 5), salvo poi comunque rinviare in subordine alle «buone pratiche clinico-assistenziali».

5.1. La nozione di “imperizia”

L’interpretazione secondo cui la riforma Balduzzi (e prima ancora l’art. 2236 c.c.³¹) sarebbe stata applicabile alle sole ipotesi di “imperizia” è stata sostenuta sia in dottrina³² che nella prima giurisprudenza di legittimità in materia³³.

Alla luce della – ora – esplicita limitazione del regime speciale alle sole ipotesi di “imperizia”, le questioni ineludibili appaiono due, strettamente correlate ma di diversa natura: da un lato, sul piano concettuale e interpretativo (*de iure condito*), occorre chiedersi se sia possibile e fondato distinguere l’imperizia dall’imprudenza e dalla negligenza; e, quindi, da un punto di vista politico-criminale (e *de iure condendo*), se sia opportuno rivedere la scelta di riservare una disciplina favorevole al solo ambito della colpa professionale-sanitaria per imperizia³⁴.

Nell’applicazione delle regole dell’arte e della professione, si potrebbe osservare, chi agisce va solitamente incontro a *difficoltà maggiori* rispetto a quelle derivanti dal dovere di attenersi alle comuni norme di prudenza e diligenza. Alla base del regime differenziato e della sua circoscrizione

³¹ A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, cit., 126; B. ROMANO, *op. cit.*, 3, e i riferimenti ivi citati.

³² Ad es., C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, cit., 66; L. RISICATO, *L’attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., 28.

³³ Secondo la quale, l’esclusione dei casi di imprudenza e negligenza dovrebbe dedursi dal fatto che, testo alla mano, «le linee guida contengono solo regole di perizia»: Cass. Pen., sez. IV, 24 gennaio 2013 n. 11493, *Pagano* (sulla scorta della sentenza n. 166/1973 della Corte Cost., cit. *supra*, relativa all’art. 2236 c.c.).

³⁴ Di nuovo, sul punto, A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 225-6, secondo il quale «sarebbe stato certo più opportuno giungere ad un’estensione» del limite della colpa grave «a tutte le attività contraddistinte dalla presenza di rischi consentiti in virtù della loro spiccata e riconosciuta utilità sociale». Sulle peculiarità dell’ambito medico in chiave politico-criminale, M. CAPUTO, *“Agente modello” e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, 105 ss., 126 ss. Ritiene siano «maturi i tempi per una riflessione approfondita e sistematica sui reati colposi nei diversi settori, capace di individuare convergenze e divergenze e di delineare, là dove ragionevole, una disciplina differenziata» R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 248.

all'imperizia starebbe quindi l'esigenza di non inibire troppo l'operato del professionista gravandolo di eccessive cautele³⁵.

Dal carattere tecnico o professionale di un'attività può tuttavia derivare un'esigenza opposta a quella appena considerata: indurre i destinatari delle norme, mediante la minaccia della sanzione, ad un innalzamento della soglia di attenzione quando da essi dipendano le sorti di beni giuridici primari (prevenzione generale negativa); e di impedire che continuino ad esercitarla quando abbiano dato prova di essere inadeguati (prevenzione speciale negativa)³⁶. D'altronde, proprio la tipicità delle *leges artis* della professione renderebbe meno tollerabile la loro inosservanza da parte del membro tipico del gruppo³⁷.

Tuttavia, ancor prima di ragionare in termini di opportunità politico-criminale, cioè di coerenza del mezzo (la minaccia e l'irrogazione della sanzione penale) rispetto al fine (la tutela dei beni giuridici vita e salute psico-fisica), occorre verificare se la nozione di "imperizia" è capace di definire l'ambito applicativo di un regime eventualmente favorevole.

Ma la «relatività» della distinzione fra negligenza, imprudenza, imperizia è già stata da tempo segnalata da autorevole dottrina.

«Tanto se l'imperizia nasca da uno stato di ignoranza delle nozioni necessarie per una data professione o arte, o di inabilità e inettitudine ad applicare quelle nozioni (sia poi o no il soggetto consapevole di queste sue mancanze); quanto se il soggetto, pur possedendo le cognizioni e le capacità richieste, in concreto non le applichi, ciò che verrà in considerazione per il giudizio (...) sarà sempre la obiettiva difformità tra la condotta posta in essere, e quella che le regole della professione o arte avrebbero prescritto». In fin dei conti – concludeva *Marcello Gallo* – «data la struttura obiettiva delle qualifiche in esame [egli si riferiva a quelle indicate dall'art. 43 c.p., N.d.R.], l'imperizia non consiste in altro che in un'imprudenza o in una negligenza qualificata, a seconda che la regola tecnica violata prescriva l'astensione da una condotta o da alcune sue modalità, ovvero la realizzazione di un dato contegno positivo»³⁸.

Una componente variabile di "imperizia", quindi, sussisterebbe ogni qual volta il carattere colposo della condotta trovi origine in uno scarto fra il livello conoscitivo dell'agente-modello e quella dell'agente reale; ma anche nei casi in cui questi non sia in grado di applicare le conoscenze necessarie pur possedute; e, infine, quando non sappia cogliere l'occasione di utilizzare le medesime.

Il problema, quindi, ancor prima di poter assumere una natura politico-criminale, cioè relativo a quali ragioni renderebbero teleologicamente ragionevole una simile differenziazione (in senso favorevole al medico imperito), appare piuttosto di carattere concettuale, data la difficoltà – confermata anche

³⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2009, cit., 541.

³⁶ Sul piano comparato, questa finalità mista general e special-preventiva spiegherebbe ad esempio l'istituto della "imprudencia profesional" previsto dall'ordinamento spagnolo. Per una comparazione con la situazione italiana ed altri riferimenti, A. PERIN, *La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada*, in *Política Criminal / Criminal Policy*, vol. 13, 26, 2018, 882 ss.

³⁷ Sottolinea criticamente questa prospettiva, riferibile in generale alle attività professionali qualificate, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 561.

³⁸ M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, 641. Analogamente, G. MARINUCCI, *op. cit.*, 216; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 542.

da più recenti analisi comparatistiche³⁹ – di distinguere realmente la “imperizia” dalla “negligenza” e dalla “imprudenza”, a seconda dei casi. Particolarmente significativo appare il fatto che anche altrove l’incertezza riguarda l’identificazione della “imperizia” con la colpa per ignoranza (o *in eligendo*) e/o con la colpa per errore esecutivo⁴⁰; benché la tendenza appaia comunque quella di considerare meno intollerabile il secondo caso (l’errore esecutivo) rispetto al primo (la ignoranza delle regole dell’arte)⁴¹.

In fondo, sembra davvero difficile pensare che i doveri inerenti all’esercizio di una professione, per quanto “tecnici”, non facciano mai proprie norme di prudenza o diligenza⁴². L’imperizia è quindi categoria normativa soltanto indicativa e in quanto tale incapace di fornire una qualificazione esaustiva di una concreta fattispecie colposa⁴³.

5.2. Il superamento della distinzione fra “colpa lieve” e “colpa grave” ... anzi no

Veniamo ora al secondo elemento di novità della disciplina vigente: il superamento della distinzione fra “colpa lieve” e “colpa grave”, rispetto al suo ambito di applicazione⁴⁴.

Consideriamo, anzitutto, che cosa accade rispetto alle ipotesi di errore *in eligendo*, cioè di colpa per errore nella selezione della *lex artis* e/o di ignoranza del *modus operandi*.

Quando la scelta della *lex artis* fosse stata pertinente rispetto al caso clinico e, ciò nonostante, il medico avrebbe dovuto abbandonare la “prassi” per adottare una condotta rispondente ad una regola cautelare differente, la disciplina del 2012, secondo l’interpretazione “deontico-moderata” sostenuta, prevedeva la possibilità di sanzionare la colpa grave. Secondo la disciplina vigente, invece, nelle stesse ipotesi la punibilità andrebbe radicalmente esclusa, sempre che le linee-guida erroneamente applicate siano state elaborate e pubblicate ai sensi del citato art. 5; oppure, in mancanza di queste, qualora siano state adottate «buone pratiche clinico-assistenziali».

Se così è, il cambiamento appare molto significativo, poiché laddove in virtù della disciplina abrogata l’applicazione acritica (e incorretta) del protocollo non esimeva il medico dalla sua responsabilità (in caso di colpa grave nella selezione del *modus operandi* o nella applicazione delle conoscenze doverose), ora, invece, il medico-modello *eiusdem condicionis* immaginato dal legislatore non deve preoccuparsi dell’adeguatezza *in sé* della modalità cautelare adottata, bensì semplicemente assicurarsi che

³⁹ Di nuovo, A. PERIN, *La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva*, cit., 884 ss., dove si rileva la difficoltà, manifestata nell’esperienza spagnola, di distinguere fra classi di colpa allo scopo di applicare il regime sanzionatorio previsto per la “imprudencia profesional”.

⁴⁰ Non a caso, si chiede opportunamente R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 245-6, se abbia senso distinguere fra attività di valutazione e attività di esecuzione, dato che «dal punto di vista tecnico esprimono comunque identica complessità».

⁴¹ A. PERIN, *La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva*, cit., 884-5 e nota 99.

⁴² J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, 1999, 24.

⁴³ Come ha osservato O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 6 ss., nella «realità dei casi complessi, il confine tra conoscenza, uso appropriato della cautela, avventatezza o trascuratezza nella scelta di quella adatta appare troppo sottile e quindi troppo pericolosa una distinzione che voglia essere dirimente ai fini penali».

⁴⁴ Su come ogni riferimento testuale al grado della colpa sia venuto meno nel corso dell’iter parlamentare, B. ROMANO, *op. cit.*, 8.

sia accreditata. Dunque, così inteso, si configurerebbe un modello regolativo estremamente difensivista, pertanto meno equilibrato del precedente.

Gravi problemi interpretativi sono emersi inoltre rispetto alle ipotesi di *errore esecutivo*.

La Corte di Cassazione “Tarabori”⁴⁵ evidenzia infatti le conseguenze inaccettabili che potrebbero derivare da un’interpretazione della disposizione che porti a escludere la punibilità «anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di un comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l’imperizia lesiva si sia realizzata». Tali conseguenze sarebbero: (a) la determinazione di un vuoto di tutela inaccettabile rispetto al diritto alla salute (art. 32 Cost.) e ai beni giuridici ad esso relazionati (vita e integrità psico-fisica); (b) la riproposizione – ancora più seriamente di quanto avvenuto in precedenza, rispetto all’art. 2236 c.c. e vigente la Legge del 2012 – della questione di legittimità costituzionale rispetto al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), poiché la professione medica risulterebbe ancor più favorita di altre (tanto da escludere la rilevanza penale di qualunque ipotesi di imperizia consistente in un errore esecutivo!); inoltre, (c) quell’interpretazione sarebbe criticabile già sotto il profilo dell’interpretazione letterale della nuova disposizione del codice, poiché l’adempimento di determinate indicazioni dovrebbe includere anche la loro corretta *messa in pratica*, non solo la loro *corretta selezione*⁴⁶.

E tuttavia, la stessa sezione della Corte⁴⁷ in diversa composizione nel caso “Cavazza” ha poi modo di sostenere che, qualora la *lex artis* scelta risulti pertinente al caso clinico, la punibilità di *qualunque errore esecutivo* sarebbe da escludersi, a prescindere dalla sua gravità; e ciò individuando proprio nell’ipotesi di *imperita applicazione o esecuzione della lex artis* l’ambito di applicazione del regime di non punibilità previsto dall’art. 590-sexies.

Di fronte all’emersione di queste difficoltà interpretative e prospettandosi un’alternativa «fra un’interpretazione dell’art. 590-sexies c.p. *costituzionalmente conforme ma sostanzialmente sterilizzante* (...) e un’interpretazione fedele al tenore letterale della norma e alla volontà di favore per la

⁴⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017 - 7 giugno 2017, n. 28187, ric. *Tarabori*, in *Diritto penale contemporaneo*, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Cass_28187_17.pdf, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, *ivi*, 6, 2017, 280 ss. (ultima consultazione 12/02/2019). Cfr. inoltre, fra i tanti, i commenti di: M. CAPUTO, *‘Promossa con riserva’. La legge Gelli-Bianco passa l’esame della Cassazione e viene ‘rimandata a settembre’ per i decreti attuativi*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2017, 713 ss.; M. COLACURCI, *La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione “correttiva” della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Rivista italiana di medicina legale*, vol. XXXIX, 3, 2017, 1155 ss.; L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 10, 2017, 2201 ss.

⁴⁶ Su questo aspetto G. IADECOLA, *op. cit.*, 59.

⁴⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017 - 31 ottobre 2017, n. 50078, *Cavazza*, in http://www.biodiritto.org/index.php/item/950-cass_590sexies_50078_17, con nota di F. BORDIGNON, *Cass., sez. IV penale (sent. 31 ottobre 2017, n. 50078): annullata la condanna di un medico in applicazione del nuovo art. 590-sexies cod. pen. (riforma Gelli)*, *ivi*; in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/4604-cass5007817.pdf>, con nota di C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l’imperizia? La Cassazione torna sull’ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11, 2017, 250 ss. (ultime consultazioni 12/02/2019).

classe medica ma indiziata di incostituzionalità (...)»⁴⁸, le Sezioni unite della Corte di Cassazione⁴⁹ sono intervenute definendo l'ambito di applicazione della nuova disposizione in modo tale per cui (parafrasando i principi di diritto come espressi in sentenza⁵⁰):

- (a) Quando si tratti di *negligenza o imprudenza* l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve.
- (b) Quando si tratti di *imperizia*, occorre distinguere:
 - (b1) nei casi di errore nella *scelta di linee guida o buone pratiche*, in quanto non pertinenti e adeguate rispetto al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve;
 - (b2) quando non esistano linee-guida o buone pratiche applicabili al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve;
 - (b3) invece, quando venga commesso un *errore esecutivo* nell'applicazione di una linea-guida o una buona pratica scelta correttamente, cioè adeguata al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria sarà responsabile *solo in ipotesi di colpa grave*.

La soluzione di compromesso adottata dalle Sezioni unite "Mariotti" – nel solco della lettura (esegetica) della sentenza "Cavazza", ma con il correttivo (in chiave costituzionale) della colpa grave in virtù della "Tarabori" –, suscita tuttavia notevoli perplessità.

Rispetto in particolare al punto b3 (il medico sarà responsabile *solo in ipotesi di colpa grave*, quando abbia commesso un *errore esecutivo* nell'applicazione di una linea-guida o una buona pratica scelta correttamente, cioè adeguata e pertinente rispetto al caso clinico): sebbene si comprenda l'aspirazione ad un'interpretazione costituzionalmente conforme che soggiace alla reintroduzione della distinzione tra colpa lieve e colpa grave, come si giustifica questa soluzione alla luce della lettera dell'art. 590 sexies?⁵¹

Secondo la Corte, nonostante la mancata evocazione esplicita da parte del legislatore, la nozione di "colpa lieve" sarebbe «intrinseca alla formulazione del nuovo precetto, posto che la costruzione della

⁴⁸ C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2018, 246 ss. Per altre sintesi comparative delle visioni discordanti emergenti dalle sentenze *Tarabori* e *Cavazza* e dei relativi passaggi motivazionali, cfr. ad es.: C. BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11, 2017, 205 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 241 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2018, 25 ss.

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 - dep. 22 febbraio 2018, n. 8770, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, *Mariotti*, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/9383-su877018.pdf> (ultima consultazione 12/02/2019). Fra i contributi in argomento: A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *Archivio Penale*, 2018, 2, 2 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite*, cit., 249 ss.; A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche*, cit., 2 ss.; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 243 ss.

⁵⁰ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017 - dep. 22 febbraio 2018, n. 8770, 28-9 (§ 11).

⁵¹ Su questa criticità, v. anche C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite*, cit., *passim*; R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 245; L.A. TERRIZZI, *Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la Legge Gelli-Bianco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7, 2018, 101-2.

esenzione da pena per il sanitario complessivamente rispettoso delle raccomandazioni accreditate in tanto si comprende in quanto tale rispetto non sia riuscito ad eliminare la commissione di errore colpevole non grave, eppure causativo dell'evento» (§ 10.3).

L'argomento ha una sua logica, poiché al di là del tentativo di salvare la disposizione in esame da una possibile incostituzionalità (§ 5), esso si riferisce a una colpa "attenuata" dal fatto di riguardare solo la fase finale del procedimento (posta una *corretta selezione e adozione* della linea-guida, l'errore incombe nella *fase esecutiva*). Come già evidenziato in precedenza, il regime favorevole applicabile all'*errore esecutivo* riecheggia una tesi già sostenuta vigente la riforma "Balduzzi", e poi riemersa a proposito della riforma "Gelli-Bianco"⁵². Ma, almeno nella sua versione originale⁵³, si tratta di un'interpretazione indotta dal teorico ("prasseologico", anti-deontico) rifiuto di qualunque ipotesi di "colpa residuale"⁵⁴.

Inoltre: che senso può mai avere favorire il medico che abbia potuto applicare linee-guida e nondimeno abbia commesso un errore esecutivo (principio *b3*), rispetto a quello che, non potendo neppure essere orientato da buone pratiche standardizzate (che quindi non si sono potute applicare) abbia commesso lo stesso errore esecutivo (principio *b2*: quando pure si tratti di *errore applicativo o esecutivo*, ma *non esistano linee-guida o buone pratiche applicabili* al caso clinico, la causa di non punibilità non sarà applicabile)?⁵⁵

Altra cosa è rievocare – come fa la stessa Corte – la residua valenza dell'art. 2236 c.c. e l'utilità dell'elaborazione giurisprudenziale precedente. Ma ciò non fa altro che confermare come la soluzione adottata consista in un allontanamento forzato dal testo della legge vigente. Si è realizzato un compromesso politicamente comprensibile, ma si è persa di vista la necessità di fornire una interpretazione intrinsecamente razionale della norma.

Invece, non c'è dubbio che le ipotesi di colpa *in eligendo* date dalla applicazione di linee-guida o protocolli *non pertinenti* rispetto al caso clinico continuano ad essere penalmente rilevanti. Ciò è reso esplicito dal legislatore nell'ultima parte dell'art. 590 *sexies* e riconosciuto espressamente dalle Sezioni unite (principio *b1*)⁵⁶. Ma anche se così non fosse stato, la soluzione interpretativa non potrebbe essere diversa: altrimenti, il medico potrebbe allegare l'avvenuta applicazione di qualunque *lex*

⁵² G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2, 2017, 90-1.

⁵³ F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, cit., 829 ss.

⁵⁴ Assunta invece dalla preferibile lettura di A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorsu di regole cautelari"*, cit., 24 ss.; analogamente, A. PERIN, *La crisi del "modello nomologico" fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., 1398-9.

⁵⁵ Esprime la stessa perplessità R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 246.

⁵⁶ Secondo A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche*, cit., 20, ciò garantirebbe quel «controllo di affidabilità in sede giudiziale» necessario di fronte alle criticità connesse al "rischio-imparzialità" legato agli interessi economici o di categoria sottostanti la redazione delle linee-guida. La stessa idea generale viene espressa anche da S. GROSSO, *What is Reasonable and What Can Be Proved as Reasonable: Reflections on the Role of Evidence-Based Medicine and Clinical Practice Guidelines in Medical Negligence Claims*, in *Annals of Health Law*, 27, 2018, 74 ss., recuperando la discussione sui criteri di ammissibilità della prova scientifica in materia di causalità (*Frye test*, *Daubert*, ecc.) nella prospettiva *ex ante* della colpa e della considerazione delle *guidelines* come mezzi di prova. Per questa prospettiva, v. già A. PERIN, *La crisi del "modello nomologico" fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., 1377 ss., 1383 ss., 1395 ss.

artis medica astrattamente valida – anche qualora non abbia alcuna relazione con il caso clinico, risultando cioè carente di adeguatezza “estrinseca” – per eludere la sua responsabilità.

Infine, a proposito del principio (a), si rinvia alle considerazioni del paragrafo precedente circa l'impossibilità di distinguere con chiarezza fra imperizia, da una parte, e negligenza o imprudenza, dall'altra⁵⁷.

5.3. Le linee-guida: dalla valutazione diffusa sull'affidabilità dell'indicazione alla certificazione centralizzata della fonte

Ulteriore elemento di novità della Legge del 2017 è la previsione di un sistema di certificazione per quelle linee-guida che potranno essere considerate (dai medici e dai giudici) come fonti di eterointegrazione del dovere di diligenza (*supra*, art. 5 citato).

Ciò spiegherebbe, pur senza giustificarla, la non punibilità del medico in ipotesi di inadeguatezza intrinseca della *lex artis* applicata. Laddove vigente la Legge del 2012 si mantenevano spazi di libertà-responsabilità, la nuova disciplina potrebbe essere intesa nel senso di escludere il dovere di verificare l'adeguatezza intrinseca (in sé e per sé, al di là della sua adeguatezza estrinseca o pertinenza rispetto al caso specifico) della guida standardizzata, qualora disponibile rispetto a un dato “ambito di rischio” o tipologia di caso clinico. Tale valutazione in ordine alla affidabilità dell'indicazione compete infatti alle istituzioni pubbliche incaricate di certificare e accreditare le *leges artis* proposte dalla comunità scientifica (enti, istituzioni, società scientifiche, associazioni tecnico-scientifiche)⁵⁸.

Dal punto di vista del legislatore, questa soluzione, evitando che la valutazione in ordine alla adeguatezza della *lex artis* ricada sul professionista, dovrebbe significare un miglioramento in termini di certezza del diritto (o prevedibilità della norma)⁵⁹. Tuttavia, il metodo del rinvio alla “migliore scienza ed esperienza” allo scopo di etero-integrare il contenuto precettivo della fattispecie colposa presenta inconvenienti epistemologici e pratici di non poco conto⁶⁰, ponendo inoltre seri problemi sotto il profilo della libertà di metodo e trattamento⁶¹, specialmente in quei settori della medicina che con maggiori difficoltà si lasciano formalizzare da regole standard (ad esempio, la psichiatria⁶²). Inoltre, come

⁵⁷ Del resto, proprio questa incertezza definitoria rende concreto il rischio che la giurisprudenza eviti l'applicazione del regime favorevole qualificando strumentalmente la colpa come negligenza o imprudenza: v. ad es. Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2018 - 5 aprile 2018, n. 15178, Pres. Blaiotta, Est. Bruno, con nota di L.A. TERRIZZI, *op. cit.*, 93 ss. Accadrebbe cioè l'opposto di quanto si è potuto osservare in Spagna, dove il ricorso creativo alla nozione di “imperizia” è servito a marginalizzare l'applicazione del più severo regime sanzionatorio previsto per le ipotesi di “imprudencia profesional”; su questo profilo comparatistico, v. di nuovo il contributo indicato in nota 36.

⁵⁸ I requisiti per l'inserimento nel Sistema Nazionale delle Linee Guida (SNLG) si trovano qui: <https://snlg.iss.it/?cat=7> (ultima consultazione 12/02/2019).

⁵⁹ Sottolinea questo aspetto, valutando la relativa possibilità di ovviare all'incertezza dell'illecito colposo per mezzo della pubblicazione delle linee-guida, sottolineando peraltro l'incerto riferimento alla “buone pratiche”, G.S. FODERÀ, *op. cit.*, 17-8, 33-4.

⁶⁰ Su tali limiti, A. PERIN, *La crisi del “modello nomologico” fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, cit., 1401 ss.

⁶¹ Cfr. C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit, 208 ss.; G. IADECOLA, *op. cit.*, 59 ss. Un falso problema secondo G.S. FODERÀ, *op. cit.*, 18-9.

⁶² M. GRECO, *What is the DSM? Diagnostic manual, cultural icon, political battleground: an overview with suggestions for a critical research agenda*, in *Psychology & Sexuality*, vol. 7, 1, 2016, 11 ss. In materia di responsa-

già osservato, questa impostazione può tradursi in un incentivo a pratiche di medicina difensiva, aumentando altresì il rischio di portare l'interprete a sopravvalutare il ruolo delle linee-guida e inducendolo ad affermazioni automatiche di responsabilità in ipotesi di inosservanza⁶³.

Ma anche al di là delle ragioni più strettamente politico-criminali, è davvero realizzabile un sistema "centralizzato" (a livello statale) di protocolli e linee-guida? A questo proposito, vale la pena osservare come piattaforme, sia pubbliche che private, siano state realizzate in altri contesti a livello nazionale⁶⁴ od allo scopo di offrire meta-analisi e protocolli idealmente idonei a definire standard clinici universali⁶⁵. Tuttavia, nessun sistema di *guidelines* viene concepito come rigorosamente unitario ed esaustivo⁶⁶.

Ritorniamo comunque su questo aspetto in sede conclusiva, una volta delineato, sulla base delle considerazioni già avanzate, un ipotetico terzo modello di responsabilità (alternativo a quelli definiti dalle recenti riforme, benché maggiormente ispirato dalla prima).

6. Verso un modello "compromissorio": solidaristico e liberale

La strategia adottata negli ultimi anni dal legislatore italiano e l'interpretazione data dalla giurisprudenza alle ultime riforme mostrano una tendenza a riconfigurare la colpa medica sulla base di due direttrici: (a) la valorizzazione del ruolo di linee-guida, protocolli e buone pratiche clinico-assistenziali in sede di definizione e concretizzazione del contenuto normativo del dovere di diligenza; (b) la non punibilità di alcune ipotesi di colpa lieve e, quindi, la ri-definizione della colpa penale (o di alcune ipotesi di colpa penale) come colpa grave.

Volgendo la nostra attenzione al primo aspetto, osserviamo come esso sia stato oggetto di intense discussioni negli ultimi anni (e, in Italia, persino con un certo ritardo rispetto ad altre esperienze⁶⁷). Nel nostro contesto, in particolare, lo svolgimento del dibattito riflette il motivo centrale del confronto che, come già ricordato, sussiste fra i difensori del modello "deontico" (solidaristico), basato sul criterio generale della prevedibilità dell'evento da parte dell'agente-modello differenziato, e i sostenitori del modello "prasseologico", fondato sulla valorizzazione delle prassi cautelari "codificate" o in

bilità penale dello psichiatra: C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impositivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013; G. MONTANARI VERGALLO, *et al*, *Medico-legal notes for a new set of standards in the assessment of penal liability in psychiatry*, in *Rivista di psichiatria*, vol. 52, 1, 2017, 16 ss.

⁶³ C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., 216.

⁶⁴ Ad es., in Australia: <https://nhmrc.gov.au/health-advice/how-guidelines-are-developed>; Francia: https://www.has-sante.fr/portail/jcms/fc_1249603/en/accreditation-certification; Regno Unito: <https://www.nice.org.uk/standards-and-indicators>; <https://www.guidelinesinpractice.co.uk>; Spagna: <http://portal.guiasalud.es/web/guest/home> (ultima consultazione 10/01/2019).

⁶⁵ V. su tutti il *Cochrane Database of Systematic Reviews*, in <https://www.cochranelibrary.com/cdsr/table-of-contents> (ultima consultazione 10/01/2019).

⁶⁶ Si rinvia, anche per altri riferimenti, all'indagine di A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche*, cit., 10 ss., il quale, di fronte al rischio della "medicina di Stato", mostra come – a differenza che in Italia, a quanto pare – neppure negli Stati Uniti si sia ritenuto «possibile attribuire (né dal punto di vista della prassi, né della politica sanitaria) ad un'unica entità, di estrazione governativa, il ruolo di arbitro delle pratiche mediche, ritenute per loro natura non determinabili in senso univoco, o "monocentrico"».

⁶⁷ Ancora il contributo di A. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche*, cit., 2 ss.

“uso” nel contesto sociale o professionale di riferimento (maggiormente ispirato dall’esigenza, tipicamente liberale, di una maggior conformità del reato colposo al principio di legalità).

Linee guida, protocolli e buona pratiche rientrerebbero fra le fonti indicate dai secondi quali idonee a indicare, sia al giudice (*ex post*) che all’agente (*ex ante*), come è dovere comportarsi in determinate *situazioni tipiche*. Da qui, la loro valorizzazione nella direzione di attribuire al *Tatbestand* colposo un maggior grado di determinatezza (e prevedibilità).

Tuttavia, a fronte dei limiti dello schema prevalente (l’indeterminatezza del parametro normativo, in primo luogo), anche la concezione prasseologica incorre in una serie di inconvenienti. Infatti, schematizzando:

(1) Benché in molti i casi i medici possano ricorrere a regole modali predeterminate di fronte a *casi tipici*, talvolta le indicazioni protocollari possono risultare inadeguate di fronte a ciò che farebbe (o avrebbe fatto) un medico-modello nelle medesime circostanze in cui si trova (o si è trovato) ad agire l’agente reale. I protocolli dettati per disciplinare attività complesse e ad elevato coefficiente tecnico – come tipicamente quella medico-chirurgica – possono risultare cioè inadeguati rispetto allo stato delle conoscenze e alle tecniche disponibili a partire da un momento successivo alla loro elaborazione⁶⁸.

(2) Esistono inoltre *casi clinici atipici* o, comunque, circostanze e rischi particolari che impongono in quanto tali l’adozione di misure non-standardizzate (né standardizzabili). Infatti, come sappiamo, «(...) solo una piccola porzione delle *circostanze concrete* che accompagnano la realizzazione della condotta può essere ricompresa sotto gli schemi (...)» tracciati da regole cautelari predefinite; la «enorme ricchezza e varietà di situazioni che la realtà presenta in ogni fatto di vita» sfugge inevitabilmente alla ‘comprensione’ di ogni regola prudenziale preconstituita⁶⁹.

(3) Può indurre o persino imporre un appiattimento del medico sulle prassi codificate, antitetico alla necessità di assicurare quella libertà di cura (della scelta del metodo di cura)⁷⁰ funzionale all’evoluzione e, se possibile, al miglioramento delle pratiche cliniche⁷¹, nonché alla tutela della persona e della sua autonomia come paziente⁷².

In termini generali si tratta quindi di stabilire se, vigenti norme *lato sensu* regolamentarie a disciplina di una certa attività, sia lecito adeguarvisi acriticamente, oppure se, in ragione delle *particolarità del caso concreto* e/o della *riconoscibile obsolescenza del modello di previsione e prevenzione ad esse sotteso*, possa essere doveroso adeguarsi a livelli di diligenza diversi ed eventualmente più stringenti, sulla base della conoscenza ed esperienza obiettivamente esigibile.

⁶⁸ «Lo “stato dell’arte medica” – osserva A. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della “gravità” ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Indice Penale*, 2004, 754 – è un corpo di conoscenze tecniche immenso, in continua evoluzione, e che subisce nei singoli casi concreti l’effetto relativizzante dovuto alle peculiarità e variabilità dei pazienti, delle malattie e dei contesti ambientali in cui sono curati/e».

⁶⁹ G. MARINUCCI, *op. cit.*, 250.

⁷⁰ In argomento, C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Padova, 2006, 109 ss.; A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Bari, 2018, 19 ss., 73 ss.

⁷¹ C.M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. Los problemas penales actuales de la Biomedicina* (t. II, vol. 1), Buenos Aires, 2011, 269 ss. V., *infra*, il caso citato nella nota 88.

⁷² In tema, A. CARMINATI, *op. cit.*, 5 ss. (e *ivi* ulteriori riferimenti).

In altri termini, ci si deve chiedere se l'inadeguatezza dei modelli di comportamento precostituiti o l'assenza di schemi standardizzati possa sempre tradursi in un alibi.

Favorevole a quest'ultima soluzione appare chi considera che, se «si concorda sul fatto che le norme cautelari scritte disciplinano una determinata classe di rischi, pare davvero difficile, e tutto sommato contraddittorio, sostenere che una volta esclusa la trasgressione della regola possa residuare uno spazio di operatività per la colpa generica. Ogniquale volta l'esercizio di una determinata attività è disciplinato da regole cautelari (modali) scritte, siano esse di contenuto rigido o flessibile, la prevenzione del rischio è strettamente legata alla loro osservanza»⁷³.

D'altra parte, disconoscendo la doverosità dell'adeguamento a livelli di diligenza non tipici (*i.e.*, non standardizzati o predefiniti rispetto a situazioni di rischio tipiche), e quindi non riconducibili agli "usi" evocati dalla dottrina "prasseologica"⁷⁴, pur rispondenti a conoscenze e abilità disponibili e ragionevolmente esigibili agli agenti, si finirebbe con l'attribuire all'inerzia degli organi pubblici preposti all'attività di regolamentazione il valore di un alibi senza eccezioni.

Inoltre, come già osservato, se la gamma delle regole prudenziali penalmente rilevanti si esaurisse in quelle codificate o radicate in un dato contesto sociale o professionale si genererebbe una situazione di sostanziale *iniquità*; se causare un incidente stradale o la morte di un pedone per non aver rispettato un diritto di precedenza o il semaforo rosso può senz'altro integrare un'ipotesi di colpa (per inosservanza di regole indubbiamente pre-determinate), altrettanto rimproverabile può essere valutata l'inerzia di chi si trovi chiaramente in condizione di riconoscere l'obsolescenza di una "regola in uso"⁷⁵.

Ebbene, fra i due modelli normativi esaminati, Balduzzi e Gelli-Bianco, quello che a mio parere avrebbe potuto meglio coniugare le istanze dell'uno e dell'altro paradigma teorico è il primo (2012). Il suo elemento di equilibrio consiste infatti nel continuare ad attribuire al medico la responsabilità di valutare la *adeguatezza intrinseca* (validità e attualità scientifica) della fonte standardizzata⁷⁶, riconoscendo al contempo il maggior onere dato dalla necessità di discostarsi dalla stessa – cioè la *minor* esigibilità sottesa al dovere "residuale" di andare oltre la prassi, di fare *di più*–, attraverso la esclusione della "colpa per osservanza" quando questa possa essere considerata "non grave".

Tuttavia, come puntualizzato segnalando uno dei limiti della riforma Balduzzi, a quel modello mancava qualcosa. Infatti, la stessa difficoltà sottesa alle ipotesi comprese (secondo la lettura qui sostenuta) nel suo ambito di applicazione sussiste anche quando il medico non può contare su nessuna indicazione standardizzata⁷⁷; pertanto, anche in questa seconda categoria casistica dovrebbe potersi applicare la stessa limitazione individual-garantistica all'intervento penale (esclusione della colpa *lieve*).

⁷³ C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazioni per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 1491, nota 51.

⁷⁴ In particolare, da F. GIUNTA, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 42, 1999, 86 ss.; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.; C. VALBONESI, *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa. Verso una nuova tipicità del crimen culposum*, Firenze, 2014, 174 ss.

⁷⁵ A. PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 216.

⁷⁶ Adeguatezza che molto difficilmente potrebbe essere assicurata da un "filtro" come il sistema previsto dall'art. 5, inevitabilmente rigido e di lento aggiornamento.

⁷⁷ Lo stesso dicasi a proposito della soluzione delle Sez. un. "Mariotti": R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 246.

Insomma: *sia* quando il medico avrebbe dovuto agire sulla base di uno standard più elevato o aggiornato, pur potendo contare – in linea di principio – su un protocollo o una linea-guida di riferimento (ipotesi efficacemente definita di «concorso apparente di regole cautelari»⁷⁸); *sia* quando, in ragione delle peculiarità della vicenda concreta, non fossero disponibili modelli comportamentali standardizzati (cd. «rischio aspecifico»⁷⁹): piuttosto che rinunciare a priori (e in ogni caso) all'imputazione di responsabilità, ciò che si propone è di riferirsi, generalizzandolo, ad un criterio analogo a quello della «speciale difficoltà» (art. 2236 c.c.) o, se si preferisce, a quello della «esigibilità», da intendersi però in maniera anzitutto oggettiva ed in considerazione delle circostanze del caso concreto (e non anche di una pretesa – ma logicamente irrealizzabile – individualizzazione del parametro⁸⁰).

Si potrebbe però replicare che, se non si stabilisce un limite netto, si corre il rischio di continuare ad assecondare le crescenti aspettative sociali nei confronti della medicina e di chi la pratica, trasformando la *ultima ratio* del sistema in un mezzo di riparazione e di strumentalizzazione del singolo in chiave simbolica⁸¹.

Tuttavia – questa è la replica preventiva e, al contempo, la ragione normologica che potrebbe guidare la definizione di un «terzo modello»⁸² –, è proprio in questi casi che, a beneficio dell'imputato e in ossequio al principio di sussidiarietà, dovrebbe venire in causa il criterio di «gravità». Per quanto inevitabilmente discrezionale (come qualunque giudizio basato su di un criterio normativo), questo elemento di valutazione potrebbe essere inteso a valorizzare l'eterogeneità strutturale e il diverso grado di esigibilità (dal punto di vista del destinatario della norma) sotteso, da una parte, alla colpa per violazione di regole «tipiche» (*leges artis*) e, dall'altra, alla colpa per mancato adeguamento ad aspettative di condotta paramtrate ad un agente ideale (regole «atipiche», ovvero determinabili solo in sede di giudizio)⁸³.

Di «regola», quindi, la responsabilità per colpa medica dovrebbe sussistere solo qualora si contesti la inosservanza di quelle regole modali che secondo alcuni autori dovrebbero esaurire la gamma delle norme di diligenza, prudenza e perizia penalmente rilevanti: le «prassi più diffuse e migliori tra quelle

⁷⁸ A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del «concorso di regole cautelari»*, cit., 4-5, 17 ss., 24 ss.

⁷⁹ A. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della «gravità» ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, cit., 750-1.

⁸⁰ Non bisogna infatti confondere la *concretizzazione*, che deve riguardare *già* la definizione della regola cautelare sul piano del fatto tipico, e la *soggettivizzazione*, realizzabile se del caso, ma sempre fino a un certo punto (resterà pur sempre una misura normativa, per quanto individualizzante), su diverso piano della colpevolezza. Cfr. D. CASTRONUOVO, *op. cit.*, 279 ss., 398 ss., 516 ss., 560 ss.

⁸¹ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., 152, 165.

⁸² Anche se, come pure segnala R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento*, cit., 247, se da un lato è difficile che il legislatore intervenga di nuovo a distanza di così poco tempo, d'altra parte nuove soluzioni interpretative risultano ostacolate dall'art. 618, co. 1-bis, c.p.p., che impone alle sezioni «semplici» della Corte di Cassazione di rimettere il ricorso alle Sezioni unite quando non condividono il principio di diritto da esse stabilito.

⁸³ Per questa distinzione, v. la più ampia discussione svolta in A. PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 223 ss., 237 ss.

consolidate»⁸⁴; ovvero regole cautelari predeterminate, e dunque “tipiche” sotto il duplice profilo sociologico e teleologico: norme di condotta – scritte e non – dotate di indubbio consenso e, di conseguenza, di un ambito di protezione e applicazione predefinito dall’esperienza⁸⁵.

Tuttavia, anche lo standard di diligenza idoneo, in quanto “valido” e “tipico”, ad esercitare una reale funzione regolativa del tipo colposo può cedere di fronte a circostanze che facciano presumere o che rendano rappresentabile il fatto che la condotta così conformata porterà alla realizzazione di un evento lesivo, aprendosi la possibilità per un’imputazione di responsabilità “eccezionale” per inosservanza di regole “particolari” e “atipiche”, inevitabilmente stabilite *ad hoc* nel corso del processo e per mano del giudice.

Ma entro che limiti sarà “legittima” l’imputazione di responsabilità per inosservanza di regole “atipiche”? Nella misura in cui la loro osservanza possa ritenersi *altrettanto esigibile*: vuoi per la sicura ed immediata disponibilità delle conoscenze (o cognizioni nomologiche) che fondano il dovere di attivazione; vuoi per la chiara ed evidente riconoscibilità delle circostanze fattuali idonee ad innescarlo (sulla base delle medesime conoscenze)⁸⁶.

In questo senso, l’indicazione criteriologica generale, idealmente rivolta al giudicante, è la seguente: l’inosservanza di una regola cautelare non standardizzata (tanto in ipotesi di “concorso di regole cautelari”, come anche di “rischio aspecifico”) potrà essere ritenuta *così grave* da meritare la stessa rilevanza assegnata alla violazione delle regole modali predefinite (“tipiche”) solo qualora l’adeguamento ad essa possa ritenersi *altrettanto esigibile*.

Per stabilire se sussista tale livello minimo di “esigibilità oggettiva” si dovranno naturalmente considerare le circostanze del caso concreto⁸⁷. Ma a differenza del modello “deontico” tradizionale, questa ricostruzione offre al giudice un parametro di valutazione comparativo dotato di “validità” (riconoscimento): il grado di esigibilità sotteso al dovere di osservanza delle regole cautelari “tipiche” (modali standardizzate), se ed in quanto immediatamente disponibili all’agente.

7. Dalla standardizzazione all’automazione della pratica clinica. Pregi e potenzialità applicative del modello proposto

La “validità” del modello proposto si può apprezzare tuttavia non solo sul piano normologico, ma anche in ragione della sua capacità di coniugare l’interesse del paziente con quello dell’operatore sanitario; e ciò non solo di fronte alla standardizzazione, ma anche alla progressiva automazione della pratica clinica.

Per quanto concerne l’interesse del paziente, l’adozione di un modello “deontico-moderato” come quello descritto evita di fomentare un’inclinazione difensivista all’applicazione acritica dei protocolli, permettendo al professionista di ricorrere a standard terapeutici più avanzati ed efficaci, per quanto non (ancora) formalizzati e “codificati”, quando ciò può condurre al raggiungimento di un miglior ri-

⁸⁴ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., spec. 165 ss.; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 256 ss., 264 ss. (spec. 268).

⁸⁵ A. PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 253 ss.

⁸⁶ A. PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 239 ss.

⁸⁷ A. PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 239 ss., 247 ss., 253-4.

sultato terapeutico. In questo modo il medico può agire in autonomia, cioè in un contesto che garantisca margini ragionevoli di libertà, di fronte all'evoluzione del sapere medico-scientifico e delle opportunità terapeutiche, e alla necessità di individualizzare (“a-tipicizzare”, “de-standardizzare”) la strategia clinica di fronte alla infinita particolarità dei casi clinici⁸⁸.

Dal punto di vista del professionista e della necessità di protezione di fronte alla minaccia della sanzione, il criterio esposto può garantire un grado ragionevole di prevedibilità della norma⁸⁹. Infatti, benché si imputi al professionista la responsabilità di valutare autonomamente la opportunità di applicare o disapplicare il protocollo, si riduce il rischio di una sopravvalutazione giudiziale del ruolo delle linee-guida, la quale potrebbe condurre ad applicazioni automatiche di responsabilità in ipotesi di inosservanza opportuna e necessaria a fronte delle esigenze concrete, specifiche e particolari del caso clinico⁹⁰.

Inoltre, dicevamo, le stesse coordinate criteriologiche potrebbero permettere di disciplinare l'ipotesi di responsabilità del medico che agisca sulla base di un'indicazione ipoteticamente erronea di un sistema di “intelligenza artificiale”⁹¹. L'uso dei sistemi di IA nell'ambito della medicina può essere inteso infatti come la tappa più avanzata del suo processo di standardizzazione (standardizzazione che non deve confliggere con il paradigma della “medicina personalizzata e di precisione”). Sia la *guideline* che l'*output* elaborato da un sistema di IA sono il risultato di inferenze basate su relazioni (*i.e.* generalizzazioni) inevitabilmente probabilistiche, ricorrono ad un linguaggio standardizzato e implicano una etero-integrazione (o etero-determinazione) del processo decisionale che, in linea di principio, dovrebbe competere al professionista⁹².

⁸⁸ Istruttiva, in questo senso, la storia clinica pubblicata da G. ZAMBON, *La storia di Davit: fare il medico senza catene e senza paura*, in http://www.quotidianosanita.it/lettere-al-direttore/articolo.php?articolo_id=63683 (08/07/2018, ultima consultazione 12/02/2019).

⁸⁹ Intesa quale corollario del principio di legalità e al contempo preconditione di colpevolezza.

⁹⁰ C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., 216. Criticamente, a proposito della “negligence per se” in ipotesi di inosservanza delle *guidelines*, J. M. FINDER, *The Future of Practice Guidelines: Should They Constitute Conclusive Evidence of the Standard of Care?*, in *Health Matrix*, vol. 10, 1, 2000, 102 ss.

⁹¹ La definizione fornita dall'HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Draft ethics guidelines for trustworthy AI*, Brussels, 18 dicembre 2018, IV; ID., *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, Brussels, 18 dicembre 2018, 7, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>, è la seguente (ultima consultazione 12/02/2019):

«Artificial intelligence (AI) refers to systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital world by perceiving their environment, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge derived from this data and deciding the best action(s) to take (according to predefined parameters) to achieve the given goal. AI systems can also be designed to learn to adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions.

As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)».

⁹² V. indicativamente A. SEITINGER, *et al.*, *Executable medical guidelines with Arden Syntax—Applications in dermatology and obstetrics*, in *Artificial Intelligence in Medicine*, <https://doi.org/10.1016/j.artmed.2016.08.003>.

Tuttavia, si potrebbe essere indotti a pensare che, mentre di fronte alle linee-guida compete comunque al medico valutare la pertinenza dello standard rispetto al caso concreto (se non anche, come auspicato, l'adeguatezza intrinseca del suo contenuto), l'indicazione fornita dal sistema esimerebbe dal controllo circa la adeguatezza estrinseca o "a monte" del modello rispetto al caso clinico, restando solo da valutare l'affidabilità intrinseca dell'*output*.

Invece, per le ragioni che stiamo per indicare, anche nel contesto dell'automazione, la valutazione medica dovrebbe riguardare in linea di principio tanto la pertinenza al caso (adeguatezza estrinseca), quanto l'affidabilità intrinseca del sistema e della sua indicazione.

8. L'uomo e la macchina. Chi decide? Chi risponde?

Fra i sistemi di IA applicabili all'attività medica in ambito diagnostico, quelli basati sul *deep learning* sono i modelli che più si avvicinano alle possibilità percettive del sistema nervoso umano⁹³, essendo per questo utilizzabili in settori quali ad esempio l'oncologia, la dermatologia, la traumatologia e la radiologia⁹⁴. Ma possono darsi applicazioni anche agli ambiti della sperimentazione clinica⁹⁵, così come a quello più propriamente terapeutico⁹⁶.

Immaginiamo dunque che un medico disponga di un sistema capace di indicare la diagnosi e/o la strategia terapeutica raccomandabile di fronte a un caso clinico determinato. Il modello segnala una possibile soluzione, un'indicazione automatizzata, probabilistica, basata in un numero comunque limitato (benché in ipotesi elevatissimo) di dati.

Si pongono quindi le seguenti questioni: (1) Sarebbe possibile e opportuno pensare ad una sostituzione del medico da parte di questi sistemi? (2) Che cosa accade se il sistema commette un errore⁹⁷, e come dovrebbe agire il medico il cui parere discordi con l'indicazione fornita dal sistema?

⁹³ H.I. SUK, *An Introduction to Neural Networks and Deep Learning*, in S.K. ZHOU, H. GREENSPAN, D. SHEN (a cura di), *Deep Learning for Medical Image Analysis*, London – San Diego, 2017, 3 ss.

⁹⁴ Fra gli studi più recenti, v. ad es: D WANG., et al., *Deep Learning for Identifying Metastatic Breast Cancer*, arXiv preprint in <http://j.mp/2o6FejM>; A. WULFF, et al., *An interoperable clinical decision-support system for early detection of SIRS in pediatric intensive care using openEHR*, in *Artificial Intelligence In Medicine*, vol. 89, 2018, 10 ss.; A. SAYGILI, S. ALBAYRAK, *An efficient and fast computer-aided method for fully automated diagnosis of meniscal tears from magnetic resonance images*, in *Artificial Intelligence in Medicine*, Open Issue, 2018, doi: <https://doi.org/10.1016/j.artmed.2018.11.008>; e la meta-analisi di L. FERRANTE DI RUFFANO, et al., *Computer-assisted diagnosis techniques (dermoscopy and spectroscopy-based) for diagnosing skin cancer in adults*, in *Cochrane Database of Systematic Reviews*, 12, 2018, Art. no. CD013186. doi: 10.1002/14651858.CD013186.

⁹⁵ Per esempi ed ulteriori riferimenti, T. CHING, et al., *Opportunities and obstacles for deep learning in biology and medicine*, in *Journal of the Royal Society Interface*, vol. 15, 141, 2018, 21 ss.

⁹⁶ Tra gli studi più significativi, M.P. MENDEN, et al., *Machine Learning Prediction of Cancer Cell Sensitivity to Drugs Based on Genomic and Chemical Properties*, in *Plos ONE*, vol. 8, 4, 2013, e61318. doi: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0061318>; M. ZITNIK, et al., *Modeling polypharmacy side effects with graph convolutional networks*, in *Bioinformatics*, vol. 34, 13, 2018. <https://doi.org/10.1093/bioinformatics/bty294>.

⁹⁷ Infatti, «machine learning algorithms, including deep neural networks, are (...) prone to mistakes that humans are much less likely to make, such as misclassification of adversarial examples (...). It may be impossible to guarantee that a model is not susceptible to adversarial examples, but work in this area is continuing (...): T. CHING, et al., 33.

Per quanto concerne la prima questione, nella letteratura specializzata si sono già sottolineate alcune ragioni che sconsiglierebbero di auspicare detta sostituzione: (a) la prima si basa sul tipo di apprendimento che caratterizza alcuni sistemi di IA e si riferisce al fatto che le informazioni somministrate non possono essere affidabili al 100%, poichè provengono dall'opera di raccolta e catalogazione umana, non potendosi quindi mai escludere un certo margine di errore⁹⁸; (b) in secondo luogo, l'interpretazione e la comprensione dei criteri o dei parametri su cui basano le proprie decisioni i sistemi di *deep learning* più avanzati (quelli che ricorrono a *convolutional neural networks*, ad esempio⁹⁹) è estremamente complessa, anche per chi ha concepito l'algoritmo originario (ci si riferisce, in questo senso, al problema della interpretabilità del modello)¹⁰⁰; (c) inoltre, sul piano più propriamente etico-giuridico, la scomparsa del medico dall'ambito decisionale solleverebbe seri problemi dal punto di vista della relazione medico-paziente... con chi raggiungerebbe il paziente quell'accordo che concretizza il consenso al trattamento?¹⁰¹; (d) infine, è stato osservato come molte attività proprie della medicina diagnostica – quale, tipicamente, la lettura di una radiografia – non si realizzano sulla base di ragionamenti necessariamente lineari, ma anche di carattere ipotetico-intuitivo¹⁰²; il medico è cioè in grado di avanzare ipotesi esplicative sulla base di inferenze idonee se del caso a stabilire nessi causali basati su generalizzazioni nuove (in altri termini, spiegazioni diagnostiche consentite da “abduzioni straordinarie” o “creative”¹⁰³).

⁹⁸ «How is it possible to train an artificial intelligence to be better than a human, if the data you give it is of the same low quality as produced by humans?»: H. HARVEY, *Separating the Art of Medicine from Artificial Intelligence*, in: <https://towardsdatascience.com/separating-the-art-of-medicine-from-artificial-intelligence-6582f86ea244> (ultima consultazione il 12/01/2018).

⁹⁹ S. SRINIVAS, et al., *An Introduction to Deep Convolutional Neural Nets for Computer Vision*, in *Deep Learning for Medical Image Analysis*, cit., 25 ss.

¹⁰⁰ «A common challenge for deep learning is the interpretability of the models and their predictions. The task of clinical decision-making is necessarily risk-averse, so model interpretability is key. Without clear reasoning, it is difficult to establish trust in a model»: T. CHING, et al., *op. cit.*, 12, 22. «Deep learning and so-called ‘generative adversarial network approaches’ enable machines to ‘teach’ themselves new strategies and look for new evidence to analyse. In this sense, their actions are often no longer intelligible, and no longer open to scrutiny by humans. This is the case because, first, it is impossible to establish how they accomplish their results beyond the initial algorithms. Second, their performance is based on the data that have been used during the learning process and that may no longer be available or accessible. Thus, biases and errors that they have been presented with in the past become engrained into the system»: così, il EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES (U.E.), *Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems*, Brussels - Luxembourg, 2018, 6. V. anche A. GONZÁLEZ-FERRER, et al., *Development of a computer-interpretable clinical guideline model for decision support in the differential diagnosis of hyponatremia*, in *International Journal of Medical Informatics*, vol. 103, 2017, 55 ss.

¹⁰¹ Sul rapporto medico-paziente, anche in prospettiva storica, C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 39 ss., spec. 49 ss., in particolare a proposito di consenso e autodeterminazione.

¹⁰² «Medicine in part still remains an art which can never be fully quantified or solved. There will always be an outlier, always be a niche case, always be confounding factors. And for that reason alone, we will always need some form of human oversight»: H. HARVEY, *Why AI will not replace radiologists*, in: <https://towardsdatascience.com/why-ai-will-not-replace-radiologists-c7736f2c7d80> (24/01/2018, ultima consultazione 12/02/2019).

¹⁰³ Che si distinguono per il suggerimento di ipotesi esplicative «nuove»: G. TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006, 93 ss., 124 ss.

Quest'ultimo aspetto, in particolare, conferma che il problema della pertinenza o adeguatezza "estrinseca" del modello utilizzato continua a porsi, come nel caso delle linee-guida. I sistemi interpretano i casi concreti in base alle proprie cognizioni, riconducendoli a categorie "tipiche", ma non sono in grado – non ancora, a quanto mi risulta – di riconoscere la propria eventuale "incompetenza" in materia quando tale riconduzione non sia possibile.

Tali considerazioni inducono ad escludere – almeno per ora – la sostituzione dell'attività valutativa e deliberativa dell'uomo in favore di una totale autonomia della macchina¹⁰⁴ (e di un totale affidamento ad essa da parte di un medico che ne diverrebbe una sorta di "esecutore materiale").

Se, quindi, la IA affianca e non sostituisce il medico: fino a che punto e a quali condizioni questi dovrebbe rispondere per aver assunto e adottato una decisione ipoteticamente erronea proposta da un sistema di IA?

Lasciando ora da parte altri aspetti controversi – già in discussione nel dibattito attuale¹⁰⁵ –, e assumendo che il principio di responsabilità debba riferirsi al soggetto "cosciente" (all'ente morale)¹⁰⁶, si può considerare come questa seconda questione configuri una relazione analoga – anche dal punto di vista propriamente normologico – a quella per così dire "dialettica" fra il professionista e la linea-guida. Anche qui, infatti, si tratta di misurare i limiti della responsabilità imputabile al professionista, in una situazione in cui la sua autonomia risulta ridotta o comunque condizionata dalla indicazione proveniente da un altro "centro decisionale".

Dunque: fino a che punto sarà legittimo fidarsi dell'indicazione esterna (in quanto alla sua affidabilità e adeguatezza intrinseca)? E quando sarà esigibile il dovere di procedere oltre (di agire diversamente) in virtù dei principi di autonomia e responsabilità?

Di nuovo, ci chiediamo quando la "regola" (la legittima aspettativa di adeguatezza) debba cedere di fronte alla "eccezione" data dalla atipicità del caso particolare, ciò che – in una prospettiva "deonti-

¹⁰⁴ «The removal of human experts from the decision-making loop make the models difficult to integrate with clinical practice»: T. CHING, *et al.*, *op. cit.*, 22, i quali mostrano comunque come studi recenti stiano cercando di implementare sistemi più interpretabili e dunque affidabili (*op. cit.*, 25 ss.).

¹⁰⁵ Sulla responsabilità civile del fabbricante in ipotesi di errore esecutivo del prodotto tecnologico, v. il progetto del Parlamento Europeo: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//EN>. D'altro canto, sulla possibilità di considerare la IA come "centro d'imputazione", J. DELCKER, *Europe divided over robot 'personhood'*, in: <https://www.politico.eu/article/europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/> (13/04/2018, ultima consultazione 12/02/2019).

¹⁰⁶ Secondo il parere espresso anche dal EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *op. cit.*, 9-10: «no smart artefact or system - however advanced and sophisticated - can in and by itself be called 'autonomous' in the original ethical sense (...). Human beings ought to be able to determine which values are served by technology, what is morally relevant and which final goals and conceptions of the good are worthy to be pursued. This cannot be left to machines, no matter how powerful they are. (...) The ability and willingness to take and attribute moral responsibility is an integral part of the conception of the person on which all our moral, social and legal institutions are based. Moral responsibility is here construed in the broad sense in which it may refer to several aspects of human agency, e.g. causality, accountability (obligation to provide an account), liability (obligation to compensate damages), reactive attitudes such as praise and blame (appropriateness of a range of moral emotions), and duties associated with social roles. Moral responsibility, in whatever sense, cannot be allocated or shifted to 'autonomous' technology».

co-moderata”, come quella assunta – può legittimare l’insorgere di “doveri relazionali” aventi ad oggetto la condotta del terzo (del sistema di IA, in questo caso)¹⁰⁷.

A proposito della standardizzazione delle regole cautelari, la risposta a questa domanda è stata la seguente: occorre tutelare il legittimo affidamento del professionista nell’indicazione protocollare (qualora disponibile, definita e adeguata al caso clinico), salvo che l’esigenza di discostarsi dalla stessa risulti particolarmente qualificata (e quindi “grave” la sua inosservanza).

Lo stesso criterio di giudizio e di concretizzazione del dovere di diligenza può adattarsi a disciplinare il rapporto fra il medico e la IA: legittimando l’aspettativa del primo nei confronti del corretto responso della seconda, fino a quando sia possibile sostenere la riconoscibilità della necessità di disattendere l’indicazione; rispondendo, qualora il medico non se ne sia reso conto, soltanto in ipotesi di colpa grave, cioè di chiara ed inequivoca riconoscibilità/prevedibilità dell’errore o dell’inadeguatezza (estrinseca o intrinseca) di detta indicazione.

Data la necessità di trovare un punto di equilibrio fra le esigenze del medico e quelle del paziente, varrebbero quindi le stesse considerazioni sviluppate in precedenza. Ciò che suggerisce di adottare criteri di giudizio che rendano realmente “marginale” e “residuale” la responsabilità del medico per erronea assunzione di un responso automatizzato; in fondo, applicando gli stessi criteri proposti in via generale per la imputazione della colpa per inosservanza di regole cautelari “atipiche”, *genus* di cui i doveri “relazionali” rappresentano una *specie*¹⁰⁸.

Si tratta di criteri di giudizio che, al contempo, riflettono l’esigenza etica di assicurarci che il professionista non diventi una sorta di esecutore materiale di sistemi e protocolli; garantendogli quindi quella “autonomia decisionale” il cui corrispettivo indispensabile nella vita di relazione è dato dal “principio di responsabilità”¹⁰⁹.

La medesima (normo-)logica ricavata dal “principio di affidamento”¹¹⁰ e dai suoi limiti consente infine di ipotizzare la responsabilità del medico anche in circostanze come le seguenti: (1) quando il modello automatizzato venga usato al di fuori dell’ambito di utilizzo per cui fu autorizzato (*off-label*), poiché l’aspettativa non è più valida; (2) quando ci si affidi ad esso nonostante l’esistenza di serie perplessità – che siano state manifestate, ad esempio, nell’ambito della discussione medico-scientifica – circa la validità dei dati che basarono il suo apprendimento¹¹¹.

¹⁰⁷ Sul carattere “secondario” e “atipico” dei doveri “relazionali”, A. PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 227 ss. Per una proposta descrittiva e classificatoria degli «obblighi relazionali», L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 518-9.

Su questo limite del principio di affidamento, cfr. fra tutti: G. FORTI, *op. cit.*, 285 ss.; M. MANTOVANI, *op. cit.*, 51, 155; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 550; L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 489.

¹⁰⁸ A. PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 227 ss.

¹⁰⁹ Sulla valenza del “principio di responsabilità” in questa materia, C. M. ROMEO CASABONA, *op. cit.*, 49 ss.

¹¹⁰ Sulla sua fondamentale funzione regolativa, quale «riflesso dell’appartenenza di ciascuno ad un determinato gruppo sociale o professionale, ciò che consentirebbe a ciascun altro di regolare la propria condotta in base allo standard di diligenza che sia legittimo attendersi dal componente del circolo di rapporti con cui si interagisce»: A. PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 226 ss. Sulla “legittimità” delle decisioni basate nell’affidamento (relativo) su profili e generalizzazione statistiche non-universali, F. SCHAUER, *Profiles, probabilities, and stereotypes*, Cambridge - London, 2003, 19, 21-24 e *passim*.

¹¹¹ Anche qui varrebbero criteri analoghi (simil-precauzionali, però al contempo informati al criterio di gravità) a quelli proposti in via generale in A. PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 240 ss., 243 ss., 249 ss., 254.

9. Autonomia, diligenza, responsabilità

La discussione che qui si conclude invita a riflettere su questioni che vanno ben oltre la responsabilità medica.

La standardizzazione e l'automazione dei processi decisionali (e le legittime esigenze di certezza e legalità) investono temi fondamentali come l'autonomia (del paziente, del professionista e dell'individuo in quanto ente morale) e il pluralismo (non solo scientifico e terapeutico¹¹², ma come cardine "costituzionale" dello stato di diritto¹¹³).

Per quanto riguarda in particolare i limiti della standardizzazione, i problemi che essa ci pone non sono dissimili da quelli sollevati dalla direzione intrapresa a livello internazionale dagli organismi preposti alla valutazione della ricerca scientifica (da cui, del resto, le linee-guida provengono¹¹⁴). Esiste netta la tendenza, a mio giudizio nefasta, di considerare non più – o non tanto – la qualità dello studio, ma la garanzia presumibilmente offerta dalla natura (classificata, indicizzata, ecc.) del suo contenuto. La valutazione in ordine alla qualità intrinseca della ricerca è messa in secondo piano dalla classe a cui formalmente appartiene la rivista che la ospita.

Ma la forma non sempre è sostanza. Per questo, contro la pretesa "oggettività" del formalismo valutativo, urge riaffermare la necessità di una valutazione autonoma del professionista e dell'esperto circa la qualità e l'adeguatezza intrinseca del contenuto scientifico che egli dovrà adottare (la linea-guida).

La sfida consiste nel saper cogliere gli oggettivi vantaggi in termini di sicurezza che derivano dalla standardizzazione¹¹⁵ e dall'automazione¹¹⁶ dei processi decisionali e di gestione del rischio, riconoscendo però che, in certi contesti e situazioni particolari, il professionista deve essere in grado di tornare alla "modalità manuale", valutando in autonomia le circostanze concrete in cui agisce e agendo in modo eticamente fondato e teleologicamente coerente.

In ciò consiste del resto la "prudenza", intesa come "saggezza pratica"; un'idea che, condotta dalla sfera dell'etica¹¹⁷ a quella del diritto – nella quale, tuttavia, incide innegabilmente il principio di sus-

¹¹² A. CARMINATI, *op. cit.*, 5 ss., 19 ss., 58 ss., e *passim*.

¹¹³ V. però F. VIOLA (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012.

¹¹⁴ V. di nuovo il *Cochrane Database of Systematic Reviews*: <https://www.cochranelibrary.com/cdsr/table-of-contents>.

¹¹⁵ Cfr. ad es. C.L. VENTOLA, *Challenges in evaluating and standardizing medical devices in health care facilities*, in *Pharmacy and Therapeutics*, Vol. 33, 6, 2008, 348 ss.; M.D. FRANKS, *The Impact of Medical Liability Standards on Regional Variations in Physician Behavior: Evidence from the Adoption of National-Standard Rules*, cit., 257 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *et al.*, *op. cit.*, 16 ss.

¹¹⁶ M. TADDEO, L. FLORIDI, *How AI can be a force for good. An ethical framework will help to harness the potential of AI while keeping humans in control*, in *Science*, vol. 361, 6404, 2018, 751.

¹¹⁷ La "saggezza pratica", a partire della dottrina aristotelica, può infatti essere intesa come quella capacità che, «pur essendo ancorata nell'universale, ovvero in un patrimonio di fini che preesistono all'azione, e la orienta, è tuttavia creativa ed inventiva, capace, cioè, di innovare ed ampliare quel patrimonio stesso, arricchendolo e precisandolo». La *phronesis* fungerebbe, perciò, da «mediatrice tra la *traditio*, il bagaglio già costituito dell'esperienza individuale e comunitaria, e l'*inventio*, l'irripetibile attività creativa del singolo (...) Vi è dunque un *traditum*, un già dato, dal quale l'agente parte, ovvero una concezione generica del fine, a cui egli è anche affettivamente orientato, e che va precisando attraverso l'esperienza di atti virtuosi accompagnati da riflessione; la vista della *phronesis* arricchisce e delinea la sua concezione del bene, e va a completare un quadro sempre più chiaro e definito, configurandosi come capacità inventiva»: M.S. VACCAREZZA, *La phronesis-prudentia fra*

sidarietà penale –, dovrebbe informare anche il nostro concetto di “diligenza”, da intendersi dunque come *capacità di attenersi alle prassi (eventualmente indicate dalla “scienza”) quando necessario*, ma anche di *svincolarsi dagli schemi e le aspettative generali, agendo adeguatamente* sulla base del principio di non maleficenza, *quando tale adeguatezza, per quanto “atipica”, e quindi “nuova” e “particolare”, sia esigibile a chiunque*¹¹⁸.

Il minimo di prudenza necessaria non sempre si trova racchiuso negli usi. E di fronte alla estrema dinamicità del presente (dell’evoluzione scientifica e tecnologica che informa la “base nomologica” o conoscitiva del nostro agire relazionale¹¹⁹) può essere imprudente fare affidamento solo sulle strategie adottate con successo in passato.

La necessità di controllo e dominio (e, spesso, l’interesse di mercato) che soggiace alla standardizzazione delle cose¹²⁰ (compresi i “prodotti della ricerca”) incontra quindi un ostacolo insuperabile non solo nei limiti intrinseci di qualunque generalizzazione normativa in quanto tale¹²¹, ma anche nella difesa del pluralismo (valutativo e terapeutico)¹²², dell’autonomia decisionale (del medico e del paziente) e dell’etica della responsabilità¹²³.

Solo il principio dell’affidamento *relativo, attento, vigile, sensibile* (prudente) sull’adeguatezza del protocollo e della macchina (del centro decisionale esterno a chi agisce) lascia uno spazio ragionevole alla valutazione e alla correzione dell’essere umano. Altrimenti, garantendo all’agente la protezione

traditio ed inventio, in *Philosophical News*, 5, 2012, 242 ss. Sottolinea il fatto che «la *phronesis*, essendo in grado d’identificare gli uomini saggi dotati pure di competenze specifiche, permette di meglio districarsi nell’intricato campo delle specializzazioni e di fondare la fiducia negli esperti su basi salde», A. CAMPODONICO, *Il ruolo sintetico della saggezza pratica*, in *Acta Philosophica*, vol. 27, 2, 2018, 263 ss., 264, al quale si rinvia anche per altri riferimenti a proposito delle oscillazioni che contraddistinguono il rapporto fra scienza e *prudenza* nel pensiero filosofico e sul nesso con il tema della *abduzione* di C. S. Peirce (cfr. in effetti, *supra*, quanto osservato a proposito dei ragionamenti non necessariamente lineari che caratterizzano alcune attività proprie della medicina, e la nota 103).

¹¹⁸ Riprendiamo nuovamente il criterio di L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 560.

¹¹⁹ Sui problemi definitori della base conoscitiva del parametro di diligenza, A. PERIN, *La crisi del “modello nomologico” fra spiegazione e prevedibilità dell’evento nel diritto penale*, cit., 1372 ss., spec. 1383 ss.

¹²⁰ Si veda J.H. GROSSMAN, *Standardization (Standardisation)*, in *Critical Inquiry*, vol. 44, 2018, 447 ss.

¹²¹ « (...) recognizing the necessity of occasionally revising our rules is a useful reminder of the fact that rules necessarily prescribe for the future, of the way in which any estimation of future consequences or applications is beset by uncertainty, and of the conclusion that rules thus contain the conditions of their own obsolescence»: F. SCHAUER, *op. cit.*, 31.

¹²² Sulla necessità di condurre la definizione di certi standard attraverso procedimenti partecipativi, M. GRECO, *op. cit.*, 11 ss., 13-4. Sulle *guidelines* come risultati di processi di “co-produzione”, A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., *passim*. Sottolinea l’importanza del pluralismo come «pluralità delle opinioni e dei livelli (politico, legislativo, giurisdizionale, etico, deontologico, scientifico)» come connotato dei processi di *decision-making*, in generale, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 185 ss., 187-8.

¹²³ Cfr. M. TADDEO, L. FLORIDI, *op. cit.*, 752, i quali pongono il problema riferendosi al rischio di erosione della autodeterminazione umana. *Responsabilità* esiste, qualora si intenda l’agire umano come “agire volontario”, nella misura in cui si dia un centro di imputazione (relativamente) libero e cosciente nell’agire. Questa è ancora la base anche del diritto penale contemporaneo, implicita nel concetto di “imputabilità”, nonostante le discussioni di lunghissimo corso – e molto intense soprattutto negli ultimi anni – circa il fondamento antropologico dell’idea di colpevolezza e i tentativi di negare per via “empirica” l’idea di libertà. Per una prospettiva generale sull’argomento, F. BASILE, G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, 2017, 269 ss.

incondizionata della prassi assicurante e dell'ordine preconstituito, finiremmo con il legittimare azioni puramente esecutive di modelli comportamentali e decisionali la cui *ratio decidendi* risulterebbe il più delle volte sconosciuta non solo a chi li esegue e a chi li ha concepiti¹²⁴, ma anche, naturalmente, a chi ne patisce le conseguenze¹²⁵. Si aprirebbe quindi uno scenario imponderabile, in cui l'imperativo tecno-scientifico eliminerebbe ogni residuo margine di autonomia, escludendo qualunque spazio di libertà e responsabilità e conducendo l'uomo alla «anchilosi dei sensi, l'atrofia dell'intelletto, l'incapacità, insomma, di cogliere la realtà»¹²⁶.

¹²⁴ *Supra*, § 8.

¹²⁵ A questo riguardo, basti pensare al dibattito sull'adozione di algoritmi per determinare il rischio di recidiva e la pericolosità sociale. V. in particolare il caso *Wisconsin vs. Loomis* (2013-2016: in <https://caselaw.findlaw.com/wi-supreme-court/1742124.html>, <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>), sul quale K. FREEMAN, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, in *The North Carolina Journal of Law & Technology*, 18, 2016, 75 ss., in <http://ncjolt.org/failed-due-process-rights-state-v-loomis/> (ultima consultazione 10/01/2019).

¹²⁶ S. MALETTA, *Il totalitarismo come forma di pensiero*, in *La Nuova Europa*, 6, 1999, 81, a proposito – nel passo citato – dell'opera *1984* di George Orwell. Si tratta, come pure suggerisce l'autore, di quella «atrofia di giudizio» (laddove il «giudizio parte dai particolari, dalle situazioni concrete e cerca di valutarle alla luce di esempi paradigmatici, di modelli che incarnano i valori di riferimento e che sono in genere condivisi all'interno di comunità omogenee»: *op. cit.*, 83) che Hannah Arendt scoprì durante il processo ad Adolf Eichmann. Cfr. le riflessioni di U. GALIMBERTI, *Man in the age of technology*, in *Journal of Analytical Psychology*, vol. 54, 1, 2009, 3 ss. <https://doi.org/10.1111/j.1468-5922.2008.01753.x>.

Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata

*Elisabetta Pulice**

MEDICAL AUTONOMY AND RESPONSIBILITY: PROFESSIONAL ETHICS -(DIS)ORIENTED CHOICES

ABSTRACT: Starting from the difficulties in balancing the need for certainty with flexibility in the regulation of medical practice, the paper analyses the role of medical ethics in defining, safeguarding and governing medical autonomy and responsibility. Convergences, divergences and mutual relationships between professional ethics and law are discussed, with consideration and evaluation of the challenges the role of this source of (soft)law is facing. Reflecting upon a more broader context of medical responsibility, which does not simply correspond to legal liability, the aim of this paper is, on the one hand, to clarify the framework for the potential but controversial role of the code of medical ethics, and on the other hand, to highlight specific elements and devices that should be taken into consideration in shaping a more coherent model of relationships between law, scientific evidence and medical ethics.

KEYWORDS: Code of medical ethics; medical autonomy; medical responsibility; biolaw; scientific evidence

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Deontologia e diritto: convergenze e antinomie – 3. Autonomia e responsabilità del medico nelle scelte diagnostico-terapeutiche: il ruolo della deontologia medica – 3.1. La rilevanza riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale – 3.2. Le scelte del codice deontologico – 3.3. La clausola di coscienza in equilibrio tra autonomia e responsabilità – 4. Rilevanza giuridica delle norme deontologiche – 5. Scelta orientata o disorientata dalla deontologia?

1. Introduzione

Le sfide poste in medicina dal rapporto tra autonomia e responsabilità professionale interessano gli snodi più delicati della regolamentazione di un'attività nella quale l'elevata complessità tecnico-scientifica, l'incidenza sui diritti fondamentali e la variabilità del caso concreto richiedono un difficile equilibrio tra certezza e flessibilità.

Le istanze di determinatezza permeano in maniera specifica il diritto penale a fronte di un'attività il cui esercizio è difficile, rischioso e fortemente orientato dal sapere scientifico. La scienza e la tecnica svolgono un ruolo essenziale nell'individuazione di fonti precostituite in grado di conferire, per quanto possibile, un livello considerevole di oggettività e determinatezza ai doveri del professionista, orientando così anche le valutazioni del giudice. Forme codificate del sapere tecnico-scientifico e dei

* *PhD in Studi Giuridici Comparati ed Europei (Università di Trento e Université Paris Ouest Nanterre La Défense), Ricercatrice presso il Laboratorio dei Diritti Fondamentali (LDF), Torino. Mail: elisabetta.pulice@unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

marginari di rischio assumono quindi rilevanza crescente come fonti in base alle quali articolare un giudizio di responsabilità.

Anche in ambiti diversi da quello penale, la certezza del diritto è posta a tutela dei diritti tanto dei pazienti quanto dei professionisti. La definizione dei margini di autonomia e liceità delle condotte dei professionisti sanitari è, inoltre, un elemento fondamentale per garantire, nel concreto, il principio dell'autodeterminazione individuale nella relazione di cura, evitando distorsioni dovute ad atteggiamenti di medicina difensiva, se non addirittura forme di discriminazione fondate sulle condizioni cliniche del paziente¹.

Allo stesso tempo, però, le peculiarità dell'attività medica e dell'oggetto da disciplinare nei vari ambiti della sua regolamentazione sono difficilmente inquadrabili in regole standardizzate, predeterminate e inderogabili.

La disciplina giuridica del rapporto tra autonomia e responsabilità richiede anzitutto fonti sufficientemente flessibili e duttili in grado di integrare con principi, definizioni e doveri etico-professionali spazi di scelta e attività che né la legge, per sua natura generale e astratta, né altre fonti del diritto strettamente inteso riescono a disciplinare compiutamente.

Se è ormai da ritenersi consolidata la necessità del dialogo e della ragionevole integrazione tra le dimensioni giuridica, tecnico-scientifica ed etico-professionale, i rispettivi confini e margini di rilevanza non sono sempre facili da predeterminare o da ricostruire nella specificità dei casi concreti.

Il coinvolgimento dei diritti fondamentali della persona, in un contesto caratterizzato da molteplici interessi, ruoli ed esigenze di tutela, richiede inoltre un rapporto tra autonomia e responsabilità tale da permettere che l'attività professionale sia concretamente rivolta al bene e all'autodeterminazione della persona assistita, indipendentemente dalla – e se necessario in contrasto con la – cornice definita dalle fonti e dagli strumenti di codificazione del sapere tecnico-scientifico presi in considerazione dal diritto.

La regolamentazione dell'attività medica deve essere altresì in grado di tenere conto e tutelare il pluralismo valoriale, che si esplica tanto nell'incontro tra due autonomie e responsabilità nell'alleanza terapeutica quanto nel rapporto tra la dimensione individuale (singolo medico) e collettiva (équipe, struttura sanitaria) della coscienza, dei convincimenti tecnico-scientifici e della responsabilità professionale.

Considerata la crisi del ruolo del medico nell'incertezza tra autonomia e responsabilità, alla luce delle difficoltà del diritto nel fornire una guida concreta e coerente ai professionisti sanitari, il presente contributo si propone di riflettere su quale possa essere il ruolo della fonte che per sua intrinseca natura si pone all'intersezione tra dimensione giuridica, dimensione etica e sapere tecnico-scientifico, quindi tra stato, categoria professionale e comunità scientifica: il codice di deontologia medica.

Nel quadro delle sfide normative fin qui brevemente delineato, il codice deontologico e la rilevanza che, direttamente o indirettamente, gli è riconosciuta dall'ordinamento giuridico, lasciano infatti intravedere potenzialità significative, la cui concreta attuazione dipende però dai rapporti, tanto formali quanto sostanziali, con le altre fonti di disciplina e dal ruolo del sistema ordinistico.

¹ Si pensi al rifiuto dei trattamenti sanitari e all'esenzione di responsabilità sia civile sia penale precisata con la legge 219 del 2017. Sui profili penali della condotta del medico in ambito biogiuridico si veda, ad esempio, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015.

La prospettiva sarà quindi quella delle relazioni tra la deontologia e il “resto del diritto” avendo come punto di riferimento un concetto di responsabilità medica che non coincide con la colpa, civile o penale, ma che attiene al ruolo del medico, all’autonomia e indipendenza professionale.

Più precisamente, l’interrogativo che ci si pone è capire se, e in che misura, il codice deontologico possa porsi come intermediario tra diritto e medicina, come fonte (effettiva e credibile) in grado di orientare la condotta del medico in sintonia sia con i principi costituzionali sia con la riflessione etico-professionale. In che misura, e in presenza di quali condizioni, quindi, un diverso modello dei rapporti tra deontologia e diritto possa contribuire a delineare in maniera più coerente i rapporti tra autonomia e responsabilità professionale, soprattutto negli spazi in cui la specificità del caso concreto, l’evoluzione terapeutica e l’incidenza delle convinzioni morali più profonde dei soggetti coinvolti rendono insufficienti o inadeguate altre forme di regolamentazione dell’attività medica.

2. Deontologia e diritto: convergenze e antinomie

Prima di analizzarne le convergenze e antinomie con il diritto, preme definire cosa si intenda in questa sede per “deontologia” e perché possa essere utile interrogarsi sul suo ruolo nell’orientare la scelta in ambito medico.

Innanzitutto, com’è noto, il codice deontologico razionalizza – positivizzandoli – i principi dell’etica professionale, che assumono così, tramite lo strumento della responsabilità disciplinare o la concretizzazione di clausole generali dell’ordinamento giuridico, una rilevanza specifica sul piano sia professionale sia giuridico².

L’analisi non riguarderà quindi generici principi di etica medica, ma il ruolo che essi assumono nella dimensione normativa, nella forma di regole di disciplina che deriva loro dalla concretizzazione nel codice deontologico³, così come voluta ed elaborata dalla categoria professionale⁴.

² Alla codificazione della deontologia come «passaggio significativo dalla mera individuazione dei problemi etici a un vero e proprio diritto deontologico» fa riferimento, ad esempio, R. DANOVÌ nel saggio introduttivo “*Dalle regole alla codificazione*” nel *Commentario al codice deontologico forense da lui curato*, II. ed., Milano, 2004, p. 4.

³ In base alla “Definizione” contenuta nel suo primo articolo, «il codice di deontologia medica [...] identifica le regole, ispirate ai principi di etica medica, che disciplinano l’esercizio professionale». Il testo del codice è reperibile sul sito della FNOMCeO: <https://portale.fnomceo.it/codice-deontologico/>

⁴ I principi enunciati nei documenti e nelle carte di etica medica e di bioetica elaborati a livello europeo e internazionale rientrano nel nucleo di contenuti tradizionale dei codici deontologici in molti ordinamenti giuridici. Storicamente, infatti, tale nucleo affonda le proprie radici nei principi fondamentali dell’etica medica risalenti al Giuramento di Ippocrate, così come elaborato e attualizzato in epoca moderna (si pensi, ad esempio, alla Dichiarazione di Ginevra della World Medical Association, il cui testo, adottato nel 1948 e rivisto più volte nel corso degli anni, è stato poi inserito nei codici deontologici di molti ordinamenti). La riflessione deontologica è stata inoltre influenzata, a partire dagli anni ‘60 e soprattutto dagli anni ‘90 in poi, tanto dallo sviluppo scientifico e tecnologico in medicina quanto dal contestuale mutamento culturale e giuridico, quindi dagli stessi elementi che la dottrina tradizionalmente pone all’origine della bioetica (cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p. 8 e SINGER- KUHSE, *What is Bioethics? A Historical Introduction*, in *Id. A Companion to Bioethics*, Oxford, 1998, p. 3). Le nuove prospettive e le inedite esigenze di tutela hanno così influenzato le scelte della categoria professionale nel precisare e ampliare i contenuti dei codici deontologici, secondo specificità proprie sia delle sue dinamiche interne sia dell’ordinamento giuridico di riferimento. In particolare, si è consolidato il ruolo di guida e di indirizzo delle normative deontologiche, unitamente alla loro funzione di controllo della qualità

In molti ambiti nei quali il diritto è messo in relazione con l'esercizio di attività professionali complesse⁵, quanto più ampia è la sfera di diritti, interessi e attori sui quali tali attività incidono, tanto più

dell'esercizio professionale. Parallelamente, l'approccio adottato da molti ordinamenti ha caratterizzato in una duplice prospettiva i rapporti tra diritto e deontologia. Da un lato, attraverso il riconoscimento statale di forme di autonomia a organismi professionali a base associativa, cui è stato conferito, direttamente o indirettamente, il compito di elaborare regole deontologiche, garantirne il rispetto e, in generale, vegliare sulla qualità e il corretto esercizio della professione, anche attraverso poteri sanzionatori. Dall'altro lato, tramite la delimitazione legislativa e il controllo dei poteri pubblici relativamente a struttura, poteri, funzionamento e composizione di tali organismi. La deontologia è stata così inserita, pur con modalità e portata diverse nei vari ordinamenti, in una specifica dimensione normativa e vincolante per gli iscritti agli albi di riferimento. In riferimento alle strutture ordinistiche italiane, anche prima di un'espressa definizione legislativa (come «enti pubblici non economici» che «agiscono quali organi sussidiari dello Stato al fine di tutelare gli interessi pubblici, garantiti dall'ordinamento, connessi all'esercizio professionale», art. 4 legge n.3 del 2018, cd. "legge Lorenzin"), la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione ne avevano individuato la «ragion d'essere nel fatto che determinate professioni, a causa di inderogabili esigenze di tutela della collettività, possono essere esercitate solo previo accertamento pubblico delle capacità professionali, e richiedono la sottoposizione dei professionisti a un regime di responsabilità disciplinare sotto il profilo deontologico», sottolineando inoltre come ciò possa essere perseguito «affidando i relativi compiti alla stessa comunità professionale, obbligatoriamente costituita e rappresentata da appositi Ordini o Collegi, e sottoponendo gli Ordini stessi a vigilanza statale» (Cons. Stato, V sez, 23 maggio 1997, n. 527 e Corte Cass. Pen. Sez. VI, 1 aprile 2003, n. 28306). La deontologia e la sua evoluzione sono quindi strettamente legate alla riflessione bioetica, ma si distinguono da quest'ultima sul piano culturale, metodologico e su quello delle istituzioni che ne sono espressione. Su questi aspetti e sulle evoluzioni del codice deontologico si veda, ad esempio, P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, in *La professione. Medicina scienza etica e società*, 2010. Per un'analisi storico-filosofica della nascita della deontologia medica, si rimanda invece a S. PATUZZO, *Introduzione* a Percival Thomas, (1803), *Medical Ethics*, a cura di S. PATUZZO, *Etica Medica, ovvero un Codice di Istituzioni e Precetti adattati alla Condotta Professionale dei Medici e dei Chirurghi*, traduzione italiana di Giada Goracci, Milano, 2015 e ID. *Il primo Codice di deontologia medica italiano. Nuove ricerche*, in *Professione & Clinical Governance. La cultura della salute fra etica, economia e diritto*, n. 2, 2012, p. 33-39.

⁵ Va infatti sottolineato come le questioni legate al ruolo del codice di deontologia medica si inseriscano nel crescente interesse per la codificazione dell'etica professionale che caratterizza molte società contemporanee, soprattutto a fronte di una maggiore complessità delle attività professionali da regolare e dei rapporti con i destinatari delle stesse. Molteplici sono i settori nei quali si assiste all'adozione di codici etici, deontologici, regole di condotta, direttive di comportamento, codici di disciplina. Sul perché, come sottolineato da B.G. MATTARELLA in *Le regole dell'onestà, Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2008, «la codificazione dell'etica» sia ormai diventata «un fenomeno del nostro tempo» (p.139) e sull'evoluzione del fenomeno deontologico tra etica professionale e diritto, si veda, tra gli altri, C. SARTEA, *L'emergenza deontologica, Contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*, Roma, 2009. Per un approfondimento sulle problematiche attuali della deontologia cfr., inoltre, J. MORET-BAILLY, *Que signifie la déontologie aujourd'hui?*, *Actes du Colloque de l'Association Française de droit de la santé*, «*Déontologie et santé*», in *Revue de droit sanitaire et social*, 2018. A fronte della varietà di denominazioni concretamente adottate, in alcuni casi la dottrina ritiene sia necessario tenere distinte le diverse tipologie (cfr., ad esempio, R. DANOVÌ, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, VIII ed., Milano, 2008), mentre in altri la distinzione è stata ritenuta più di natura formale che sostanziale, essendo «criteri, principi e contenuti (...) tendenzialmente uniformi», così ad esempio, S. CASSESE, *I codici di condotta*, in *Documenti Giustizia*, 7-8, 1994, p.1373. Similmente, rispetto alla varietà delle codificazioni dell'etica è stato affermato che «ces codes sont assimilables aux codes de déontologies stricto sensu en raison de leur communauté d'objets et de fonctions» (J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, Aix-en-Provence, 2001, p. 101).

Indipendentemente dalle considerazioni di ordine terminologico, va però sottolineato come l'etica e l'autoregolamentazione professionale si esprimano secondo modelli e con portata pratica non inquadrabili in classificazioni omogenee. La pluralità di esigenze di tutela cui cerca di rispondere l'autoregolamentazione professionale e la complessità dei rapporti con la dimensione giuridica sono infatti legate a molteplici fattori, alcuni

grandi sono la risonanza e le implicazioni delle scelte contenute nei codici deontologici che le disciplinano. Ciò vale a maggior ragione in ambito sanitario, dove la definizione dei margini di scelta, autonomia e responsabilità coinvolge, come anticipato, una pluralità di saperi, sensibilità e componenti normative.

La crescente attenzione critica dedicata alla deontologia dalle diverse fonti e discipline che concorrono a regolamentare l'attività medica deriva, inoltre, non solo dalle specificità del suo oggetto, ma anche, e soprattutto, dalle peculiarità che il codice deontologico ha assunto nell'evoluzione più recente dei suoi contenuti⁶.

Due sono i percorsi di riforma del codice di deontologica medica che, a partire dagli anni Novanta, lo hanno portato ad assumere inediti ruoli come disciplina normativa proiettata anche "all'esterno" e non più confinata a una dimensione meramente corporativa. Pur con ampiezza e contenuto variabili, il codice deontologico ha infatti progressivamente esteso gli ambiti di intervento, prendendo posizione su un numero crescente di questioni eticamente, professionalmente e giuridicamente sensibili e controverse⁷. Tale estensione è stata accompagnata da una considerevole apertura, almeno sul piano formale, alla tutela dei diritti fondamentali della persona assistita, con significative assonanze con i principi costituzionali⁸. In molti ordinamenti europei, queste due contestuali evoluzioni dei contenuti hanno reso i codici deontologici dei possibili punti di riferimento normativo, in casi di vuoto legislativo, ma anche per espressa delega o rinvio da parte del legislatore.

dei quali intrinsecamente legati al fenomeno deontologico, altri alle evoluzioni del comune sentire etico in ambito sociale e professionale, altri alla crescente complessità tecnica delle attività da disciplinare, altri ancora all'approccio del diritto rispetto alle nuove istanze che emergono in specifici ambiti. Per una panoramica tanto dei profili comuni a molte deontologie, che rispondono «à une aspiration générale à la vertu professionnelle et à la transparence, caractéristiques du regard porté aujourd'hui sur la démocratie», quanto delle diverse tipologie di deontologia che si sono progressivamente affiancate a quelle tradizionali, si rimanda a J. MORET-BAILLY, D. TRUCHET, *Droit des déontologies*, PUF, coll. Thémis, 2016.

⁶ Cfr., ad esempio, P. BENCIOLETTI, *op. cit.*, E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, p. 925; ID., *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA e P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006, 74 e ss; A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 248.

⁷ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle norme di materia di procreazione medicalmente assistita, dichiarazioni anticipate di trattamento, accanimento diagnostico-terapeutico (attualmente disciplinato attraverso il concetto di "procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati"), rifiuto consapevole di alimentarsi, ruolo delle evidenze scientifiche, fino alle norme su linee guida e protocolli inserite nella versione più recente del codice, su cui si tornerà *infra*.

⁸ Anche in questo caso sono molte le disposizioni del codice che presentano assonanze con i principi costituzionali. Assumono particolare rilievo le norme riguardanti la centralità del paziente, il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, la tutela dei soggetti fragili, il diritto all'autodeterminazione (soprattutto alla luce della significativa evoluzione della norma sul consenso, che, partendo dal semplice riferimento a un generico "valido" consenso nella versione del 1978, ha progressivamente precisato la disciplina, caratterizzando come esplicito, consapevole e informato il consenso richiesto, inserendo il dovere di informare in maniera comprensibile, per promuovere la massima partecipazione della persona alle scelte diagnostico-terapeutiche, fino a definire, nella versione del 2014, il tempo della comunicazione quale tempo di cura). Altre sintonie con la giurisprudenza costituzionale emergono dalle norme in materia di autonomia e responsabilità professionale, che verranno approfondite *infra*.

L'analisi comparata⁹ mostra come tale ruolo segua diverse articolazioni dei rapporti tra deontologia e diritto, le cui influenze sull'ampiezza della tutela dei diritti non sono però ricostruibili secondo modelli costanti e predeterminati, ma variano, anche all'interno dello stesso ordinamento, in base all'ambito da disciplinare e alle reciproche posizioni assunte dalle due dimensioni normative.

In alcuni casi, infatti, la riflessione deontologica anticipa quella giuridica, rispondendo all'esigenza di porsi come concreta, spesso unica, guida pratica per il professionista¹⁰. La disciplina della procreazione medicalmente assistita (PMA) del codice di deontologia medica (CDM) italiano prima della legge n. 40 del 2004, ma anche le versioni del codice in vigore prima dei correttivi introdotti dalla giurisprudenza costituzionale alla rigidità, spesso irragionevolezza, della disciplina nazionale ne sono un esempio. In maniera ancora più evidente, le risposte contenute nel codice deontologico in materia di scelte di fine vita, nutrizione artificiale, autonomia della persona e dichiarazioni anticipate di trattamento rappresentano norme attraverso le quali la riflessione deontologica ha colmato, con una disciplina attenta ai diritti della persona assistita, vuoti o incertezze legislative in ambiti controversi dal punto di vista professionale, etico e giuridico.

Rileggere, inoltre, alcune norme del CDM¹¹ alla luce della recente disciplina del consenso (inteso come spazio decisionale nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza,

⁹ Per un'analisi in tale prospettiva, si permetta il rinvio, anche per ulteriore bibliografia di riferimento, a E. PULICE, *Deontologia e diritto. Modelli comparati, criticità e prospettive in ambito biomedico*, Napoli, in corso di pubblicazione. Va inoltre rilevato come il percorso di reciproca influenza tra dimensione etico-professionale e dimensione giuridica non trovi qualificazioni uniformi sul piano dottrinale. Mentre per alcuni profili può farsi riferimento alla deontologia come strumento che permette «il difficile e delicato passaggio dal discorso etico al discorso giuridico» (QUADRI, *Codice di deontologia medica*, cit. p. 938), in altri casi sembra emergere una diversa direzione di tali rapporti, come affermato, ad esempio, da J. MORET-BAILLY in *La déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale)*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2012, 1074-1083.

¹⁰ È stato inoltre sottolineato come proprio la necessità di (ri)prendere posizione in ambiti tradizionalmente lasciati alla medicina e alla riflessione deontologica, rispetto all'incidenza di altre fonti e saperi scientifici, sia stata per la categoria professionale una spinta per innovare i contenuti dei codici deontologici ponendosi come interlocutori del diritto. Nel 1989, ad esempio, M. BARNI denunciava la «crescente insufficienza delle vecchie norme deontologiche a fornire risposte adeguate a nuovi problemi, specie a quelli imposti allo scienziato, al medico, nel trovarsi ormai sulla soglia dei grandi misteri della vita, della morte, del dolore» con riferimento alle, allora nuove, prospettive di riforma del codice di deontologia medica, citato da P. BENCIOLINI nel già richiamato articolo *“La deontologia dai galatei ai codici deontologici”* (p. 9).

¹¹ Si pensi alla norma sulle procedure diagnostiche e gli interventi terapeutici « clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita » (art. 16); alla definizione dell'ampio contenuto dell'informazione, che deve essere “comprensibile ed esaustiva” e vertere «sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura»; alla qualità della comunicazione e alla previsione del rifiuto di essere informati (Art. 33); alle norme sul consenso e sul dissenso informati (art. 35); agli articoli che richiamano la terapia del dolore e il divieto di abbandono del paziente (art.39), specificando che il controllo efficace del dolore «si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato» (art. 16); alla relazione di cura «costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità» e nella quale il medico «persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura» (art. 20).

l'autonomia e la responsabilità del medico), della relazione di cura e fiducia, dei doveri di informazione e del diritto del paziente di rifiutarla, del divieto di trattamenti inutili o sproporzionati e della terapia del dolore, introdotta dalla legge 219/17, mostra chiaramente come molti principi attualmente affermati a livello legislativo fossero già consolidati non solo nella giurisprudenza e nei principi costituzionali, ma anche nelle disposizioni del codice deontologico.

In altri casi, la normativa deontologica integra quella giuridica.

Ciò può avvenire per una delega espressa del legislatore alla fonte deontologica, come è avvenuto, ad esempio, nell'ordinamento francese per la procedura collegiale, obbligatoria per interrompere i trattamenti di sostegno vitale in caso di paziente non più in grado di esprimere la propria volontà. La definizione della procedura collegiale, ora estesa anche alla sedazione profonda e continua e alla decisione di disattendere le DAT¹², è stata affidata dalla cd. *loi Leonetti* del 2005 sul fine vita al codice di deontologia medica¹³. La fonte deontologica definisce quindi le condizioni, i tempi e i soggetti coinvolti nell'esercizio di uno spazio decisionale, in tal caso collegiale, tanto delicato quanto controverso¹⁴, che impegna direttamente l'autonomia e responsabilità dei professionisti.

In altri casi, l'integrazione tra diritto e dimensione deontologica, pur in assenza di un esplicito richiamo legislativo per singole discipline, può essere espressione di uno specifico assetto dei rapporti reciproci tra fonti statali e professionali. Ne sono un esempio le direttive dell'ordine dei medici tedesco, la Bundesärztekammer (Camera federale dei medici), in materia di PMA, che definiscono sul piano concreto e operativo molti profili della disciplina¹⁵, la cui cornice giuridica è delineata nei suoi tratti essenziali dalla legislazione penale in materia di protezione dell'embrione¹⁶.

¹² L'estensione dell'applicabilità della procedura collegiale è stata introdotta nel 2016 con la *loi Claeys-Leonetti* di riforma della disciplina del fine-vita (*Loi n. 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*). Nonostante le questioni di fine vita siano disciplinate in un testo diverso dalla legge di bioetica e non rientrino quindi, almeno formalmente, nella revisione attualmente in discussione, la "*prise en charge de la fin de vie*" è stata inserita tra i nove temi scelti dal CCNE per gli Stati generali della bioetica avviati a gennaio 2018. Cfr. B. BEVIÈRE-BOYER, N.-J. MAZEN (a cura di), *Éthique et droit du vivant - II Actualités*, «*Revue générale de droit médical*», n. 68- septembre 2018, Rubriques ; L. NICOLAS-VULLIERME, A. CHEYNET DE BEAUPRE, D. DE SAINT-AFFRIQUE, *De l'opportunité d'une nouvelle loi sur la fin de vie ?*, «*Médecine et droit*», Vol 2018 - n° 152 - octobre 2018, 105-111.

¹³ La procedura collegiale è attualmente prevista dall'articolo L. 1110-5-1 del *Code de santé publique (CSP)*. Dopo l'entrata in vigore della legge Leonetti, l'ordine professionale ha quindi modificato, su istanza del legislatore, l'articolo 37 del codice di deontologia medica. Nell'ordinamento francese la disciplina completa dei profili menzionati emerge pertanto dal combinato disposto delle disposizioni legislative del CSP e delle norme del codice di deontologia medica francese, che dal 2004 – a dimostrazione di un'altra forma di integrazione tra le due fonti – è inoltre incluso nella parte regolamentata dello stesso CSP (artt. 4127-37 ss CSP, così come ulteriormente modificati a seguito della riforma del 2016).

¹⁴ Per un'analisi critica alla luce delle prime applicazioni di tale procedura, si veda, ad esempio, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Droits des patients et pouvoir médical. Quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie?*, in J.-M. LARRALDE, (dir.), *La libre disposition de soi*, Bruxelles, 2009, pp. 173-197.

¹⁵ La prima direttiva con tale portata, in molti casi richiamata o allegata ai codici deontologici dei *Länder*, è stata la (*Muster-)**Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, in *Deutsche Ärzteblatt*, 19.05.2006, sostituita nel 2018 con la *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, in *Deutsches Ärzteblatt*, 11.05.2018.

¹⁶ Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG) del 13 dicembre 1990 (BGBl. I S. 2746), da ultimo modificata dalla legge del 21 novembre 2011 (BGBl. I S. 2228). Si veda inoltre il regolamento adottato

L'integrazione del CDM francese nella parte regolamentare del Code de la Santé Publique (CSP), quindi di un codice statale, è un altro esempio di integrazione tra le norme deontologiche e le norme di altre fonti del diritto (in particolare legislative) che interessano la stessa materia.

Indipendentemente dai rapporti formali tra fonti o dai vuoti legislativi, anche quando il diritto interviene in maniera adeguata e strumenti di codificazione del sapere tecnico-scientifico (come, ad esempio, le linee guida) forniscono le necessarie regole di condotta, la variabilità del caso concreto richiede l'integrazione di tali discipline con principi etico-professionali applicabili con ragionevole flessibilità alle specificità dei singoli casi. In ambito medico, inoltre, le decisioni sono basate sull'incontro di due autonomie e responsabilità, quelle del medico e quelle del paziente. Proprio tale incontro nella cd. "alleanza terapeutica" rappresenta un ambito nel quale il diritto, e in particolare la fonte legislativa, può arrivare solo fino a un certo punto e spetta alla deontologia precisare e definire ulteriormente, nel concreto, i doveri del professionista. Tra deontologia e diritto il rapporto è quindi di integrazione e perfezionamento in ragione della possibilità della disciplina deontologica di completare con compiti più specifici e articolati il quadro dell'impegno professionale delineato, in termini generali e, di norma, astratti, dal diritto. In tale prospettiva, le richiamate assonanze tra codice deontologico e principi costituzionali sono precondizioni per la considerazione delle norme deontologiche nel quadro giuridico di riferimento a tutela di diritti fondamentali in ambito sanitario¹⁷.

In altri casi, invece, la deontologia può porsi in contrasto con il diritto oppure esprimere un modello diverso del ruolo del medico e della disciplina deontologica rispetto a quanto previsto dal diritto in specifiche tematiche¹⁸.

A titolo esemplificativo, nell'ordinamento italiano tale contrasto sarebbe stato evidente se fosse entrato in vigore il disegno di legge Calabrò sul fine vita¹⁹, ma dubbi sui conflitti tra obblighi giuridici e

nel 2013 in materia di diagnosi preimpianto: Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (Präimplantationsdiagnostikverordnung - PIDV).

¹⁷ Su alcuni esempi relativi alla giurisprudenza italiana si tornerà *infra*.

¹⁸ I contrasti possono emergere in due opposte direzioni rispetto alla tutela dei diritti della persona assistita: la deontologia, infatti, potrebbe prevedere una tutela più ampia di quella conferita dal diritto oppure imporre, attraverso il codice deontologico, delle resistenze interne alla categoria professionale, tali da limitare l'ampiezza degli spazi decisionali e di autonomia (tanto del paziente quanto del medico) riconosciuti e disciplinati dal diritto.

¹⁹ Sul ddl Calabrò e su come nella disciplina prevista sarebbe venuto meno «il significato più pieno ed autentico del principio del consenso quale scelta morale» cfr. C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato "Calabrò" su consenso e dichiarazioni anticipate*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, p. 2 e Id., *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 152. Con riferimento alle limitazioni dei principi dell'alleanza terapeutica tanto nell'espressione di volontà relativa ai trattamenti di nutrizione e idratazione artificiale quanto nella fase dell'*embriotransfer* prima degli interventi della Corte costituzionale (su cui *infra*), si veda inoltre M. BARNI, *Dall'atto medico al testamento biologico, la rivincita della deontologia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 31, 825 ss. Proprio un ambito tanto controverso come quello delle decisioni di fine-vita permette però di evidenziare come la percezione di quali siano le norme e i principi in contrasto tra loro nel rapporto tra diritto e deontologia sia condizionata dalla complessità etica della questione da disciplinare. La contrarietà alla deontologia di determinate norme o di specifici comportamenti dipende, infatti, in maniera significativa dalla prospettiva assiologica scelta dall'interprete e dalle relative convinzioni morali. Così, ad esempio, nel caso Welby, da un lato la condotta del dott. Riccio è stata giudicata legittima dall'ordine dei medici, similmente a quanto ritenuto, seppur con un inter argomentativo diverso, sul piano giurisprudenziale; dall'altro lato, è stato da alcuni medici evidenziato come alcuni articoli del CDM dovessero essere interpretati, per non risultare *contra legem*, secondo i principi

deontologici sono stati sollevati dalle istituzioni ordinistiche anche in riferimento al decreto ministeriale del 9 dicembre 2015 sull'appropriatezza prescrittiva, prima dei correttivi successivamente introdotti²⁰.

Interessante ricordare, da questo punto di vista, che in base alla versione del Giuramento di Ippocrate precedente alla riforma del 2014²¹, il medico si impegnava a osservare «le norme deontologiche che regolano l'esercizio della medicina e quelle giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della [...] professione».

Un caso di contrasto tra le due dimensioni emerge in maniera evidente dalla posizione del codice deontologico tedesco rispetto all'assistenza medica al suicidio, definita come contraria alla deontologia, sia prima sia dopo l'approvazione nel 2015 della norma del codice penale²² che punisce invece l'assistenza al suicidio solo in forma commerciale (*geschäftsmäßig*), intesa nel senso di assistenza organizzata e continuativa²³. Anche nei casi non ritenuti rilevanti dal diritto penale, quindi, l'assistenza medica al suicidio può portare a sanzioni sul piano della responsabilità disciplinare per violazione del

dell'ordinamento giuridico, ritenendo che il principio di autodeterminazione del paziente tutelato dalla deontologia non potesse prevaricare il principio dell'invulnerabilità della vita umana sancito dalla Costituzione, quale fondamento tanto della professione medica quanto dello stato di diritto. Si veda sul punto la *Lettera* sottoscritta da 180 medici della provincia di Cremona contro la decisione dell'ordine professionale di ritenere legittimo il comportamento del dott. Riccio, citata anche in L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018, p. 123. Per un approfondimento sulle incertezze giurisprudenziali del processo in cui era imputato il dott. Riccio per la scelta di interrompere la ventilazione meccanica a Piergiorgio Welby si veda, tra gli altri, S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 95.

²⁰ Si veda, ad esempio, il ricorso presentato al TAR del Lazio nel 2016 dall'Ordine provinciale dei medici chirurghi e degli odontoiatri di Milano, le cui motivazioni, basate sull'asserita contrarietà del decreto tanto alla Costituzione quanto al codice deontologico, sono reperibili al seguente link: <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato3497344.pdf>

²¹ L'attuale codice di deontologia medica è stato adottato il 18 maggio 2014. Per un commento, in prospettiva interdisciplinare, sulla riforma cfr. il *Forum sul Nuovo Codice di Deontologia Medica* in *BioLaw Journal*, 2, 2015, p. 7 ss. <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=issue&op=view&path%5B%5D=5>

²² Con l'approvazione, il 6 novembre 2015, del disegno di legge n. 18/5373 in materia di suicidio assistito è stato infatti inserito il nuovo paragrafo 217 (*Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*) nel codice penale tedesco (StGB), che prima di tale data né disciplinava né espressamente vietava l'assistenza al suicidio.

²³ A differenza tanto del legislatore, che esclude la punibilità nel caso di aiuto fornito in maniera episodica e individuale da persone vicine al paziente, quanto della giurisprudenza che apre alla possibilità di considerare ammissibili determinate forme di assistenza al suicidio legate a singole situazioni eccezionali, la categoria professionale ha riformato nel 2011 il paragrafo 16 della (*Muster-)*Berufsordnung (del codice deontologico adottato a livello federale dalla *Bundesärztekammer*, recepito, anche se non in maniera uniforme, dalla maggior parte dei codici deontologici dei *Länder*), prevedendo espressamente l'assistenza medica al suicidio come contraria alla deontologia medica. In altri ordinamenti, invece, le categorie professionali, pur ammettendo le difficoltà per i professionisti sanitari e per lo stesso ruolo da attribuire loro, hanno adottato una posizione diversa da quanto avvenuto in Germania rispetto alle scelte legislative in materia di fine vita. Si pensi, ad esempio, alla posizione e all'apporto della Dutch Medical Association rispetto all'adozione della normativa olandese che ha reso non punibile, a determinate condizioni, l'eutanasia o agli ordini professionali di Belgio e Lussemburgo che, pur considerando inizialmente le pratiche eutanasiche come contrarie all'etica professionale e nonostante le resistenze riscontrate, hanno adeguato la disciplina deontologica alle scelte del legislatore.

codice deontologico²⁴. La posizione assunta dalla categoria professionale finisce così per definire l'ampiezza e la concreta realizzabilità di un diritto riconosciuto, a determinate condizioni, dal legislatore.

Anche nell'ordinamento italiano, benché il codice di deontologia medica non abbia lo stesso valore giuridico riconosciuto ai codici deontologici dei singoli Länder, la scelta di considerare una determinata pratica come contraria alla deontologia, definendo i margini di autonomia e responsabilità disciplinare, può influire sull'adesione dei professionisti e quindi, direttamente o indirettamente, anche sul diritto della persona assistita²⁵.

Per tutti i profili fin qui delineati è pertanto ormai difficile ritenere i codici deontologici come documenti di autoregolamentazione con una portata pratica meramente interna alla categoria professionale.

3. Autonomia e responsabilità del medico nelle scelte diagnostico-terapeutiche: il ruolo della deontologia medica.

Il ruolo dell'autonomia e responsabilità del medico rappresenta un terreno significativo per analizzare le relazioni tra deontologia e diritto e i diversi modelli di cui possono essere rispettivamente espressione²⁶. Tali aspetti sono influenzati tanto dalle posizioni assunte dalla categoria professionale quanto dalla rilevanza a esse accordata dal diritto.

3.1. La rilevanza riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale

Dal punto di vista giuridico, è la stessa Corte costituzionale a definire «l'autonomia e la responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» come la «regola di fondo» della pratica dell'arte medica, non spettando «di norma» al legislatore il potere di «stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»²⁷.

²⁴ Cfr. i documenti e i pareri pubblicati dalla *Bundesärztekammer* come guida pratica per i medici a seguito dell'entrata in vigore della riforma del codice penale in materia di suicidio assistito (si veda in particolare il *Deutsches Ärzteblatt* del 17 febbraio 2017).

²⁵ Si pensi, oltre agli esiti del procedimento disciplinare, alla clausola di coscienza e, quale esempio specifico di possibile rilevanza del contrasto con il codice deontologico, al rinvio alla deontologia contenuto nella legge 219/2017, su cui si tornerà brevemente *infra*.

²⁶ Per i modelli giuridici elaborati in ambito penale si rimanda ai contributi di ANTONIO VALLINI e ANDREA PERIN nel presente numero. Il ruolo delle linee guida e l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di responsabilità dei professionisti sanitari sono stati ampiamente affrontati dalla dottrina, non solo penalistica, e rimangono questioni altamente complesse e controverse. Per un approfondimento si vedano, tra i molti, C. BRUSCO, *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Torino, 2018; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017; G. CARPANI e G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Torino, 2017; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, 1765 ss. Per un raffronto con la deontologia medica cfr. R. C. ROSSI, *I risvolti deontologici della Legge Gelli*, in F. GELLI F., M. HAZAN, D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017.

²⁷ Corte cost., sent. del 2002, p.to 4 del Considerato in diritto

Sono noti e ampiamente dibattuti gli orientamenti della Corte relativi ai limiti che le acquisizioni scientifiche e sperimentali pongono alla discrezionalità legislativa²⁸. In altri casi, come visto per le linee guida nella normativa in materia di responsabilità medica, il legislatore utilizza valutazioni e fonti tecnico-scientifiche come condizioni preliminari per l'accertamento della colpa professionale. Si tratta di profili che, come noto, si inseriscono nel più ampio e complesso rapporto tra scienza e diritto, la cui portata e le cui implicazioni interessano molteplici ambiti e diversi livelli di regolamentazione (nazionale, sovranazionale, normazione privata, ecc.)²⁹.

In tale contesto, preme sottolineare come la rilevanza del codice deontologico non sia legata solo alla sua natura di fonte tecnico-professionale, ma anche – e più nello specifico – alla sua funzione di indirizzo, garanzia, tutela e controllo del ruolo riconosciuto all'autonomia e responsabilità del medico nelle scelte fondate su acquisizioni tecnico-scientifiche, come punti di riferimento nella valutazione della legittimità della disciplina legislativa.

Il mancato riconoscimento al medico della «possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto» ha portato, ad esempio, la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge 40/2004³⁰.

²⁸ Ci si riferisce, in particolare, alla citata sentenza n. 282 del 2002 e alla sentenza n. 338 del 2003, ma anche alle sentenze n.151 del 2009 e n. 162 del 2014 in materia di PMA. Per un'analisi approfondita della giurisprudenza costituzionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e per un'articolata trattazione, da molteplici punti di vista, della possibilità di enucleare uno "statuto costituzionale della legge a contenuto tecnico-scientifico" si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, p. 143 ss. Sui limiti che le acquisizioni scientifiche e sperimentali pongono alla discrezionalità legislativa, cfr., tra gli altri, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*. Nota a: Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, in *Forum Di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 6/2014; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali il contributo della giustizia costituzionale*, Milano, 2005, 1-22. Per una prospettiva comparata si veda S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015, Id., *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 39-79: <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=issue&op=view&path%5b%5d=7>. In materia di PMA cfr., inoltre, A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015. Sui rapporti tra medicina e giurisprudenza si veda, ad esempio, L. CHIEFFI (a cura di), *La Medicina nei Tribunali*, Bari, 2016.

²⁹ Per un approfondimento, in prospettiva sia nazionale che europea, sulla pluralità di questioni sollevate dalle norme a contenuto tecnico scientifico e sulla relativa varietà di fonti e formanti, si rinvia nuovamente A. IANNUZZI, *op. cit.*

³⁰ Corte cost., sent. n.151 del 2009, p.to 6.1 del Considerato in diritto. Proprio rispetto a questa pronuncia è stato, ad esempio, affermato come la Corte abbia riconosciuto uno «spazio incompressibile di autonomia e responsabilità del medico» (G. M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana*, in FNOMCeO (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del Paese*, Roma, 2010, p. 30).

In linea con tali orientamenti, tra i principi precisati nella prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata alla luce della quale devono essere intese le disposizioni del d.l. n. 78 del 2015 recanti indicazioni di appropriatezza prescrittiva (delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale) e le relative condizioni di erogabilità, la Corte costituzionale ha sottolineato come dette disposizioni «non vietano certamente al medico le prescrizioni ritenute necessarie nel caso concreto e non pregiudicano quindi la sua prerogativa di operare secondo “scienza e coscienza”»³¹. In tale sentenza la Corte richiama la necessità di tenere conto «della dinamica evolutiva terapeutica e della specificità del paziente» ricordando come, in base al più volte affermato “carattere personalistico” delle cure sanitarie, non sia possibile precludere al medico «la possibilità di valutare, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, il singolo caso sottoposto alle sue cure, individuando di volta in volta la terapia ritenuta più idonea ad assicurare la tutela della salute del paziente». Le disposizioni in materia di controlli dell’operato del medico vanno quindi intese come «un semplice invito a motivare scostamenti rilevanti dai protocolli», al fine di rendere «trasparente, ragionevole ed informata la consentita facoltà di discostarsi»³², che non potrà essere censurata sulla base di un sindacato di natura meramente politico-finanziaria. In riferimento al ruolo della dimensione deontologica, è inoltre interessante sottolineare come la Corte, nel considerare legittime, «nei sensi di cui in motivazione», le norme impugnate, precisi che quello istituito dalla norma non sia «un controllo burocratico bensì un sindacato che deve essere gestito [...] secondo le regole deontologiche dell’esercizio della professione medica»³³.

Per la giurisprudenza costituzionale, quindi, «(l’)autonomia del medico nelle scelte professionali e l’obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità»³⁴ configurano un punto di incrocio dei principi a fondamento dell’attività medica. In questo contesto, inoltre, «i poteri di vigilanza sull’osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione» sono considerati, unitamente ai rimedi predisposti dall’ordinamento, strumenti a tutela dell’osservanza in concreto dei due diritti della persona malata all’incrocio dei quali si pone la pratica terapeutica: «quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica; e quello ad essere rispettato come persona»³⁵.

3.2. Le scelte del codice deontologico

Tra le norme principali del codice di deontologia medica (CDM) italiano in materia di autonomia, responsabilità e acquisizioni scientifiche rileva innanzitutto la norma generale dell’articolo 4, che individua nei principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità i fondamenti dell’esercizio pro-

³¹ Corte cost., sent. n. 169 del 2017, p.to 8 del Considerato in diritto. Su questi profili, cfr., tra gli altri, P. GIANGASPERO, *Ancora una variazione sul tema di tecnica, scienza e diritto: indicazioni di erogabilità e appropriatezza terapeutica, diritto alla salute, prescrizioni mediche “in scienza e coscienza” e vincoli alle Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, 4/2018.

³² Corte cost., sent. n. 169 del 2017, p.to 8 del Considerato in diritto.

³³ Ibid. Sulle regole deontologiche in materia di appropriatezza, autonomia e responsabilità del medico nella prescrizione cfr. *infra*.

³⁴ Corte cost., sent. 282 del 2002, p.to 4 del Considerato in diritto.

³⁵ Ibid.

fessionale e richiama il ruolo della deontologia, cui si deve ispirare l'attività del medico senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura³⁶.

Il medico deve inoltre segnalare all'Ordine professionale territorialmente competente «ogni iniziativa tendente a imporgli comportamenti in contrasto con il Codice» (art.2)³⁷.

Nel 2014 i concetti di autonomia e responsabilità sono stati anticipati anche nell'art. 3 (“Doveri generali e competenze del medico”), che sottolinea la competenza esclusiva e non delegabile del medico e l'impegno della sua autonomia e responsabilità nella diagnosi ai fini preventivi, terapeutici e riabilitativi, richiamando altresì il ruolo del CDM e delle istituzioni ordinistiche nel legittimare tali attività.

Tale norma va letta unitamente a un altro paragrafo dello stesso articolo, in tema di competenze professionali, significativamente inserito dopo il comma che esplicita i doveri del medico rispetto ai diritti fondamentali della persona³⁸. In base al secondo comma, infatti, «al fine di tutelare la salute individuale e collettiva, il medico esercita attività basate sulle competenze, specifiche ed esclusive, previste negli obiettivi formativi degli Ordinamenti didattici dei Corsi di Laurea [...] integrate e ampliate dallo sviluppo delle conoscenze in medicina, delle abilità tecniche e non tecniche connesse alla pratica professionale, delle innovazioni organizzative e gestionali in sanità, dell'insegnamento e della ricerca»³⁹.

Già dal combinato disposto di queste norme di portata generale emerge quindi la strumentalità delle competenze specifiche ed esclusive del medico, integrate e ampliate come precisato, rispetto alla tutela dei diritti fondamentali (costituzionalmente garantiti), nonché l'impegno diretto dell'autonomia e responsabilità del professionista e il ruolo degli Ordini professionali e del CDM.

Con la più recente riforma del 2014, la categoria professionale ha però inserito anche delle norme specifiche sul ruolo di indirizzo e orientamento di linee guida e protocolli, in particolare nella disposizione tradizionalmente dedicata ai doveri professionali in materia di prescrizione nel rapporto con le accreditate conoscenze scientifiche.

L'articolo 13 (“Prescrizione a fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione”) riprende innanzitutto – a sottolinearne evidentemente l'importanza – il principio della competenza, diretta, specifica, esclusiva e non delegabile del medico e dell'impegno diretto della sua autonomia e responsabilità, già formulato dall'art. 3.

³⁶ Art. 4 (“Libertà e indipendenza della professione. Autonomia e responsabilità del medico”): «l'esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità. Il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale, senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura».

³⁷ Nella versione del 2006 tale dovere di segnalazione era ripetuto anche nell'articolo 4 (“Libertà e indipendenza della professione”), che precisava, inoltre, il dovere del medico di «operare al fine di salvaguardare l'autonomia professionale». Il concetto di responsabilità era previsto, ma in altre disposizioni più specifiche del codice. Nella versione attualmente in vigore, indipendenza, libertà, autonomia ma anche responsabilità, oltre a essere previste in varie norme del CDM, sono congiuntamente individuate come principi generali a fondamento dell'attività medica. Sul sito [biodiritto.org](http://www.biodiritto.org/images/CDM_testo_a_confronto_2006-2014.pdf) è disponibile il confronto tra i testi del codice deontologico del 2006 e del 2014: http://www.biodiritto.org/images/CDM_testo_a_confronto_2006-2014.pdf

³⁸ Art. 3, co.1 «doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera».

³⁹ Art. 3 co. 2, assente nella versione del 2006 dello stesso articolo, che riguardava infatti solo i “doveri del medico”.

Vengono poi inseriti due paragrafi specificamente dedicati a linee guida, protocolli e percorsi, concretizzando così i principi di autonomia e responsabilità del medico nella valutazione della loro applicabilità, tollerabilità ed efficacia alla specificità del singolo caso.

Tali disposizioni sono anticipate dalla regola generale in base alla quale «la prescrizione deve fondarsi sulle evidenze scientifiche disponibili», nonché «sull'uso ottimale delle risorse e sul rispetto dei principi di efficacia clinica, di sicurezza e di appropriatezza»⁴⁰.

Rispetto alle linee guida diagnostico-terapeutiche, il CDM precisa che il medico «tiene conto» di quelle «accreditate da fonti autorevoli e indipendenti quali raccomandazioni» e «ne valuta l'applicabilità al caso specifico»⁴¹.

La natura di “raccomandazioni” e soprattutto la scelta della formula “tenerne conto”⁴² sottolineano il potere, ma anche il dovere di discostarsene, seppur – è da ritenersi – con adeguata motivazione, coerentemente con l'imposizione del dovere di valutarne l'applicabilità alle specificità del caso concreto. In riferimento ai protocolli diagnostico-terapeutici o ai percorsi clinico- assistenziali, l'articolo precisa che la loro adozione «impegna la diretta responsabilità del medico nella verifica della tollerabilità ed efficacia sui soggetti coinvolti»⁴³.

Con la più recente riforma la categoria professionale ha così preso posizione sul ruolo, complesso e controverso, tanto per il professionista sanitario quanto per il giurista, di forme codificate del sapere tecnico-scientifico. E lo fa, da un lato, riconoscendo il ruolo di detti strumenti e rimarcando la rilevanza delle evidenze scientifiche⁴⁴ (non più definite come “acquisizioni scientifiche” e sulle quali la prescrizione deve “fondarsi” e non più solo “ispirarsi”) ma, dall'altro, rafforzando gli spazi di autonomia, indipendenza e responsabilità del medico nella loro valutazione e applicazione.

Il modello che emerge dalla lettura del CDM sembra quindi sottolineare un diverso grado di rilevanza nella pratica clinica tra il generale principio delle conoscenze scientifiche, sulle cui evidenze deve *fondarsi* la scelta del medico, e il ruolo di fonti precostituite, delle quali il medico deve *tenere conto* e

⁴⁰ Regola da leggere unitamente all'art. 6, in base al quale «Il medico fonda l'esercizio delle proprie competenze tecnico-professionali sui principi di efficacia e di appropriatezza, aggiornandoli alle conoscenze scientifiche disponibili e mediante una costante verifica e revisione dei propri atti». Considerata la menzionata rilevanza del tema e i relativi dibattiti sul rapporto tra obblighi giuridici e deontologici, vale la pena sottolineare come la riforma del 2014 abbia esplicitato, e inserito in più norme del CDM, anche il concetto di “appropriatezza”, modificando inoltre da «appropriato» a «ottimale» l'uso delle risorse cui è tenuto il medico.

⁴¹ Art 13, co.3. La scelta del termine “raccomandazioni” rappresenta un elemento in comune tra CDM e legge Gelli-Bianco (Art. 6). Sul punto cfr. M. BILANCETTI, *Profili penalistici della l. 8 marzo 2017 n. 24*, 3, 2017.

⁴² Altri articoli del CDM adottano formule più stringenti e, sul piano letterale, il legislatore usa la formula “attenersi” in riferimento alle linee guida (cfr., ad esempio, l'art. 5 della legge n. 24 del 2017, cd. legge “Gelli-Bianco”).

⁴³ Art. 13 co. 4. Era invece più generica nel riferimento ad altre fonti di codificazione del sapere tecnico-scientifico, ma più specifica nel richiamo al bene del paziente, la precedente versione dell'art. 13, in base alla quale «le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche tenuto conto dell'uso appropriato delle risorse, sempre perseguendo il beneficio del paziente secondo criteri di equità».

⁴⁴ Sul rilievo dello «stretto ancoraggio a standard di professionalità elevati, da commisurare sulle evidenze scientifiche disponibili» quale modalità indicata ai medici dalla deontologia per «sventare la lesione del bene protetto», sulla natura cautelare dell'art. 13 CDM e sul relativo ruolo nel definire “l'agente modello” in ambito penale, cfr. M. CAPUTO, *op. cit.*, p. 145 ss.

rispetto alle quali è invece espressamente richiamata la sua responsabilità di verifica nel caso concreto, contro una loro applicazione acritica.

3.3. La clausola di coscienza in equilibrio tra autonomia e responsabilità

Nel contesto di pluralismo valoriale e normativo che caratterizza l'attività medica, ulteriore elemento rilevante per definire il possibile impatto di una scelta orientata dalla deontologia è il rifiuto di prestazione professionale, riconosciuto come diritto del medico attraverso la cd. "clausola di coscienza" di cui all'articolo 22 CDM, significativamente rubricato fino al 2014 "autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica", a dimostrazione dello stretto legame tra i due profili.

Benché si tratti, com'è noto, di un istituto diverso dall'obiezione di coscienza legislativamente riconosciuta, la clausola di coscienza è espressione del ruolo della deontologia, quindi degli spazi di autonomia e responsabilità, così come disciplinati nel codice deontologico, quali limiti rispetto a richieste, di varia natura, rivolte al medico.

In base al citato articolo, il medico può rifiutare la propria opera professionale quando gli vengano richieste prestazioni «in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici». Il codice deontologico tutela quindi l'autonomia del medico in riferimento non solo ai suoi convincimenti professionali, ma anche a possibili conflitti con le proprie convinzioni morali.

Tale diritto trova però un primo limite nella tutela della salute della persona assistita e nella responsabilità del professionista di metterla nelle condizioni di ottenere la prestazione cui ha diritto. Il medico può infatti rifiutare la propria opera professionale «a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona» e deve comunque fornirle «ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». La clausola di coscienza deve inoltre rispettare i limiti posti dall'ordinamento generale ed è soggetta all'interpretazione che la stessa categoria professionale dà ai concetti di "coscienza" e di "convincimenti tecnico-scientifici", alla loro ampiezza e alle condizioni per la loro concreta rilevanza a fondamento di un rifiuto deontologicamente legittimo⁴⁵.

In tale contesto, vale la pena fare almeno un cenno al richiamo contenuto nella legge 219/17, in materia di consenso e DAT, alla deontologia come limite (insieme alle norme di legge e alle buone pratiche clinico-assistenziali) alle richieste del paziente. Nello stesso comma, infatti, da un lato, si afferma che il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente» di rifiutare o rinunciare al trattamento sanitario, chiarendo (per la prima volta anche legislativamente) che «in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità sia civile sia penale»; dall'altro, viene però precisato che il medico «non ha obblighi professionali» in caso richieste contrarie a dette fonti⁴⁶.

⁴⁵ Per un approfondimento sulle funzioni e i limiti della clausola di coscienza, sulle diverse concezioni in merito alla sua natura di diritto più ampio o più specifico rispetto all'obiezione di coscienza, ma anche sul suo ruolo a garanzia dell'autonomia diagnostico-terapeutica del medico, rafforzato dal livello di responsabilizzazione richiesto, si vedano, tra gli altri, M. SAPORITI, *La coscienza disubbediente*, Milano, 2014, p. 137 ss; C. CASONATO e F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, p. 70 e ss. e L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, p. 182 ss., entrambi in E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, L. LENTI (a cura di), *Trattato di biodiritto, vol: I diritti in medicina*, Milano, 2011.

⁴⁶ Legge n. 219 del 22 dicembre 2017, art. 1 co. 6. La letteratura sulla legge è molto vasta. A titolo esemplificativo, per approfondimenti in prospettiva interdisciplinare, si vedano i contributi pubblicati nel *Forum: la legge*

L'ambiguità della formulazione⁴⁷ ha sollevato numerosi dibattiti e dubbi interpretativi, con particolare riferimento alla possibilità di ritenere che, in forza del combinato disposto tra art.1. co. 6 della legge e art. 22 CDM, tale rinvio alla deontologia consenta al medico di opporre un'opzione di coscienza alle scelte del paziente⁴⁸.

Il richiamo alla deontologia rivela certamente un'attenzione del diritto rispetto alla dimensione etico-professionale espressa dai professionisti sanitari coinvolti nelle scelte diagnostico-terapeutiche, quindi al riconoscimento e alla tutela dell'autonomia professionale del medico. Va però ricordato come tale dimensione sia espressa, e tutelata dal CDM, in termini sia di "scienza" sia di "coscienza", di scelte che devono essere sia clinicamente sia eticamente fondate⁴⁹. Si tratta, da un lato, di componenti delle quali una disciplina giuridica rispettosa del pluralismo valoriale deve, con le cautele e i limiti ricordati, tenere conto. Dall'altro lato, l'espressa previsione legislativa della contrarietà alla deontologia come limite alle richieste del paziente e agli obblighi del medico, pur non assimilabile all'obiezione di coscienza, può lasciar spazio a forme di resistenza della categoria professionale, tali da

n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, n. 1/2018.

⁴⁷ È stato evidenziato come un comma tanto «confuso» sia forse «la conseguenza di un percorso lungo e faticoso su tematiche tanto sensibili, spesso ritenute in biblico tra il rifiuto e la rinuncia ai trattamenti salva vita e l'eutanasia» (L. D'AVACK, *op. cit.*, p. 145).

⁴⁸ Sul punto le posizioni in dottrina non sono univoche. Si è, ad esempio, sostenuto come l'art. 1, co. 6 possa consentire «l'obiezione di coscienza in tutti i casi previsti dal codice deontologico che pare, anche se attraverso una clausola di coscienza generale, non escluderla» (L. D'AVACK, *op. cit.*, p. 146). Il venir meno degli obblighi professionali del medico potrebbe quindi risultare «scontato se le richieste sono riferite a trattamenti *contra legem*, discutibile se le richieste sono contrarie alla deontologia professionale e si traduce in un'obiezione se i trattamenti sanitari richiesti sono suscettibili di essere considerati in forza dell'art. 22 del codice deontologico o considerati in base al valore non solo scientifico, ma anche morale che questi rappresentano». Similmente in G. GRISTINA, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell'articolo 1 della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, nel Forum citato, il «nucleo di ambiguità tra la pretesa di una vincolatività dei suoi dettami e la possibilità che viene offerta, in una lettura "pro-life", di rifugiarsi nell'obiezione di coscienza, come peraltro garantito dall'art. 22 del CDM» sarebbe sostenuto «proprio dal richiamo che la norma di legge fa alla norma deontologica nel comma 6 dell'art. 1». Tale lettura non è invece condivisibile per D. PARIS, secondo il quale «è fondamentale distinguere fra esercizio dell'autonomia professionale del medico e obiezione di coscienza vera e propria». Solo la prima, quindi il «diritto/dovere di rifiutare una prestazione che appare inappropriata alla luce dei criteri oggettivi propri dell'arte medica, non alla luce delle proprie convinzioni morali» è tutelata dalla legge e in questo senso è da considerarsi ragionevole il rinvio alla deontologia. Per l'Autore non può ritenersi invece tutelata dalla legge 219/17 l'obiezione di coscienza. Seguendo una diversa lettura si riterrebbe altrimenti che la legge possa consentire agli ordini professionali di «autoesentarsi dall'attuazione della nuova legge, alle condizioni da essi stessi stabilite nel codice deontologico» con un evidente «stravolgimento della gerarchia delle fonti» (D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?* nel citato Forum, pp. 31 e 33).

⁴⁹ Si tratta di due componenti che connotano i fondamenti della disciplina deontologica e che vengono esplicitati, seppur con formule diverse, in diverse norme del CDM. Oltre alla richiamata clausola di coscienza, si pensi, ad esempio, ai concetti di «clinicamente inappropriati» ed «eticamente non proporzionati» impiegati per definire i trattamenti e le procedure diagnostiche che non devono essere intraprese né continuate ai sensi dell'art. 16 del CDM.



incidere, in maniera indiretta ma non per questo meno incisiva, sulla concreta attuazione della normativa⁵⁰.

La scelta di richiamare espressamente la deontologia, inoltre, può risultare problematica per il riferimento a una fonte difficile da inquadrare dal punto di vista giuridico, soggetta a evoluzioni, anche rilevanti, e a incertezze interpretative sul piano dei contenuti.

È importante in ogni caso sottolineare che, indipendentemente dal rapporto specifico tra le rispettive fonti, il rinvio alla deontologia o il riferimento a una scelta deontologicamente fondata significa fare “entrare”, direttamente o indirettamente, nella disciplina giuridica tutti i principi e i doveri che, in base al CDM, devono orientare la condotta del medico. L’integrazione può completare in maniera ragionevole la disciplina, ma in alcuni casi il bilanciamento potrebbe non essere semplice da ricostruire o da attuare sul piano concreto.

4. Rilevanza giuridica delle norme deontologiche.

Delineato il quadro dei possibili ruoli della deontologia nelle assonanze e divergenze con il diritto, è necessario comprendere quale sia nel concreto la portata delle norme deontologiche, quindi dei richiamati spazi di autonomia, soprattutto per i profili di responsabilità professionale.

Rispondere a tale domanda significa provare a ricostruire, almeno nelle ipotesi principali, il ruolo del codice di deontologia medica sul piano formale dei rapporti con le altre fonti del diritto⁵¹. Si tratta,

⁵⁰ L’ambiguità e inopportunità dell’enunciato e il rischio che venisse utilizzato per logiche di medicina difensiva o di convenienza erano state sottolineate già con riferimento al disegno di legge da C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *La Rivista il Mulino on line*, 21 aprile 2017. Cfr. inoltre C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 2, 123 ss.

⁵¹ La natura della codificazione deontologica, come anticipato, non segue modelli uniformi e solleva dibattiti in riferimento alla sua concreta portata giuridica in molti ordinamenti europei. La diversità emerge non solo in prospettiva comparata, ma anche tra deontologie differenti all’interno dello stesso ordinamento giuridico. In alcuni casi, ad esempio, la codificazione dell’etica professionale può essere imposta dall’ordinamento giuridico o inserirsi in rapporti legislativamente definiti con altre fonti del diritto. Si pensi, nel contesto italiano, alle peculiarità, rispetto ad altre professioni, del codice deontologico dei giornalisti, in ragione del legame con una specifica fonte giuridica, il codice privacy, cui è allegato (per un approfondimento sui codici di autoregolamentazione legati al codice privacy nell’ordinamento italiano, si rimanda, tra gli altri, a H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009) o ai meccanismi di adozione previsti per il codice etico dei magistrati cui l’Associazione nazionale magistrati ha ritenuto di dare attuazione pur dubitandone la legittimità prevedendo «indicazioni di principio prive di efficacia giuridica, che si collocano su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari» (cfr., ad esempio, L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. ÉPINEUSE, R. SABATO (a cura di) *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006).

Inoltre, anche nell’ambito delle professioni sanitarie, norme di etica o di disciplina di una professione sono contenute in regolamentazioni provenienti da enti diversi, variamente nominati, che possono coincidere con gli ordini professionali (quali enti pubblici sussidiari o associazione private, in base alla qualificazione interna di ogni ordinamento) o essere diretta espressione di poteri pubblici statali. Si pensi, ad esempio, alle direttive dell’Accademia svizzera delle scienze mediche (ASSM) e alla disciplina legislativa dei doveri professionali (cfr. ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES (ASSM) e FÉDÉRATION DES MÉDECINS SUISSES (FMH), *Bases juridiques pour le quotidien du médecin. Un guide pratique*, 2° éd., Berne, 2013). In alcuni modelli, infine, i codici deontologici, pur provenienti da organi professionali vengono integrati nell’ordinamento giuridico statale. Efficace, da questo punto di vista, la distinzione elaborata in dottrina tra *déontologies étatiques* e *déontologies extra-étatiques*

come noto, di una questione non facilmente risolvibile nell'ordinamento italiano poiché manca una norma che espressamente definisca la natura del codice e lo inserisca nella gerarchia delle fonti. Nelle leggi italiane istitutive degli ordini professionali⁵², infatti, la deontologia non era nemmeno menzionata e solo con la legge 42 del 1999, per la professione infermieristica, il codice deontologico è stato espressamente indicato come uno degli elementi che ne definiscono l'ambito di attività e responsabilità.

Nel 2018, la legge sul riordino delle professioni sanitarie (cd. legge Lorenzin⁵³) ha definito in maniera più precisa la natura degli ordini professionali⁵⁴ e la relativa autonomia regolamentare anche in riferimento all'emanazione del codice deontologico, ma non si tratta di una disciplina in grado di chiarire con la necessaria certezza i rapporti tra il codice deontologico e le altre fonti del diritto, come avviene in altri ordinamenti⁵⁵.

Dal punto di vista strettamente formale il codice di deontologia medica italiano rimane quindi un regolamento interno alla categoria professionale, del quale nemmeno la giurisprudenza di legittimità è riuscita, almeno finora, a chiarire in maniera univoca la natura.

La Corte di Cassazione ha sostenuto, ad esempio, che «le disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli ordini (o dai collegi) professionali, se non recepite direttamente dal legislatore, non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge»⁵⁶, definendo le norme deontologiche come «precetti extragiuridici ovvero regole interne alle categorie e non già [...] atti normativi»⁵⁷. Nonostante il significativo mutamento giurisprudenziale con il quale la Corte ha iniziato a considerare le norme deontologiche «norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria»⁵⁸ fino a defi-

(J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, cit.), che permette di delineare alcuni utili elementi classificatori in riferimento al tipo di ingresso della normativa deontologica nell'ordinamento giuridico generale.

⁵² D. Lgs.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 233 e D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221.

⁵³ Legge 11 gennaio 2018, n. 3 “Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute”.

⁵⁴ Cfr. *supra* nota n. 4.

⁵⁵ Benché, come detto, i rapporti formali tra il CDM e le altre fonti del diritto non risolvano tutti i problemi interpretativi che le numerose intersezioni tra dimensione deontologia e dimensione giuridica pongono, in alcuni ordinamenti la definizione legislativa della natura del CDM e della competenza dei diversi attori coinvolti nella sua emanazione conferisce un maggiore livello di certezza almeno per la ricostruzione del quadro giuridico di riferimento. In Germania, ad esempio, il codice deontologico di ogni Land assume la forma – e quindi la stessa posizione nella gerarchia delle fonti – della fonte del diritto (Satzung) tipica degli enti di diritto pubblico cui appartengono gli ordini professionali. Cfr., tra i molti, R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, J. PRÜTTING, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2018; il capitolo *Ärztliches Standesrecht* in H.-P. RIES ET AL., *Arztrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2012, p. 87 e ss. In Francia il codice deontologico è adottato come decreto del Primo Ministro per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato (décret en Conseil d'Etat), pubblicato sul Journal Officiel e, dal 2004, inserito nel CSP. Cfr., tra i molti, V. CABROL, *La codification de la déontologie médicale*, in *Revue générale de droit médical*, 2005, vol. 16, pp. 103-123; E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, 2003. Per ulteriori dettagli, in prospettiva comparata, sulle procedure di codificazione deontologica in questi ordinamenti e sulle relative problematiche si consenta il riferimento a E. PULICE, *La deontologia come fonte del diritto. La codificazione dell'etica medica in Francia, Germania e Italia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2017.

⁵⁶ Cass. Sez. un. 10 luglio 2003, n. 10842.

⁵⁷ Cass. Sez. III civ. 10 febbraio 2003, n. 1951.

⁵⁸ Si tratta della sentenza n. 8225 del 6 giugno 2002, con la quale la Corte precisa altresì che le norme deontologiche costituiscono specificazione delle clausole generali contenute nella legge professionale (similmente a

nirle nel 2007 «fonti normative integrative di precetto legislativo [...]interpretabili direttamente dalla corte di legittimità»⁵⁹, nel 2013 è stato negato il «carattere normativo» del codice deontologico⁶⁰.

Per tutti i profili richiamati nel presente contributo, è tuttavia innegabile che le norme deontologiche, o la loro violazione, assumano rilevanza per l'ordinamento giuridico, anche al di fuori della categoria professionale.

La deontologia ha innanzitutto una forma di rilevanza "propria" attraverso la responsabilità disciplinare e il relativo procedimento. La violazione delle norme deontologiche può infatti portare a sanzioni, previste dalla legge, che incidono sull'esercizio dell'attività professionale del singolo, proprio per la loro funzione di tutela di interessi pubblici. Lo strumento disciplinare e il ruolo dell'ordine professionale si pongono così nel punto di incontro tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali sui quali incide l'attività medica e la sfera di autonomia e indipendenza che l'ordinamento riconosce alla categoria professionale.

L'ulteriore aspetto che in questa sede interessa sottolineare è come la violazione della deontologia possa avere effetti sul singolo professionista (fino alla sospensione o alla radiazione) anche per comportamenti non strettamente legati all'ambito dell'esercizio professionale⁶¹. In base all'art. 68 CDM, inoltre, «il medico che opera in strutture pubbliche o private [...] è soggetto alla potestà disciplinare dell'Ordine indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro». La competenza delle istituzioni ordinistiche a vigilare, irrogando sanzioni disciplinari, sugli iscritti agli albi «in qualsiasi forma giuridica svolgano la loro attività professionale» è ribadito anche dalla legge sul riordino delle professioni sanitarie⁶² e dalla giurisprudenza⁶³.

Nonostante la difficoltà di ricostruire il quadro della giurisprudenza disciplinare e dei principali ambiti di intervento, la radiazione, a fine 2018, di un medico iscritto all'albo per un illecito deontologico commesso nell'esercizio della sua funzione di assessore regionale (nello specifico per la proposta di una delibera i cui contenuti sono stati giudicati contrari al CDM) mostrano l'estensione alla quale può arrivare la responsabilità del medico per scelte adottate in (asserita) violazione della deontologia⁶⁴.

quanto affermato del 2004 e, in particolare, nella sentenza della Sezioni Unite del 23 marzo 2004, n. 5776 e nella sentenza della III sezione civile, la n.13078 del 14 luglio).

⁵⁹ Le Sezioni Unite hanno pronunciato tale principio di diritto con riferimento al codice deontologico forense. Considerate le similitudini tra i due modelli, il principio è da ritenersi applicabile anche al CDM: «le norme del codice disciplinare forense costituiscono fonti normative integrative di precetto legislativo, che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, come tali interpretabili direttamente dalla corte di legittimità» (Cass. civ. Sez. Unite, 20-12-2007, n. 26810). Cfr., inoltre, la sentenza n. 16145 del 2008, in materia di codice deontologico dei giornalisti.

⁶⁰ Cass. civ. Sez. Unite, sentenza 25 giugno 2013, n. 15873. Anche in questo caso si trattava del codice deontologico forense. La sentenza è citata anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 180 del 2018 in materia di astensione degli avvocati nei processi con detenuti. Cfr. inoltre Cass., Sez. III, 29 settembre 2015, n. 19246.

⁶¹ Nel primo articolo del CDM viene precisato che il Codice: «regola anche i comportamenti assunti al di fuori dell'esercizio professionale quando ritenuti rilevanti e incidenti sul decoro della professione».

⁶² L. 11.01.2018 n. 3, art. 4.

⁶³ Cfr., ad esempio, CCEPS 15.12.14, n.43 e, in riferimento a fatti commessi per servizio o per fatto di servizio da sanitari in rapporto di impiego, Id. 23.03.15, n.12 e 7.7.2017, n. 75 e Cass., III civ., 31.05.2006, n. 13004.

⁶⁴ La decisione è stata adottata dall'Ordine dei medici di Bologna e ha sollevato aspri dibattiti, le cui diverse posizioni e prospettive sono riportate sul sito Quotidiano Sanità. Cfr., ad esempio, le "lettere al direttore" del Pre-



Il codice deontologico ha, inoltre, una rilevanza “esterna” indiretta, quindi in via interpretativa attraverso il riferimento ad altri principi, concetti, clausole e norme dell’ordinamento giuridico. La norma deontologica, infatti, proprio perché si inserisce, esplicitamente o implicitamente, tra le fonti che disciplinano l’attività medica, può “entrare” nelle valutazioni giurisprudenziali della condotta del professionista.

La disciplina contenuta nel codice deontologico può così definire nel concreto il contenuto della disciplina giuridica attraverso il ruolo della giurisprudenza. Può, ad esempio, svolgere un ruolo nella concretizzazione di clausole generali e come parametro di valutazione della colpa nei giudizi di responsabilità professionale, sia civile sia penale⁶⁵. Si pensi all’individuazione giudiziale della condotta diligente⁶⁶ e della correttezza professionale o al ruolo della relazione terapeutica, quindi della relativa disciplina deontologica nell’individuazione della posizione di garanzia e della norma che impone al soggetto di tenere un determinato comportamento positivo la cui omissione assume rilevanza per il diritto penale.

È stato inoltre evidenziato il ruolo tipizzante del codice deontologico, dal quale il principio di determinatezza riceverebbe una «mediazione interpretativa importante a favore di una regola cautelare da concretizzare sulla falsariga dell’agente modello»⁶⁷.

Sempre in ambito penale, si pensi alla possibilità, sostenuta da parte della dottrina, benché ancora controversa, di classificare le regole deontologiche – in particolare le norme di natura cautelare o

sidente dell’Omceo di Bologna, Antonio Pizza (QS. 16.01.2019) e dell’ex Presidente dell’Omceo di Firenze, Antonio Panti (QS. 17.01.2019). La stessa questione, ossia la delega, a determinate condizioni, di alcune specifiche competenze agli infermieri nell’ambito dell’organizzazione dei servizi di emergenza, ha portato alla sospensione di alcuni medici che avevano dato attuazione ai protocolli legati alla delibera. La decisione è stata motivata prevalentemente, seppur con argomentazioni controverse e solo in parte condivisibili, sulla violazione della deontologia medica e sui rischi che, secondo l’ordine professionale, le normative contestate avrebbero potuto comportare per la salute dei cittadini. Per un commento critico, cfr. G. GRISTINA e G. BERTOLINI, *Possiamo ancora immaginare un nuovo ruolo per i medici italiani?*, in *Recenti Prog Med* 2016, 107, 213-217.

⁶⁵ Cfr., ad esempio, F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 277-289, secondo il quale il CDM ha «un’intrinseca finalità di interesse pubblico e in particolare di tutela degli interessi degli utenti, incidendo l’attività medica su beni oggetto di garanzia di livello costituzionale, come la vita e la salute», sottolineando come da ciò discenda che «il codice deontologico acquista rilevanza giuridica esterna, con efficacia erga omnes, in particolare nel campo del diritto civile e del diritto penale. Infatti, pur non essendo reputato dai più come fonte del diritto in senso proprio, viene a risaltare indirettamente in sede di interpretazione e applicazione del diritto». Sulla rilevanza “esterna” del CDM e sul relativo ruolo nell’ambito della responsabilità professionale, si vedano anche E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit. e G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2, 2007, 551.

⁶⁶ Quindi, ad esempio, alla lettura del principio in base al quale «nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata» di cui all’art. 1176 cc. anche alla luce delle norme deontologiche dettate dalla categoria per disciplinare l’attività stessa.

⁶⁷ M. CAPUTO, *op. cit.*, p. 147, secondo il quale con «la penetrazione delle regole deontologiche delle quali possa predicarsi una funzione cautelare [...] si assiste pertanto a un’ipotesi di diritto soft che, interagendo con un diritto hard, com’è per eccellenza il diritto penale, finisce per rendere più forte la tipicità colposa, esposta a una costitutiva fragilità, adeguandola a uno scenario dei rapporti medico-paziente meno paternalistico di una volta e più esigente nel richiedere al sanitario l’adempimento di doveri di informazione, aggiornamento e competenza».



precauzionale contenute nel CDM – quali “discipline” di cui all’art. 43 c.p. Nonostante i molti dubbi e problemi interpretativi, anche con riferimento alla stessa natura cautelare delle norme deontologiche, è stato ad esempio sostenuto come per il codice di deontologia medica – in ragione della richiamata specificità e rilevanza esterna delle sue norme e della maggiore vincolatività che esse hanno rispetto ad altre regole provenienti da organismi tecnico-scientifici – tali ricostruzione possa sollevare meno dubbi⁶⁸.

Sul punto è stato anche sottolineato come «(n)el diritto penale le norme deontologiche rappresentano ‘elementi normativi delle fattispecie’, in particolare nell’ambito dei reati colposi, posto che l’art. 43 c.p. definisce la colpa come inosservanza fra l’altro di “discipline”; e non è dubbio che i codici deontologici delle professioni e in specie quello medico costituiscono nei loro rispettivi ambiti modelli organici e dettagliati di ‘disciplina’»⁶⁹.

Interessante richiamare, a dimostrazione della rilevanza che le norme deontologiche possono avere nei giudizi di responsabilità, la sentenza con la quale la Corte di Cassazione si è pronunciata nel giugno 2018 in materia di contenzione (caso Mastrogiovanni)⁷⁰. La Corte cita innanzitutto sia il codice di deontologia medica sia il codice deontologico degli infermieri nell’analizzare la natura della contenzione, escludendone la riconducibilità alla categoria dell’“atto medico” e limitandone le condizioni di liceità. L’aspetto che però merita maggiore attenzione per i profili che qui interessano è l’estensione della responsabilità a carico degli infermieri (esclusa in primo grado). La Corte, infatti, nell’escludere la scriminante (art 51 c. 3 c.p.) basata sull’esistenza di un rapporto di subordinazione gerarchica tra medici e infermieri, prende in considerazione il contenuto del codice deontologico della professione infermieristica e il rapporto tra questo e la fonte legislativa statale.

Più nello specifico, secondo i giudici il richiamo alla scriminante risulta improprio anche in considerazione «delle precise disposizioni del codice deontologico degli infermieri (art. 30 e 33), che richiedono a questi ultimi un comportamento attivo nella verifica della legittimità della contenzione» sotto il profilo sia sostanziale sia formale. Dopo aver richiamato diversi principi della disciplina deontologica rilevanti in materia di contenzione e di obblighi di protezione del paziente, la Corte precisa che «si tratta di veri e propri obblighi giuridici – autonomi rispetto a quelli previsti a carico del medico – in virtù di quanto prescritto dall’art. 1 della legge 10 agosto 2000 n. 251» che, al comma 10, prevede che “gli operatori delle professioni sanitarie dell’area delle scienze infermieristiche e della professione sanitaria ostetrica svolgono con autonomia professionale attività dirette alla prevenzione, alla cura e salvaguardia della salute individuale e collettiva, espletando le funzioni individuate dalle norme

⁶⁸ C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi. Dir. pen. cont.- Riv. trim.* 2013, 4, 51-71, p. 57 ss. e Id., *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Torino, 2018, p. 56 ss e p. 63. Sulla natura cautelare di alcune norme del CDM, cfr. nuovamente anche M. CAPUTO, *op. cit.*, p. 144 ss. e G. IADECOLA, *op. cit.*, p. 555. Sulla possibilità di considerare le norme deontologiche come “discipline” di cui all’art. 43 cp, cfr. anche, tra gli altri, A. PIZZORUSSO, che in *Il “codice etico” dei magistrati italiani*, in L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. EPINEUSE, R. SABATO (a cura di), *op. cit.*, p. 62, afferma «non sembra possibile escludere che norme come quelle comprese in un codice etico possano rientrare fra quelle la cui violazione può costituire (o concorrere a costituire) la colpa, ai sensi dell’art. 43, c.p., laddove esso parla di “inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”».

⁶⁹ F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 279.

⁷⁰ Cass., sez. V, sent. 20 giugno 2018, n. 50497.



istitutive dei relativi profili professionali nonché dagli specifici codici deontologici ed utilizzando metodologie di pianificazione per obiettivi dell'assistenza"».

I doveri deontologici, che assumono natura di obblighi giuridici attraverso la previsione legislativa, nel quadro dell'autonomia professionale riconosciuta ai professionisti possono acquisire quindi rilevanza tale da impedire l'esclusione della loro responsabilità penale.

5. Scelta orientata o disorientata dalla deontologia?

Nel quadro fin qui delineato, tornando all'interrogativo iniziale, ci si deve ora chiedere se la scelta deontologicamente orientata possa avere spazi ed effettività concreti nel complicato intreccio di fonti che incide sulla regolamentazione dell'attività medica, ponendosi come disciplina credibile nelle sfide attualmente poste dal rapporto tra autonomia e responsabilità professionale.

Se si affronta la questione alla luce delle richiamate potenzialità della deontologia, la risposta può essere affermativa.

Il codice deontologico, nel garantire e promuovere la qualità, la correttezza, le competenze e la formazione del medico a tutela dei diritti fondamentali della persona, coniuga la centralità delle accreditate conoscenze scientifiche con principi etico-professionali attenti alla specificità dei singoli casi concreti.

La deontologia, inoltre, può tenere conto di tutte queste dimensioni in una fonte definita dalla riflessione deontologica interna alla categoria professionale, supportata da una struttura ordinistica preordinata ad assicurarne la conoscenza, la discussione periodica, ma anche l'effettività nel momento di una sua violazione. Tale capacità di porsi al punto di incrocio tra scienza, etica e diritto attraverso un'elaborazione normativa fondata sulla competenza ed esperienza professionale le permette di integrare a più livelli la regolamentazione giuridica dell'attività medica.

L'apporto tecnico-scientifico ed etico-professionale può così porsi in dialogo con il diritto nel definire la cornice normativa di riferimento di una determinata pratica. La deontologia può però svolgere un ruolo anche nello spazio normativo che, tra la cornice di principi generali e astratti e la disciplina della relazione di cura, è caratterizzato dall'intervento di varie fonti di codificazione della scienza e della tecnica. Le regole deontologiche possono così assumere rilevanza nell'interpretazione in concreto delle linee guida, colmando – sia nella pratica quotidiana del professionista sanitario sia nelle valutazioni del giurista – lo spazio lasciato inevitabilmente libero dal ruolo delle «buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida» cui il medico deve, in base alla legge, attenersi «salve [appunto] le specificità del caso concreto»⁷¹.

È infine nel nucleo essenziale dell'alleanza terapeutica, nella complementarità delle autonomie e responsabilità che la caratterizzano, che emerge uno spazio di ineludibile rilevanza della deontologia, per come razionalizzata nel codice deontologico.

Se si affronta, invece, la questione contestualizzandola nelle criticità che il modello di deontologia italiano ancora presenta, la risposta, sul piano concreto e attuale, non può che essere negativa.

⁷¹ Art. 5 legge 24/2017. Cfr. supra nota n. 26.



Sono ancora molti, infatti, i profili rispetto ai quali sembra non più rimandabile una riflessione che coinvolga, non solo in termini di dialogo, ma anche di concreto impegno, tutti gli attori coinvolti (dalla categoria professionale ai giuristi, dalla comunità scientifica a quella sociale).

L'assenza di una definizione dei rapporti formali tra CDM e fonti del diritto non permette, ad esempio, di superare le menzionate incertezze interpretative e l'incoerenza di una fonte che, pur scarsamente considerata a livello legislativo, assume crescente rilevanza sul piano giurisprudenziale, con riflessi in alcuni casi concreti anche in termini di responsabilità professionale.

La scarsa conoscenza (sia interna sia esterna) del codice deontologico e un procedimento disciplinare la cui regolamentazione, in attesa dell'attuazione della nuova legge, è ancora ferma nelle linee essenziali agli anni cinquanta incidono sull'effettività della fonte deontologica, quindi sulla sua credibilità sia per i professionisti sia per le altre formanti giuridiche. La definizione delle garanzie e dei limiti dello strumento disciplinare rappresenta, infatti, un ulteriore ambito controverso, che la scarsa trasparenza e prevedibilità delle decisioni (in alcuni casi difficili da ricostruire perché poco accessibili, in altri con effetti tali da portare a sanzioni molto severe attraverso una controversa estensione dei poteri dell'ordine) non aiuta certo a superare.

Il codice deontologico è, inoltre, una fonte che, nonostante le potenzialità ricordate, trova nel principio democratico il suo limite tanto formale quanto sostanziale proprio perché espressione di un'unica categoria professionale. È quindi fondamentale, per poter sostenere un ruolo della deontologia sul piano concreto, lavorare sulla credibilità, trasparenza ed effettività del codice tanto nella sua applicazione quanto nel momento di una sua violazione.

La piena adesione e valorizzazione della deontologia passa altresì dal livello di apertura e condivisione che la categoria professionale riesce ad avere nella fase di elaborazione del codice, affinché la deontologia non sia solo un elemento di pluralismo normativo e assiologico, ma anche uno strumento per la tutela e ragionevole gestione di tali pluralismi, tanto nell'elaborazione normativa quanto nella pratica quotidiana.

Si tratta di alcuni degli elementi sui quali avviare una riflessione congiunta per costruire un modello diverso, che permetta di rendere la scelta orientata dalla deontologia una scelta anche "costituzionalmente orientata", in sintonia con i principi dell'ordinamento, evitando altresì che la pluralità di normative e fonti disorienti il medico.

Superare le richiamate criticità è una condizione essenziale per rendere i codici deontologici intermediari concreti e credibili tra diritto e medicina, nell'ottica di un bilanciamento più coerente tra i modelli di autonomia e responsabilità che le due dimensioni esprimono.

In tale contesto potrebbe così inserirsi in maniera più efficace una riflessione sui rapporti tra linee guida e deontologia in grado di coniugare, per quanto possibile, esigenze di certezza e flessibilità, contro il rispetto acritico di fonti precostituite che, benché potenzialmente più rassicurante sul piano della colpa professionale, tradisca nel concreto il perseguimento degli scopi più autentici della professione. Un modello che permetta, quindi, ai professionisti sanitari, come nel caso presentato dal dott. Beggio⁷², non solo di essere in grado, ma anche di essere messi nelle condizioni di assumersi, con il necessario livello di serenità rispetto a logiche "difensive", la responsabilità di contraddire o anticipare la letteratura scientifica per una migliore tutela dei diritti della persona assistita.

⁷² Cfr. il contributo di GIACOMO BEGGIO nel presente volume.

Autonomia decisionale nella quotidianità clinica

Giacomo Beggio*

DECISIONAL INDEPENDENCE IN EVERYDAY CLINICAL PRACTICE

ABSTRACT: Biological and clinical researches lay the foundation for the evolution of medical knowledge. Their consequent application in a clinical context offers the possibility of diagnostic and therapeutic process evolution. The recent shift towards a more defensive medicine, which is encouraged by a growing amount of medico-legal issues, induces the necessity for more rigid guidelines. These clinical recommendations offer more safety to the clinician but can severely limit the scientific progress. In this context, the physician can in fact risk a possible downgrade to simple executor of medical protocols. Medicine is therefore at a crossroads between a safe application of proved therapeutic schemes and a riskier, but advised, clinical innovation.

KEYWORDS: clinical practice; defensive medicine; scientific innovation; clinical research

SOMMARIO: 1. Attività medica e aggiornamento continuo – 2. Linee Guida – 3. *Evidence Based Medicine* nella quotidianità clinica – 4. *Patient Oriented Evidence that Matters (POEM)* e implicazioni sull'aggiornamento terapeutico.

1. Attività medica e aggiornamento

L'attività medica trova le sue fondamenta su basi che portano, tramite la continua evoluzione e il perpetuo avanzare delle conoscenze scientifiche, l'esecutore materiale dell'attività di cura ad intraprendere un percorso di diagnosi e successivamente di trattamento secondo metodologie efficaci e con ridotti rischi di complicazioni ed insuccesso.

Le fonti su cui il Medico basa il proprio operato sono la formazione universitaria e la Scuola di specializzazione, che pongono le basi teoriche, la prima, e pratiche, la seconda, per la successiva vita lavorativa. L'intrinseca staticità delle conoscenze maturate durante gli studi necessita successivamente di un percorso istituzionale e personale di continua progressione culturale, al fine di rimediare ad errori conoscitivi e conseguentemente attuativi nel processo di cura. Tale necessità è confermata nell'articolo 3 del Codice Deontologico che chiarisce come «i doveri del medico» siano «la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona». Tali doveri, come specificato nella prosecuzione del medesimo articolo, devono basarsi su «competenze, specifiche ed esclusive» che devono essere «integrate e ampliate dallo sviluppo delle conoscenze in medicina, delle abilità tecniche e non tecniche connesse alla pratica professionale, delle innovazioni organizzative e gestionali in sanità, dell'insegnamento e

* Dirigente Medico specialista in Neurochirurgia, AULSS 8 Berica, Ospedale San Bortolo, Vicenza. Mail: Giacomo.beggio@aulss8.veneto.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

della ricerca». A tal fine interviene la produzione scientifica continua, che unisce trasversalmente il mondo universitario e ospedaliero.

L'approccio all'aggiornamento, tuttavia, ha subito parzialmente un cambio di prospettiva valoriale. Anziché da motivazioni etiche, morali e deontologiche, il sanitario risulta spinto all'adempimento degli obblighi di formazione continua al fine di garantirsi l'indennità da censure di responsabilità professionale oltre che per ottemperare a specifiche clausole spesso previste dalle polizze per la r.c. professionale, che forniscono la copertura assicurativa nel solo caso in cui il medico risulti in regola con la formazione obbligatoria.

La crescita della diffidenza sociale e la perdita del rapporto fiduciario tra contraente ed esercente il processo di cura ha rafforzato ancor più l'esigenza delle strutture organizzative sanitarie di ricorrere a sistemi di protezione dei propri operatori. Tali soluzioni sono rappresentate dai protocolli aziendali, che, prendendo come base le linee guida nazionali e internazionali pubblicate su riviste specialistiche indipendenti, indirizzano maggiormente le scelte cliniche del Medico specialista. In tal modo, esse dovrebbero garantire il mantenimento degli spazi di libertà diagnostica e terapeutica all'interno del confine dello "scientificamente provato e approvato", proteggendo la struttura sanitaria e il Medico stesso da possibili ripercussioni in sede civile o penale.

Tentativi di porre una soluzione alla questione della responsabilità medico-legale dei professionisti sanitari sono stati condotti dai recenti Governi e sono sfociati nell'ultima riforma d'ambito sanitario, la legge 8 marzo 2017, n.24, detta Gelli-Bianco. Posta come caposaldo la necessità di giudicare l'operato del Medico secondo la letteratura scientifica più aggiornata, il *focus* della recente riforma si è concentrato sull'esigenza di Linee guida italiane che potessero, collocate nell'ambito internazionale, essere specchio del buon operato contestualizzato nei confini nazionali. Prima di questo mutamento di riferimenti, le scelte clinico-diagnostiche dell'operatore sanitario trovavano il loro fondamento nelle linee guida maggiormente accreditate a livello internazionale, prodotte da organizzazioni solitamente a base continentale, europea o statunitense, che elaboravano tramite meta-analisi la specifica letteratura scientifica.

L'inversione di tendenza introdotta dalla nuova riforma prevede una selezione da parte del Ministero della Salute italiano di organizzazioni e società scientifiche da accreditare per la produzione di specifiche indicazioni di indirizzo clinico nei differenti ambiti medico-specialistici, con cadenza biennale. A fronte di questa nuova scelta, ci si scontra, però, con la realtà della produzione stessa delle suddette linee guida: da un lato, la mancanza effettiva fino a questo momento di una produzione di raccomandazioni che guidino il clinico, dall'altro, la possibile difficoltà organizzativa, anche dal punto di vista economico, dell'ottenimento nei tempi di legge dei prodotti scientifico-pragmatici richiesti.

In questa fase di cambiamento legislativo, come indicato dall'articolo 5 comma 1 della legge n.24 dell'8 marzo 2017, «in mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».

Al singolo Medico, pertanto, in questo momento storico vengono delegate entrambe le mansioni, esecutiva e di controllo. Se, da un lato, l'assenza di chiari riferimenti porta il professionista sanitario a scontrarsi con il rischio della mancanza di copertura assicurativa, dall'altro, questa involontaria fase di riacquisita autonomia pone davanti al dilemma caratterizzante attualmente l'attività sanitaria: il Medico deve divenire effettivamente un mero esecutore di protocolli pratici o, grazie alla cultura

scientificamente ottenuta durante il percorso di studio e ricerca e prodotta durante la vita lavorativa, può elaborare e applicare scelte maggiormente autonome?

2. Linee Guida

La recente riforma prevede che il sanitario, in assenza di raccomandazioni nazionali, possa adeguarsi a quelle che sono definite le linee guida internazionali maggiormente accreditate o che possa scegliere vie alternative, se ritenute valide, da giustificare con supporto di letteratura specifica, per il singolo caso clinico. Per quanto riguarda la libertà di scelta, a priori più limitata, nell'ambito del percorso tracciato dalle linee guida, si deve porre l'accento sulla tipologia di indirizzo che queste possano dare al Medico e sulla loro validità temporale in un contesto di evoluzione culturale scientifica continua.

A tal proposito, l'esposizione di casi specifici può chiarire il ruolo delle linee guida nel condurre e giustificare l'operato medico.

Il primo esempio è relativo alle indicazioni prodotte dalla American Heart Association/ American Stroke Association sul trattamento dell'emorragia intraparenchimale cerebrale spontanea, pubblicate nella rivista mensile *Stroke* nel 2015¹.

Nonostante l'esperienza maturata dall'evoluzione di conoscenze e di tecnologie in ambito neurologico e neurochirurgico, vengono offerte al clinico scelte differenti, quella medica conservativa e quella chirurgica, i limiti delle quali risultano, alla luce delle attuali evidenze scientifiche, ancora parzialmente sfuocati.

Spesso la presenza di un'emorragia estesa cerebrale pone, infatti, il medico di fronte a soluzioni che porterebbero alla sopravvivenza del paziente ma con prognosi funzionali scarse. Da qui si apre la discussione sulla necessità di trattamenti invasivi in tali situazioni.

La scelta per un'evacuazione precoce, rispetto al solo trattamento medico, è chiara e consigliata in pazienti a rischio di sopravvivenza o in caso di deterioramento neurologico progressivo in presenza di emorragia a livello cerebellare.

Per quanto riguarda le emorragie sopratentoriali, al contrario, l'utilità della chirurgia non è ben stabilita. L'evacuazione precoce non permette di ottenere chiari benefici rispetto all'evacuazione quando l'ematoma determini peggioramento neurologico, considerando la manovra, pertanto, «a life-saving measure»².

Se, dunque, la chirurgia assume un ruolo salvavita, il problema sull'indicazione al trattamento invasivo insorge nei pazienti cosiddetti da non resuscitare, DNAR (do-not-attempt-resuscitation). Nelle linee guida si consiglia l'assenza di indicazione chirurgica per i pazienti DNAR mentre per i restanti si

¹ J.C. HEMPHILL 3RD, S.M. GREENBERG, C.S. ANDERSON, K. BECKER, B.R. BENDOK, M. CUSHMAN, G.L. FUNG, J.N. GOLDSTEIN, R.L. MACDONALD, P.H. MITCHELL, P.A. SCOTT, M.H. SELIM, D. WOO, AMERICAN HEART ASSOCIATION STROKE COUNCIL, COUNCIL ON CARDIOVASCULAR AND STROKE NURSING, COUNCIL ON CLINICAL CARDIOLOGY, *Guidelines for the Management of Spontaneous Intracerebral Hemorrhage: a guideline for healthcare professionals from the American Heart Association/American Stroke Association*, in *Stroke*, 46, 2015, pp. 2032-2060.

² J.C. HEMPHILL 3RD, S.M. GREENBERG, C.S. ANDERSON, K. BECKER, B.R. BENDOK, M. CUSHMAN, G.L. FUNG, J.N. GOLDSTEIN, R.L. MACDONALD, P.H. MITCHELL, P.A. SCOTT, M.H. SELIM, D. WOO, AMERICAN HEART ASSOCIATION STROKE COUNCIL, COUNCIL ON CARDIOVASCULAR AND STROKE NURSING, COUNCIL ON CLINICAL CARDIOLOGY, *Guidelines for the Management of Spontaneous Intracerebral Hemorrhage: a guideline for healthcare professionals from the American Heart Association/American Stroke Association*, cit., p. 2046.

raccomanda il massimo trattamento possibile, sia medico che chirurgico, consigliando la sospensione della cura dopo 48 ore per i soggetti su cui si è posta l'indicazione DNAR dopo l'evento ictale. Tale consiglio si basa sul sospetto di errori di valutazione prognostica funzionale legati a intransigenti indicazioni alla sospensione della terapia in pazienti con sospetto *outcome* neurologico negativo.

Alla luce del documento prodotto dalle Società scientifiche American Heart Association/American Stroke Association emerge la volontà di coprire tutte le sfaccettature possibili della realtà con cui il Clinico può avere a che fare, ma appare ad ogni modo evidente la giustificazione di scelte opposte in casi limite.

Altro esempio di previsione di indirizzi terapeutici ad un primo sguardo univoci si può evidenziare nelle indicazioni al trattamento dell'ernia discale sintomatica. La Società Italiana di Ortopedia e Traumatologia, nelle linee guida pubblicate nel 2016³, descrive, come elemento necessario per porre indicazione chirurgica all'asportazione di ernie discali, la presenza di sintomatologia algica per una durata maggiore a sei settimane, con fallimento della terapia analgesica e medica conservativa. Allo stesso tempo, se concordato con il paziente, il Curante può indicare la via chirurgica a tempo zero rispetto all'insorgenza del dolore se vi è la presenza di sciatica iperalgica.

Nella pratica quotidiana, la quasi totalità dei pazienti che lamentano un dolore da compressione radicolare lombare definisce i propri sintomi come insopportabili, tanto farli approdare alla valutazione specialistica neurochirurgica in seguito all'accesso al Pronto Soccorso. Pertanto, attenendosi alle suddette indicazioni pubblicate sul Giornale Italiano di Ortopedia e Traumatologia, il medico può decidere, in modo ugualmente giustificato e legittimo, di forzare una strategia attendista, massimizzando il trattamento medico sulla base della storia naturale della patologia, o di proporre un percorso chirurgico più aggressivo, anche in termini di possibile morbilità, alla luce della sintomatologia del paziente.

Un ultimo caso, sempre di ambito neurochirurgico, riguarda le indicazioni al trattamento di difetti della volta cranica in età pediatrica. L'evoluzione della conoscenza che si è evidenziata negli ultimi anni in merito a materiali sostitutivi ossei, ha portato ad una piccola rivoluzione nella selezione del gruppo di pazienti potenzialmente beneficiari di questo tipo di trattamento. Già verso la fine del primo decennio degli anni 2000, e soprattutto nei primi anni della seconda decade, la possibilità di protesi personalizzate in materiali osteointegranti era realtà. La letteratura, e conseguentemente le indicazioni maggiormente accreditate nella comunità medica internazionale, ponevano, però, come limite minimo per l'impianto l'età di 7 anni. La scelta dell'utilizzo di plastiche ossee osteointegranti in pazienti più giovani, nonostante i presupposti di buon *outcome*, risultava pertanto *off-label*, a discrezione e conseguentemente a responsabilità piena del Chirurgo proponente. Solo nel 2015, una revisione dei singoli casi eseguiti in ambito europeo oltre le restrizioni d'età precedentemente imposte ha permesso di abbassare la soglia di età raccomandata⁴.

Questi tre esempi permettono di far emergere due temi fondamentali. Per primo, la libertà di scelta

³ V. DENARO, G. BARNESCHI, M. CROSTELLI, M. DOBRAN, A. DI MARTINO, C. FALDINI, G. GULINO, M. PALMISANI, N. PAPAPIETRO, P. VIGANÒ, *Linea guida per la diagnosi ed il trattamento dell'ernia del disco lombare con radicolopatia*, in *Giornale Italiano di Ortopedia e Traumatologia*, 42, 2016, pp. 118-136.

⁴ P. FRASSANITO, G. TAMBURRINI, L. MASSIMI, C. DI ROCCO, A. NATALONI, G. FABBRI, M. CALDARELLI, *Post-marketing surveillance of CustomBone Service implanted in children under 7 years old*, in *Acta Neurochirurgica (Wien)*, 157, 2015, pp. 115-121.

medica nel percorso diagnostico e di trattamento alla luce della produzione scientifica e, per secondo, l'assenza delle caratteristiche di assolutezza e rigidità nella "buona pratica" che può essere fornita dalle linee guida stesse.

3. Evidence Based Medicine nella quotidianità clinica

Dall'analisi dei tre precedenti casi di linee guida emerge la volontà da parte della comunità medica internazionale di tenere aperte più strade possibili nelle soluzioni terapeutiche, in modo da maturare esperienza scientifica tale da giustificare con livelli di evidenza elevati i trattamenti proposti. Tuttavia, l'assenza di univocità nella soluzione di problemi clinici quotidiani ha fatto emergere un sentimento di insicurezza diffuso nella categoria medica. Sempre facendo riferimento alle linee guida prodotte dalla Società italiana di Ortopedia e Traumatologia in merito alla sciatalgia, compare proprio l'auspicio di un ribaltamento di orizzonte nelle indicazioni terapeutiche. Secondo Denaro e collaboratori «in questo campo l'EBM (Evidence Based Medicine) ha dimostrato grossi limiti nel fornire indicazioni pratiche ed è sempre più sentita la necessità che l'EBM venga sostituita dalla POEM (Patient Oriented Evidence that Matters) cioè da studi che rivestano una maggiore importanza pratica e che possano orientare maggiormente le decisioni dei medici nell'attività clinica quotidiana»⁵. Tale necessità risulta giustificata dall'esigenza di fornire trattamenti standardizzati al paziente con il fine di migliorare l'*outcome* dello stesso e risulta al tempo stesso supportata dall'attuale sistema assicurativo e legislativo.

Proprio il passaggio verso la POEM, e la sua estensione pratica nei protocolli clinico-terapeutici, avviene in questo momento il fulcro su cui la medicina italiana porrà le basi per la sua futura evoluzione. L'individuazione di vie ben tracciate, se da un lato dimostra la volontà di una più corretta e uniforme applicazione degli schemi di trattamento, dall'altro è necessaria per tutelare maggiormente l'operato del Medico nel caso in cui questo venisse sottoposto a giudizio. La struttura del procedimento penale e l'analisi dell'operato del clinico in ambito civilistico, per poter esprimere giudizi di responsabilità, necessitano di basi ben determinate. L'EBM, che fornisce principi d'indirizzo clinico, non risulta oggettivabile in univoci schemi di confronto e, pertanto, non risulta efficace come guida pratica.

4. Patient Oriented Evidence that Matters (POEM) e implicazioni sull'aggiornamento terapeutico

L'adattamento clinico alla medicina difensivistica, con l'applicazione della POEM, risulta rassicurante per il soggetto attivo nella fase di cura, ma si pone in contrasto pieno con la natura stessa della Medicina moderna. Il sapere, in particolare nella sua declinazione pratica, fornisce in primo luogo mezzi d'applicazione intrinsecamente perfettibili. Il metodo scientifico, in seconda battuta, giustifica il sapere basandosi sull'esperienza che porta con sé la caratteristica di temporalità. In particolare il terzo

⁵ V. DENARO, G. BARNESCHI, M. CROSTELLI, M. DOBRAN, A. DI MARTINO, C. FALDINI, G. GULINO, M. PALMISANI, N. PAPAPIETRO, P. VIGANÒ, *Linea guida per la diagnosi ed il trattamento dell'ernia del disco lombare con radicolopatia*, in *Giornale Italiano di Ortopedia e Traumatologia*, cit., p. 128.

esempio di linea guida, relativo all'applicazione di protesi craniche in materiali biocompatibili, chiarisce il concetto di evoluzione temporale dell'orientamento pratico fornito dalla letteratura scientifica. Tale assunto prende ancor più valore nell'ambito chirurgico, che gode di una stretta collaborazione con il mondo ingegneristico e produttivo, il quale fornisce con sempre maggior frequenza strumenti innovativi per aiutare l'operatore a trovare soluzioni più efficaci.

Anche alla luce di ciò, l'idea di una cristallizzazione delle linee guida e delle pratiche mediche risulta con tutta evidenza incongruente con il progresso intrinseco delle basi culturali che sostengono i processi diagnostici e curativi.

Nel mondo anglosassone l'evoluzione della Medicina viene descritta dall'espressione *from bench to bedside*, letteralmente dal bancone del laboratorio al letto del paziente. Si chiarisce in tal modo la stretta correlazione tra la ricerca biologica di base e l'applicazione dei risultati con studi clinici. Porre un limite, o semplicemente teorizzare un restringimento dell'applicazione di nuove soluzioni terapeutiche, potrebbe indurre la perdita di uno dei due pilastri fondanti l'evoluzione del sapere medico. La necessità, quindi, da parte degli operatori, di una maggiore sicurezza in ordine al giudizio sul proprio operato pone all'attenzione comune il quesito relativo all'identificazione del soggetto concreto a cui viene delegata la responsabilità dell'applicazione pratica dell'innovazione terapeutica. La scelta di applicare nuovi protocolli, pur contemplata dalle attuali indicazioni di legge, sembra, però, venir delegata al singolo, soggetto sempre più isolato e maggiormente a rischio nell'ambito della medicina italiana. L'altra soluzione sembrerebbe quella di delegare a operatori sanitari di altri Paesi tale scelta, elaborando risultati dell'operato dalla letteratura scientifica internazionale. Tale scelta comporterebbe certamente una riduzione del rischio clinico, inducendo però due effetti negativi nei confronti della pratica medica. Da un lato, il Medico perderebbe la capacità e la spinta innovatrice riducendosi ad un mero applicatore di regole derivanti da protocolli ben delineati, dall'altro, la Medicina italiana verrebbe relegata ad un ruolo di dipendenza e rincorsa degli aggiornamenti terapeutici prodotti da altre organizzazioni sanitarie internazionali.

Voluntary Euthanasia, Assisted Suicide & Law Reform: A Sketch of the Canadian Experience

*Thomas McMorrow**

ABSTRACT: This paper outlines the recent Canadian experience of replacing the blanket prohibition of assisted suicide and voluntary euthanasia with a new regulatory regime for “medical assistance in dying”. The aim is to illustrate how lawmakers in Canada have pursued the project that the Italian Constitutional Court has urged Italy’s parliament to undertake. Thus, the paper traces the arguments behind this law reform and highlighting ongoing disagreements over the manner in which it reconciles the protection of constitutional rights and the pursuit of particular policy objectives. Of course, the constitutional structures, political dynamics, medical cultures, and legal systems of these two countries differ in potentially salient ways. This paper is not a case for substituting Canada’s MAID regime for Italy’s current end-of-life laws whole cloth. Instead, the goal is to signal ways of thinking about, and responding to, some of the more pressing and difficult challenges to which efforts at law reform in this area may give rise.

KEYWORDS: euthanasia, assisted suicide, law reform, medical assistance in dying

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. Shift in the Supreme Court of Canada’s Constitutional Interpretation – 3. The New Legislative Framework – 4. Ongoing Disagreement about Who Gets to Access MAID – 5. Research and Reports on the Road to Law Reform – 6. Conscientious Objection and Equitable Access to MAID – 7. Conclusion.

* *Visiting Scholar, Fall 2018, Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza; Associate Professor of Legal Studies, University of Ontario Institute of Technology. Mail: thomas.mcmorrow@uoit.ca. The article was subject to a double-blind peer review process.*



1. Introduction **

In light of the Corte costituzionale inviting Parliament to reflect on and redress any constitutional imbalance in the present criminal law framework for end of life decision-making,¹ this paper offers a general synopsis of the Canadian experience grappling with the question of how law should govern medical assistance in dying in a constitutional manner.² I provide an overview of the legal changes Canada has seen in this area, highlighting features of potential relevance in the Italian context. Canada's Supreme Court and Parliament have played important roles in bringing about these reforms. I highlight tensions over the current state of the law—namely, concerning the criteria for lawful access to medical assistance in dying (the term used in Canadian legislation to designate lawful forms of assisted suicide and voluntary euthanasia).³ First, I summarize the reasoning behind the Supreme Court of Canada's invalidation of the blanket prohibition of voluntary euthanasia and assisted suicide. Next, I sketch key features of the new legislative regime regulating access to medical assistance in dying (MAID). Third, I address criticisms of how the present law restricts access to MAID. Fourth, I note the variety of publicly commissioned studies that have contributed to informing the public debate and deliberation on the topic. Lastly, I address the issue of conscientious objection to MAID among health care professionals. Given the distinctive constitutional structures, political dynamics, legal systems, and medical cultures of Canada and Italy, the legislative approaches adopted in these two countries to governing end of life decision-making will necessarily differ. Although this essay does not provide an exhaustive survey, the aim is to flag certain features of the Canadian experience to inform Italian research, reflection, debate, and reform in this area.

2. Shift in the Supreme Court of Canada's Constitutional Interpretation

In 1993, the Supreme Court of Canada (in a 5:4 decision)⁴ rejected a constitutional challenge to the blanket prohibition on voluntary euthanasia and assisted suicide.⁵ Sue Rodriguez, a 42-year-old

** This article is based on a research report prepared for the National Bioethics Committee. My thanks to Simone Penasa, Carlo Casonato, Cinzia Piciocchi, Marta Tomasi, and Lucia Busatta for stimulating and insightful exchanges on these and other matters. Any errors in this article are of course my responsibility alone.

¹ See "Caso Cappato", ordinanza no. 207, 2018: "Va dunque conclusivamente rilevato che, laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale."

² See T. MCMORROW, *MAID in Canada? Debating the Constitutionality of Canada's New Medical Assistance in Dying Law*, in 44:1 *Queen's Law Journal* 69, 2018. See also H. STEWART, *Constitutional Aspects of Canada's New Medically-Assisted Dying Law*, in 85 *SCLR* (2nd) 435, 2018 Cf. T. LEMMENS, H. KIM, E. KURZ, *Why Canada's Medical Assistance in Dying Legislation Should Be C(h)arter Compliant and What it May Help to Avoid*, in 11:1 *McGill JL & Health* S61, 2018.

³ See Bill C-14, *An Act to Amend the Criminal Code and to Make Related Amendments to Other Acts (Medical Assistance in Dying)*, 1st Sess, 42nd Parl, 2016 (assented to 17 June 2016), SC 2016, c 3 [*Bill C-14*].

⁴ *Rodriguez v British Columbia (Attorney General)* [1993] 3 SCR 519, 107 DLR (4th) 342 [*Rodriguez*].

mother suffering from amyotrophic lateral sclerosis, had argued that criminalizing the act of assisting her to end her life unjustifiably infringed her rights to equality (s 15.1),⁶ “life, liberty and security of the person”⁷ (s 7) and “freedom from cruel and unusual punishment” (s 12) guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority of the Court did not find a section 7 or section 12 infringement but concluded that, assuming the law did infringe Rodriguez’s section 15 equality right, the infringement was nevertheless justified in a free and democratic society.

Twenty-two years later, in 2015, the Supreme Court in *Carter v Canada*⁸ reversed its decision in *Rodriguez*. The Supreme Court justified revisiting its decision in *Rodriguez* on the basis of changes in its jurisprudence on section 7 of the *Charter*, as well as differences in the relevant “matrix of legislative and social facts” arising in the over two decades since it had made the ruling.⁹ The Court affirmed the trial judge’s findings that a moral or ethical distinction between passive and active euthanasia no longer enjoys widespread acceptance; that “halfway measures” between a blanket ban and unfettered access may in fact protect the vulnerable; and that no more is there a “substantial consensus” in Western countries that a blanket ban is the only way to prevent passage down a slippery slope.¹⁰ In addition, the Court relied on a twenty-year evolution in its own approach to interpreting section 7 of the *Charter* to justify returning to the issues decided in *Rodriguez*.¹¹ The Court observed that “the right to life is engaged where the law or state action imposes death or an increased risk of death on a person, either directly or indirectly”.¹² Because, in the Court’s view, the blanket prohibition on physician-assisted suicide had “the effect of forcing some individuals to take their own lives prematurely, for fear that they would be incapable of doing so when they reached the point where suffering was intolerable”, it engaged the right to life.¹³ Furthermore, the Court saw the impugned legislation en-

⁵ See RSC 1985, c C-46, ss 14, 241(b) as they appeared on 15 October 2014 [*Criminal Code*]. Section 14 stated that “[n]o person is entitled to consent to have death inflicted on him, and such consent does not affect the criminal responsibility of any person by whom death may be inflicted on the person by whom consent is given” (*ibid*, s 14). Section 241(b) stated that “everyone who (...) aids or abets a person in committing suicide commits, whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years” (*ibid*, s 241(b)).

⁶ Section 15 states: “Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”. Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11 [Charter]*.

⁷ Section 7 states: “Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.” *Ibid*.

⁸ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5 [*Carter*]. See also *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886 (for the trial judge, Smith J’s, lengthy and extensive reasons for judgment). Compare diverging commentary on this ruling in D.L. BESCHLE, *Carter v. Canada (Attorney General): Canadian Courts Revisit the Criminalization of Assisted Suicide*, in 59 *Wayne L Rev* 56, 2013 and J. KEOWN, *A Right to Voluntary Euthanasia? Confusion in Canada in Carter*, in 28 *ND J L Ethics & Pub Pol’y* 1, 2014. In *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 435, the British Columbia Court of Appeal overturned the trial judge’s decision but the Supreme Court of Canada reversed this ruling.

⁹ *Carter*, *ibid* at para 47. See the dissenting judgment of McLachlin and L’Hereux-Dube JJ, *Rodriguez*, *supra* note 4 at 616-629, for striking similarities in the reasoning behind the Court’s unanimous decision in *Carter*.

¹⁰ *Ibid*.

¹¹ *Charter*, *supra* note 6, s 7.

¹² *Carter* 2015, *supra* note 8 at para 62.

¹³ *Ibid* at para 57.

gaging the rights to liberty and security of the person since the former involves “the right to make fundamental personal choices free from state interference” and the latter concerns “control over one’s bodily integrity free from state interference”.¹⁴ That is because “[a]n individual’s response to a grievous and irremediable medical condition is a matter critical to their dignity and autonomy.”¹⁵ In the Court’s view, the blanket prohibition denied someone in this situation the right to make decisions concerning their bodily integrity and medical care and thus trenched on their liberty.¹⁶ Furthermore, by leaving them to endure intolerable suffering, it infringed their right to security of the person.¹⁷

According to the Court’s section 7 jurisprudence, a law infringing the right to life, liberty or security of the person fails to accord with the principles of fundamental justice when it is arbitrary, overbroad, or has consequences grossly disproportionate to its object.¹⁸ The Court found that the object of the prohibition was not “to preserve life, whatever the circumstances” but to prevent “vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness.”¹⁹ In this case, the prohibition was not protecting a vulnerable person; it was limiting the rights of a competent, capable individual; therefore, the ban was overbroad.

The Court acknowledged that Gloria Taylor, the lead plaintiff in *Carter*, would not be able to execute her considered decision to end her life at the point her suffering became unbearable, unless she received physical assistance. The law made it a crime for any physician to actively end her life or aid her in doing so, even though that same physician would be obliged to let her die by withholding or withdrawing life-saving treatment and denying her artificial hydration and nutrition, if she so requested. Furthermore, the Court noted that issues of decisional capacity and vulnerability arise in all end-of-life medical decision-making.²⁰ Since the law lets injured, ill and disabled patients decide if they wish to refuse (or request withdrawal) of life-sustaining treatment or receive palliative sedation, the Court reasoned that there is no reason to assume those seeking active medical assistance in dying are any more vulnerable or susceptible to biased decision-making.²¹ The Court concluded that the law left a person in Gloria Taylor’s situation with a “cruel choice”: “take her own life prematurely, often by violent or dangerous means, or...suffer until she dies from natural causes.”²²

The question remained, though, whether the section 7 infringement could be saved under section 1, which permits restrictions on *Charter* rights if they are found to be “reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”.²³ Although acknowledged to

¹⁴ *Ibid* at 64.

¹⁵ *Ibid* at para 66.

¹⁶ See *ibid*.

¹⁷ See *ibid*.

¹⁸ See *ibid* at para 72. See also *Canada (Attorney General) v Bedford*, 2013 SCC 72. See Hamish Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto: Irwin Law, 2012) (expanding on section 7 jurisprudence, including other principles of fundamental justice cited therein).

¹⁹ *Carter*, *ibid* at para 78. See also *ibid* at paras 70–92.

²⁰ *Ibid* at para 115.

²¹ *Ibid*.

²² *Ibid*.

²³ *Charter*, *supra* note 6. In full, section 1 states: “The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.” *Charter*, *supra* note 6. See G. HUSCROFT, B.W. MILLER, G. WEBBER

be prescribed by law, and related to a pressing and substantial objective, the restriction failed the Court's proportionality test.²⁴ Based on the findings of the trial judge, the Court concluded that the blanket prohibition was not necessary to substantially meet the government's objective, and consequently, was not minimally impairing. The Court wrote:

The inquiry into minimal impairment asks "whether there are less harmful means of achieving the legislative goals"... The burden is on the government to show the absence of less drastic means of achieving the objective "in a real and substantial manner"...The analysis at this stage is meant to ensure that the deprivation of *Charter* rights is confined to what is reasonably necessary to achieve the state's object.²⁵

The Court then stated that the case came down to the question of "whether the absolute prohibition on physician-assisted dying, with its heavy impact on the claimants' s. 7 rights to life, liberty and security of the person [was] the least drastic means of achieving the legislative objective".²⁶ It ultimately affirmed the trial judge's conclusion "that a permissive regime with properly designed and administered safeguards was capable of protecting vulnerable people from abuse and error".²⁷

Therefore, the Court held that the ban infringed section 7 of the *Charter* in a manner that could not be justified under section 1. In light of reaching this conclusion, the Court deemed it unnecessary to consider whether the prohibition also unjustifiably infringed the *Charter's* section 15 equality guarantee.²⁸ Had the Court treated *Carter* as foremost an equality case, about "a right of access to disability accommodation,"²⁹ then the blanket prohibition would have been struck down on the basis that the law barred certain people from ending their lives on account of their physical disability.

Thus, in its remedy, the Court did not make having a physical disability that impairs a person from taking one's own life a prerequisite for accessing lawful physician aid in dying. The Court declared the relevant Criminal Code provisions

void insofar as they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life; and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition.³⁰

In this way, the Court laid out constitutional parameters for the criminal law. In a move the Italian constitutional court has just cited, the Court suspended its declaration of invalidity³¹ from taking ef-

(eds), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, 2014 (featuring a variety of scholarly contributions on the titular themes).

²⁴ See *Carter*, *supra* note 8 at paras 94–123.

²⁵ *Ibid* at para 102 [citations omitted].

²⁶ *Ibid* at para 103.

²⁷ *Ibid* at para 105.

²⁸ *Ibid* at para 93.

²⁹ D. LEPOKSY, *Carter v. Canada (Attorney General), The Constitutional Attack on Canada's Ban on Assisted Dying: Missing an Obvious Chance to Rule on the Charter's Disability Equality Guarantee*, (2016) 76 *SCLR* (2nd) 89 at 91.

³⁰ *Carter*, *supra* note 8 at para 127.

³¹ See S. BURNINGHAM, *A Comment on the Court's Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in Carter v Canada*, in 78 *Sask L Rev* 201, 2015. See generally B. RYDER, *Suspending the Charter*, in 21 *SCLR* (2nd) 267, 2003;

fect for twelve months.³² Moreover, as reflected in the Court's adoption of the expression "physician assisted dying"— rather than the terms, "euthanasia" and "assisted suicide" used in *Rodriguez*— the *Carter* decision inaugurated a marked shift in official Canadian legal and political discourse on the subject.³³ Thus, this landmark court decision had both symbolic, as well as instrumental significance.³⁴

3. The New Legislative Framework

In June 2016, Parliament passed amendments to the *Criminal Code*, making it lawful for physicians and nurse practitioners to comply with informed, voluntary requests for MAID from competent adults who suffer from "a grievous and irremediable medical condition".³⁵ The legislation defines this phrase in the following manner:

(2) A person has a grievous and irremediable medical condition only if they meet all of the following criteria:

- (a) they have a serious and incurable illness, disease or disability;
- (b) they are in an advanced state of irreversible decline in capability;
- (c) that illness, disease or disability or that state of decline causes them enduring physical or psychological suffering that is intolerable to them and that cannot be relieved under conditions that they consider acceptable; and
- (d) their natural death has become reasonably foreseeable, taking into account all of their medical circumstances, without a prognosis necessarily having been made as to the specific length of time that they have remaining.³⁶

Thus, in Canada, the general offences remain;³⁷ it is just that physicians,³⁸ nurse practitioners,³⁹ pharmacists⁴⁰ and others⁴¹ who might otherwise run afoul of the law, are exempted from criminal li-

R. LECKEY, *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, 2015, at 93-150 (on courts delaying the legal effect of declarations of invalidity).

³² After the federal election that took place subsequent to the Court's decision, the government succeeded in having the suspension extended for three months. See *Carter v Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4. During this period, however, access to MAID was available in Quebec under the *Loi concernant les soins de fin de vie* RLRQ chap. S-32.0001 and in the rest of Canada through application to the superior court.

³³ Compare the substance and tone of the arguments in these two articles, reflecting Somerville and Downie's previously expressed positions on the subject: B. CHAN, M. SOMERVILLE, *Converting the 'right to life' to the 'right to physician-assisted suicide and euthanasia': An analysis of Carter V Canada (Attorney General)*, *Supreme Court of Canada*, in 24:2 *Medical Law Review* 143, 2016 and J. DOWNIE, *Carter v. Canada: What's next for physicians?*, in 187:7 *CMAJ* 481, 2015. See M. SOMERVILLE, *Death Talk: The Case Against Euthanasia and Physician-Assisted Suicide*, 2nd ed., Montreal, 2014 Cf. J. DOWNIE, *Dying Justice: A Case for Decriminalizing Euthanasia and Assisted Suicide in Canada*, Toronto, 2004.

³⁴ See R. LECKEY, *Families in the Eyes of the Law: Contemporary Challenges and the Grip of the Past*, in 15:8 *IRPP Choices* 1, 2009, online: <http://irpp.org/wp-content/uploads/assets/research/family-policy/families-in-the-eyes-of-the-law/vol15no8.pdf>, at 3 (on the symbolic versus instrumental distinction in the family law context).

³⁵ *Bill C-14*, *supra* note 3, s 3. See also R.M. CARTER, B. RODGERSON, *Medical Assistance in Dying: Journey to Medical Self-Determination*, in 55:3 *Alberta Law Review* 777, 2018, at 793-802 (discussing aspects of the legislation).

³⁶ *Criminal Code* RSC 1985, c C-46, s 241.2(2).

³⁷ *Ibid*, s 14: "No person is entitled to consent to have death inflicted on them, and such consent does not affect the criminal responsibility of any person who inflicts death on the person who gave consent." Section 241

ability when MAID is provided in accordance with the provisions set out in the *Criminal Code*.⁴² MAID comprises both assisted suicide and voluntary euthanasia.

The law requires that the patient to be competent, to be making the decision voluntarily and to be conscious and have decision-making capacity right up to the legal procedure itself. Safeguards include writing, signature and witness requirements for the patient's request.⁴³ In particular, the medical practitioner or nurse practitioner must not only be of the opinion that the person meets all of the eligibility criteria but be satisfied that the request was signed and dated by the person before two independent witnesses who then also signed and dated the request. MAID providers must also ensure that the patient knows they may, at any time and in any manner, withdraw their request.

A second medical practitioner or nurse practitioner must give a written opinion confirming that the person meets all of the eligibility criteria. The two practitioners must be independent. The MAID provider must ensure that there are at least 10 clear days between the day on which the request was signed by or on behalf of the person and the day on which the medical assistance in dying is given. If however both health care professionals are of the opinion that the person's death, or the loss of their capacity to provide informed consent, is imminent then the waiting time can be adjusted accordingly. Furthermore, immediately before providing the medical assistance in dying, the physician or nurse practitioner must give the patient an opportunity to withdraw the request and ensure that the person gives express consent to receive medical assistance in dying. The law also specifies that where the patient has difficulty communicating, the doctor or nurse practitioner must take all necessary measures to communicate with the patient, so that they know what is happening and may ex-

(1): "Everyone is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 14 years who, whether suicide ensues or not, (a) counsels a person to die by suicide or abets a person in dying by suicide; or (b) aids a person to die by suicide."

³⁸ *Ibid*, s. 227 (1) "No medical practitioner or nurse practitioner commits culpable homicide if they provide a person with medical assistance in dying in accordance with section 241.2." Also, note the defence of reasonable but mistaken belief included in 227(3): "For greater certainty, the exemption set out in subsection (1) or (2) applies even if the person invoking it has a reasonable but mistaken belief about any fact that is an element of the exemption" as well as s. 241.6.

³⁹ *Ibid*, s. 241.1: "[N]urse practitioner means a registered nurse who, under the laws of a province, is entitled to practise as a nurse practitioner — or under an equivalent designation — and to autonomously make diagnoses, order and interpret diagnostic tests, prescribe substances and treat patients."

⁴⁰ *Ibid*, s. 241(4): "No pharmacist who dispenses a substance to a person other than a medical practitioner or nurse practitioner commits an offence under paragraph (1)(b) if the pharmacist dispenses the substance further to a prescription that is written by such a practitioner in providing medical assistance in dying in accordance with section 241.2."

⁴¹ *Ibid*, s. 241 (5): "No person commits an offence under paragraph (1)(b) if they do anything, at another person's explicit request, for the purpose of aiding that other person to self administer a substance that has been prescribed for that other person as part of the provision of medical assistance in dying in accordance with section 241.2." Also, see s. 227(2): "No person is a party to culpable homicide if they do anything for the purpose of aiding a medical practitioner or nurse practitioner to provide a person with medical assistance in dying in accordance with section 241.2." Also, see s. 241(5.1) "For greater certainty, no social worker, psychologist, psychiatrist, therapist, medical practitioner, nurse practitioner or other health care professional commits an offence if they provide information to a person on the lawful provision of medical assistance in dying."

⁴² *Ibid*, s 227(4): "Section 14 does not apply with respect to a person who consents to have death inflicted on them by means of medical assistance in dying provided in accordance with section 241.2."

⁴³ *Ibid*, s 241(3).

press their wishes. The law stipulates sanctions for failure to comply with these safeguards as well as for forgery of any of the relevant records or destruction of documents.⁴⁴

Thus, it remains a crime for a health care professional to satisfy a suffering patient's request to die unless that patient's "natural death has become reasonably foreseeable".⁴⁵ According to the new law's preamble, defining MAID eligibility in this way is meant to strike a balance between recognizing the autonomy of persons with grievous and irremediable medical conditions who wish to end their lives, and affirming "the inherent and equal value of every person's life and to avoid encouraging negative perceptions of the quality of life of persons who are elderly, ill or disabled".⁴⁶ Otherwise healthy individuals with an illness or disability, such as a forty-year-old with chronic back pain or a twenty-year-old accident victim now confined to a wheelchair, are therefore ineligible for MAID.

There is not room to detail the interpretive challenges this provision presents.⁴⁷ Sufficed to say, the law ties eligibility for medical assistance in dying to being on a trajectory toward natural death. It does not specify a strict prognosis, of, say, six months—as laws in the US jurisdictions with lawful physician-assisted suicide do.⁴⁸ Nor does it require a patient's illness to be terminal. It does mean, though, that a person whose natural death is not deemed reasonably foreseeable will not be eligible for MAID.

There is a lack of clarity and consensus on what such a determination entails. In an ongoing *Charter* to challenge, the government states that "[t]o have become 'reasonably foreseeable,' a natural death must be reasonably anticipated to occur by one of a range of predictable ways, and within a period of time that is not too remote."⁴⁹ Meanwhile, according to the professional standards of the College of Physicians and Surgeons of Nova Scotia, "natural death will be reasonably foreseeable if a medical or nurse practitioner is of the opinion that a patient's natural death will be sufficiently soon

⁴⁴ *Ibid*, s 241.3 (re: non-compliance), 241.4(1) (re: forgery), 241.4(2) (re: destruction of documents).

⁴⁵ *Ibid*.

⁴⁶ *Bill C-14 Preamble*, *supra* note 3.

⁴⁷ See Department of Justice, *Legislative Background: Medical Assistance in Dying* (Bill C-14), Catalogue No J4-41/2016E (Ottawa: Justice Canada, 2016). Also, see Canadian Association of MAID Assessors and Providers [CAMAP], "The Clinical Interpretation of "Reasonably Foreseeable" (January 2019), online: <https://camapcanada.ca/wp-content/uploads/2019/01/cpg1-1.pdf>, at 1-2 (providing that "[a]s an aid to clarity, clinicians can consider interpreting 'reasonably foreseeable' as meaning 'reasonably predictable' from the patient's combination of known medical conditions and potential sequelae, whilst taking other factors including age and frailty into account...Clinicians should not employ or support rigid timeframes in their assessments of eligibility for MAID. Bill C-14 contains no requirement for a prognosis having been made as to the length of time the patient has remaining"). CAMAP is a voluntary association made up predominantly of physicians and nurse practitioners whose stated mission is "to support MAiD assessors and providers in their work, educate the public and the health care community about MAiD, and provide leadership on determining standards and guidelines in MAiD provision". See CAMAP, online: <https://camapcanada.ca/camap-team/>.

⁴⁸ See California *End of Life Option Act* (2015); Colorado *End-of-Life Options Act* (2016); District of Columbia *Death with Dignity Act of 2016*; Hawaii *Our Care, Our Choice Act* (2018); *Baxter v. Montana* (2009) MT DA 09-0051, 2009 MT 449 [Supreme Court of Montana]; *The Oregon Death With Dignity Act* (1997); Vermont *An Act Relating to Patient Choice and Control at End of Life* (2013); *Washington Death With Dignity Act* (2009).

⁴⁹ See *Lamb v Canada* (Attorney General) (27 July 2016), Vancouver, BCSC No S-165851 (Response to Civil Claim at Part 1, para 36), online : www.eol.law.dal.ca/wp-content/uploads/2016/10/2016_07_27_Response_to_Civil_Claim.pdf [Lamb Response] [emphasis added].



or that the patient's cause of natural death has become predictable".⁵⁰ In other words, must it simply be possible to predict the manner in which the patient is likely to die or must the patient's death also be projected to occur in the not too distant future? Is that six months, one year, five years or ten years? Should one rely on actuarial tables to make such predictions about lifespan? Some physicians appear to be doing so.

Given the range of interpretations and practices, Trudo Lemmens observes: "it will not be easy to prosecute a physician or nurse under the criminal law, with the requirement that their interpretation is beyond any reasonable doubt wrong".⁵¹ In this way the role of the criminal law is receding vis-à-vis other regulatory forms, such as policies, norms, standards, and guidelines set out by health care institutions and professional associations. Aspects of end-of-life decision-making previously forbidden thereby become subject to clinical judgment and professional ethical responsibility—not to mention questions around billing.⁵²

4. Ongoing Disagreement about Who Gets to Access MAID

Currently, under Canadian law, those under 18, those whose medical condition is strictly psychological, those wishing to give advanced directives for MAID (including patients with dementia), those who wish to die but are not suffering from a medical condition, and those whose natural death is not reasonably foreseeable are not eligible to access MAID. Some proponents of a more permissive regime argue that based on either the letter or the spirit of the Supreme Court's ruling in *Carter*, anyone suffering from a medical condition, be it physical or psychiatric in nature, should be eligible for MAID, so long as the individual is competent and making the request voluntarily. In their view, patients at the point of enduring and intolerable suffering should be able to receive MAID regardless of how long they have to live.⁵³ Furthermore, they argue, it is not only patronizing but discriminatory to

⁵⁰ See "Professional Standard Regarding Medical Assistance in Dying" (8 February 2018) at 5, n 9, online: College of Physicians and Surgeons of Nova Scotia, <https://cpsns.ns.ca/wp-content/uploads/2016/06/Medical-Assistance-in-Dying-Standard.pdf>. For arguments supporting this interpretation of the law, see J. DOWNIE, J.A. CHANDLER, *Interpreting Canada's Medical Assistance in Dying Legislation*, 2018, at 16-19, online: Institute for Research on Public Policy, <http://irpp.org/wp-content/uploads/2018/03/Interpreting-Canadas-Medical-Assistance-in-Dying-Legislation-MAiD.pdf>; J. DOWNIE, K. SCALLION, *Foreseeably Unclear: The Meaning of the 'Reasonably Foreseeable' Criterion for Access to Medical Assistance in Dying in Canada*, in *Dal LJ* at 30 [forthcoming].

⁵¹ T. LEMMENS, *Charter Scrutiny of Canada's Medical Assistance in Dying Law and the Shifting Landscape of Belgian and Dutch Euthanasia Practice*, in 85 *SCLR* (2nd) 459, 2018, at 462, n. 8.

⁵² See N. KHOSHNOOD et al., *Exploring Canadian Physicians' Experiences Providing Medical Assistance in Dying: A Qualitative Study*, 56:2 *Journal of Pain and Symptom Management* 222, 2018, at 225 (noting perception among physicians interviewed in study that the financial compensation for providing MAID was not adequate given the amount of time it required).

⁵³ See *Lamb v Canada (Attorney General)* (27 June 2016), Vancouver, BCSC No S-165851 (*Notice of Civil Claim, Plaintiffs*), online: <https://bccla.org/wp-content/uploads/2016/08/2016-06-27-Notice-of-Civil-Claim.pdf>, at 6. Also, see W. ROONEY, U. SCHUKLENK, S. VAN DE VATHORST, *Are Concerns About Irremediableness, Vulnerability, or Competence Sufficient to Justify Excluding All Psychiatric Patients from Medical Aid in Dying*, in 26:4 *Health Care Analysis* 326, 2018 (where the authors argue that restricting psychiatric patients from accessing MAID is a form of arbitrary, unjustified discrimination also). In light of the mature minors' doctrine at common law, the restriction to adults 18 years or older may be the most vulnerable to a *Charter* challenge. See J. BOND, *A minor is-*

tell a physically disabled person that the criminal law is depriving them of the help they need to carry out their own wishes, even though the same law is silent when it comes to able-bodied people committing suicide by their own hand.⁵⁴

Furthermore, there are those who argue that a person's decision to initiate his or her death is a fundamental right regardless of whether that individual has been diagnosed with a medical condition.⁵⁵ In principle, the argument is that when it comes to one's own life— and therefore decisions about death— the individual, not the state, is sovereign. Besides, in practice, a case may be made that allowing medical assistance in dying to all competent persons who voluntarily seek it may in fact help to bring people with undiagnosed or untreated psychological conditions into contact with healthcare professionals. This may not only avert violent, solitary, incomplete (but catastrophically damaging) suicide attempts; it may also prevent some suicides altogether by establishing the necessary treatment and supports.

Obtaining a prescription for drugs with which to end one's life would require a person to demonstrate competence and informed consent. Although for many physicians or nurse practitioners, performing this function would be personally difficult and ethically unsound, there are no doubt some health care professionals whose clinical experience with the intractable suffering of certain patients may make them open to such an approach. That a physician, hypothetically, might feel morally justified to do this in a particular case, does not legitimate the practice or render its prohibition unjustified. After all, the ramifications that lifting this ban might have for the public health issue of suicide, especially within particular demographics, is unknown. Moreover, one may argue that significant ethical distinctions arise (if not absolutely, then depending on the circumstances) between permitting, providing help to, and acting on behalf of an informed, competent adult who has clearly communicated the wish to have their life ended.

For some the most important difference lies between actively terminating a life, and passively letting a person die. Sometimes the ethical distinction may be especially difficult to draw; for example, where withholding nutrition and hydration on the patient's request will result in that person's death but only after a much longer, more agonizing period of time than providing MAID would require. Outside of these clear (last days, weeks or even months) "end of life cases", the irreversible nature of the decision to end one's life coupled with the distinctive ethical challenges "aid in dying" involve caution against a permissive approach to regulating medical assistance in dying. Recognition for individual freedom may also countenance concern for more diffuse and indirect social pressures and expectations to form meaning that for some people, the added option may feel like a burden rather

sue? The shortcomings of the eligibility requirements for medically assisted death in Canada, in 23 *Appeal* 41, 2018, at 52-63.

⁵⁴ This is the issue the Court in *Carter* deemed it unnecessary to examine, since it had already concluded that the blanket ban was unconstitutional, *supra* note 28; see LEPOFSKY, *supra* note 29. See W. ROONEY, U. SCHUKLENK, S. VAN DE VATHORST, *op. cit.*, arguing that restricting psychiatric patients from accessing MAID is a form of arbitrary, unjustified discrimination also.

⁵⁵ See M. BATTIN, *Dignity as a Fundamental Human Right Revisited*, in S. MUDERS (ed.), *Human Dignity and Assisted Death*, Oxford, 2017.

than a welcome choice.⁵⁶ Legalization does not just mean permission for, but institutionalization of, a practice.⁵⁷ Hence the rules, processes and— most of all— the people who give health care institutions their life-blood are integral to seeing the purposes underpinning autonomy-affirming reforms to the law governing end of life decision making fulfilled.

5. Research and Reports on the Road to Law Reform

A number of government-funded studies and reports have been conducted on this topic in Canada; for instance, the Law Reform Commission of Canada published its *Report on Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* in 1983, supporting maintenance of the blanket prohibition on medical assistance in dying.⁵⁸ In fact, the Supreme Court cited this report with approval a decade later in the *Rodriguez* case upholding the ban.⁵⁹ The Senate of Canada in its 1995 *Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide, Of Life and Death – Final Report* did not recommend reforming the law.⁶⁰

In 2012 a Select Committee on Dying with Dignity of Quebec's legislative assembly published reports endorsing modifications to the criminal law.⁶¹ The Royal Society of Canada Expert Panel on End-of-Life Decision-Making had previously published an extensive report in 2011, examining end-of-life decision-making beyond the topics of voluntary euthanasia and assisted suicide.⁶² In fact, the trial judge in *Carter* makes reference to the report of the Royal Society's Expert panel in her judgment.⁶³ Furthermore, before the Supreme Court of Canada gave its ruling in *Carter*, Quebec passed a provincial statute *La Loi concernant les soins de fin de vie* in 2014, providing for "medical aid in dying".⁶⁴ The

⁵⁶ Compare J. KEOWN, *A Right to Voluntary Euthanasia?*, *supra* note 8, at 23 and L.W. SUMNER, *Assisted Death: A Study in Ethics and Law*, Oxford, 2011 (whose testimony on this issue Lynn J cited with approval in the *Carter* trial decision, *supra* note 8 at paras 234-237).

⁵⁷ See R. STOECKER, *Dignity and the Case in Favor of Assisted Death*, in S. MUDERS (ed.), *op. cit.* (making the case for legalization, while maintaining ethical opposition to individuals choosing an assisted death).

⁵⁸ Law Reform Commission of Canada, *Report 20: Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1983).

⁵⁹ See *Last Right: Assisted Suicide in Canada* (28 October 2013) *The National*, online: CBC, <https://www.cbc.ca/player/play/2414731746> (featuring retired Supreme Court justice John Major expressing disappointment with Parliament's failure to modify the law in the years since he and his colleagues handed down their decision in *Rodriguez*).

⁶⁰ Senate of Canada, *Of Life and Death: A Report of the Special Senate Committee on Euthanasia and Assisted Suicide* (1995). But see Ontario Law Reform Commission, *Study Paper on Assisted Suicide, Euthanasia and Foregoing Treatment*, by Joan M Gilmour (Toronto: OLRC, 1997).

⁶¹ National Assembly of Quebec, *Select Committee on Dying with Dignity, Dying With Dignity* (March 2012).

⁶² U. SCHÜKLENK et al., *End-of-Life Decision-Making in Canada: The Report by the Royal Society of Canada Expert Panel on End-of-Life Decision-Making*, in 25:S1 *Bioethics* 1, 2011.

⁶³ *Carter v. Canada (Attorney General)* [trial decision], *supra* note 8.

⁶⁴ See *Act Respecting End of Life Care* SQ 2014, c. 2, s. 1. This law came about following an extensive public consultation, framing medical aid in dying among a suite of end of life medical care treatments. But see *Truchon c Procureur général du Canada*, 2018 QCCS 331 (challenging the constitutionality of legislative restrictions barring Jean Truchon and Nicole Gladu from accessing medical assistance in dying). See Commission sur les soins de fin de vie, *Rapport annuel d'activité 1^{er} juillet 2017-31 mars 2018* (December 2018), online http://www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.BII.DocumentGenerique_141357 (offering an overview of Quebec's Commission on End of Life Care's structure and mandate, reporting among other

law did not enter into force until December 2015, after the Supreme Court had declared the blanket prohibition unconstitutional but before the Court's remedial declaration had taken effect. It is that law which has operated in Quebec, however, ever since the Court's 12 month suspension of its declaration of invalidity expired in February 2016. Interestingly, its reference to the "end of life" means access is likely even more restricted in this province than it is in the rest of the country where access criteria are laid out in the amendments Parliament made to the *Criminal Code* in June 2016.⁶⁵

Significantly, two reports issued prior to the government tabling its legislation in the House of Commons (the 2015 Provincial-Territorial Expert Advisory Group on Physician-Assisted Dying⁶⁶ and the House of Commons and Senate, Special Committee on Physician-Assisted Dying, Medical Assistance in Dying: A Patient-Centred Approach, February 2016)⁶⁷ recommended less restrictive access criteria than were put forward and ultimately adopted in Parliament. Meanwhile, the new MAID law itself provides for one or more independent reviews to be conducted "relating to requests by mature minors for medical assistance in dying, to advance requests and to requests where mental illness is the sole underlying medical condition."⁶⁸ Reports on the state of knowledge pertaining to each matter, completed by a multi-disciplinary expert panel appointed by the Council of Canadian Academies (CCA), were published in December 2018.⁶⁹ While offering an overview of existing research, the re-

things provincial data related to MAID. Created under the Quebec legislation, the Commission does not have any identical parallel body in any of the other provinces. In 2018, pursuant to s 241.31(3) of the *Criminal Code* *supra* note 36, the Minister of Health introduced *Regulations for the Monitoring of Medical Assistance in Dying*: SOR/2018-166, *Government of Canada*, online: <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2018/2018-08-08/html/sor-dors166-eng.html>. For the most recent national government report on MAID, see Health Canada, *Third Interim Report on Medical Assistance in Dying in Canada*, Catalogue No H14-230/3- 2018E (Ottawa: Health Canada, 2018).

⁶⁵ See L. SELLER, M-È. BOUTHILLIER, V. FRASER, *Situating Requests for Medical Aid in Dying within the Broader Context of End-of-life Care: Ethical Considerations*, in *J Med Eth* 1, 2018.

⁶⁶ Ontario, *Provincial-Territorial Expert Advisory Group on Physician-Assisted Dying: Final Report* (30 November 2015). Compare: Canada, *External Panel on Options for Legislative Response to Carter v Canada, Consultations on Physician-Assisted Dying: Summary of Results and Key Findings: Final Report* (15 December 2015).

⁶⁷ House of Commons & Senate, *Medical Assistance in Dying: A Patient-Centered Approach: Report of the Special Joint Committee on Physician-Assisted Dying* (February 2016) (Chairs: Hon Kelvin Kenneth Ogilvie & Robert Oliphant).

⁶⁸ *Bill C-14* s. 9.1(1), *supra* note 3.

⁶⁹ That is, after the present article was written. See Council of Canadian Academies, *State of Knowledge on Medical Assistance in Dying for Mature Minors, Advance Requests, and Where a Mental Disorder Is the Sole Underlying Medical Condition: Summary of Reports* (2018) Council of Canadian Academies, online: <https://scienceadvice.ca/wp-content/uploads/2018/12/MAID-Summary-of-Reports.pdf>. See Council of Canadian Academies [CCA], *The State of Knowledge on Medical Assistance in Dying for Mature Minors* (Ottawa: The Expert Panel Working Group on MAID for Minors, 2018), online: <https://scienceadvice.ca/wp-content/uploads/2018/12/The-State-of-Knowledge-on-Medical-Assistance-in-Dying-for-Mature-Minors.pdf>; CCA, *The State of Knowledge on Advance Requests for Medical Assistance in Dying* (Ottawa: The Expert Panel Working Group on Advance Requests for MAID, Council of Canadian Academies, 2018), online: < <https://scienceadvice.ca/wp-content/uploads/2018/12/The-State-of-Knowledge-on-Advance-Requests-for-Medical-Assistance-in-Dying.pdf>>; *The State of Knowledge on Medical Assistance in Dying Where a Mental Disorder Is the Sole Underlying Medical Condition* (Ottawa: The Expert Panel Working Group on MAID Where a Mental Disorder Is the Sole Underlying Medical Condition, 2018), online: <https://scienceadvice.ca/wp-content/uploads/2018/12/The-State-of-Knowledge-on-Medical-Assistance-in-Dying-Where-a-Mental-Disorder-is-the-Sole-Underlying-Medical-Condition.pdf>.

ports do not, as is customary for the CCA, include recommendations. Within five years of the law's enactment, a Parliamentary committee is to review and report on the legislation, and may recommend any changes it deems fit.⁷⁰ The history of research, reports and legislative development in Canada demonstrates the importance of identifying and explaining the relationship MAID bears to a number of related, but nevertheless distinct issues, including: passive assistance in dying, such as withdrawal or withholding of life-sustaining treatment and palliative sedation; provision of palliative care treatment; capacity and consent protocols; public health suicide prevention strategies; and advanced directives regimes. Just as the conflation of these issues can stall analysis and discussion, their omission may frustrate a broader, contextual understanding of MAID.

6. Conscientious Objection and Equitable Access to MAID

Canada's MAID law expressly references two potentially competing principles ("the autonomy of persons who have a grievous and irremediable medical condition that causes them enduring and intolerable suffering and who wish to seek medical assistance in dying" and "the freedom of conscience and religion under section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" of health care professionals) but it does not specify how to strike a balance between them.⁷¹ In *Carter*, the Supreme Court affirmed "that a physician's decision to participate in assisted dying is a matter of conscience and, in some cases, of religious belief".⁷² While expressly acknowledging that "the Charter rights of patients and physicians will need to be reconciled", the Court stopped short of spelling out and therefore "pre-empt[ing] the legislative and regulatory response to this judgment."⁷³ It is medical regulatory bodies who have therefore taken up the task. Thus, the self-governing body for the medical profession in the province of Ontario, the College of Physicians and Surgeons of Ontario's (CPSO) has developed an "effective referral" policy.⁷⁴

The effective referral provisions of the CPSO MAID policy provides as follows:

Where a physician declines to provide medical assistance in dying for reasons of conscience or religion, the physician must not abandon the patient. An effective referral must be provided. An effective referral means a referral made in good faith, to a non-objecting, available, and accessible physician, nurse practitioner or agency. The referral must be made in a timely manner to allow the patient to access medical assistance in dying. Patients must not be exposed to adverse clinical outcomes due to delayed referrals.⁷⁵

⁷⁰ *Bill C-14* ss. 10(1)-10(2), *supra* note 3.

⁷¹ *Bill C-14 Preamble*, *ibid*.

⁷² See *Carter*, *supra* note 8 at para 132.

⁷³ *Ibid*.

⁷⁴ See the "Effective Referral Fact sheet" (n.d.) College of Physicians and Surgeons of Ontario, online: <https://www.cpso.on.ca/cpso/media/documents/policies/policy-items/medical-assistance-in-dying-effective-referral-factsheet.pdf>. Compare the Alberta Health Services, "Medical Assistance in Dying Care Coordination Service" (14 July 2016) AHS, online: <https://www.albertahealthservices.ca/assets/info/hp/maid/if-hp-maid-coordination-service.pdf>.

⁷⁵ See Policy Statement #4-16 "Physician-Assisted Death"; the plaintiffs are also challenging another CPSO policy document with similar wording, which applies beyond the context of MAID, to abortion, for example: CPSO – Policy Statement #2-15 "Professional Obligations and Human Rights".

Although a group of physicians and several faith-based medical associations are challenging its constitutionality in the courts,⁷⁶ the policy has met with favour among many health care professionals who see it mitigating the risk of incursions onto their freedom of religion and conscience.⁷⁷ The primary justification for the effective referral requirement is to ensure “equitable access to health care”⁷⁸. It is to make sure that patients are not abandoned in their pursuit for health care, once their physician has refused, on grounds of religion or conscience, to provide a particular treatment. An effective referral requires the objecting physician to take “positive action”, to connect the patient with a physician, another health-care professional or an agency that is “non-objecting, available and accessible”. Physicians have multiple options to satisfy the requirement. Many other doctors objecting to providing MAID have managed to reconcile the effective referral requirement with their beliefs. Five physicians and several institutional applicants and interveners claim that the CPSO’s policies demand complicity in practices they deem immoral and therefore contravene their freedom of conscience and religion protected by the *Charter*.⁷⁹ In January the Superior Court of Justice, (Divisional Court) held that although the CPSO’s effective referral requirements did place a non-trivial burden on the plaintiff’s freedom of religion and conscience, the infringement was nevertheless justified under section 1 of the *Charter*.⁸⁰ As this case winds its way through the appellate process, the policies, practices and strategies that institutions and professional associations have adopted to ensure equitable access to medical assistance in dying are noteworthy beyond the freedom of conscience and religion debate. Depending on the receptivity of the medical community, de-criminalizing a practice by no means will ensure its availability: not just for reasons of conscience, but simply due to habit or convenience also.

⁷⁶ See *Christian Medical and Dental Society of Canada et al. v. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, 2018 ONSC 579.

⁷⁷ The matter of faith-based public institutions, like Catholic hospitals and long-term care facilities, refusing to allow poses other questions, as well as a much larger challenge for access to medical assistance in dying for legally eligible patients. Institutions that root their refusal to permit MAID on their premises in the freedom of religion and conscience protection afforded by the Charter do not accord the equivalent level of protection to the individual claims to freedom of conscience and religion by physicians and nurse practitioners wishing to provide MAID to the patients requesting it.

⁷⁸ *Christian Medical supra* note 76 at para 212.

⁷⁹ See e.g. J. SAVULESCU, U. SCHUKLENK, *Doctors Have No Right to Refuse Medical Assistance in Dying, Abortion or Contraception*, in 31:3 *Bioethics* 162, 2017 (arguing that doctors who refuse to offer lawful, clinically indicated treatments including medical assistance in dying should not be permitted to practice medicine); D. GILBERT, *Let Thy Conscience Be Thy Guide (but not My Guide): Physicians and the Duty to Refer*, in 10:2 *McGill JL & Health* 47, 2017 (arguing that protecting the conscience of physicians should not interfere with patient access to suitable health care, including abortion and medical assistance in dying); H. YOUNG, *A Proposal for Access to Treatment Contrary to Clinical Judgment*, in 11:2 *McGill JL & Health*, 2017 (examining the relationship between freedom of conscience and the exercise of clinical judgment); J. DOWNIE, F. BAYLIS, *A Test for Freedom of Conscience under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Regulating and Litigating Conscientious Refusals in Health Care*, in 11:1 *McGill JL & Health* S1, 2017 (outlining a substantive test courts and policy-makers should adopt when interpreting the freedom of conscience guarantee under the Charter.)

⁸⁰ See *Christian Medical supra* note 76 at para 212.

7. Conclusion

De-criminalizing a given practice signals an alteration to, not abolition of, law's role in governing human conduct and social interaction.⁸¹ Institutional and regulatory design are always more multifaceted, unpredictable, and interactional than the singular act of repeal. It may be that existing institutions and regulations will already serve to facilitate the purposes behind the repeal or modification of a prohibition. It may be that existing formal structures and informal norms end up frustrating the purpose of the statutory amendment. In either case, reforming the law requires imagining a range of factors to which a constitutional court's decision simply need not attend.

The Supreme Court of Canada concluded that the total prohibition of voluntary euthanasia and assisted suicide could not be justified, given the end-of-life practices that already were lawful. The Court offered a baseline of constitutionality, one that Parliament stretched by defining eligibility in a manner that was ostensibly more strict than the Court envisioned. Establishing a nexus with natural death, the legislation obviates the need to justify exclusion of medical patients with non-physical conditions from accessing MAID. Such an exclusion would have no legal basis if evidence of a medical diagnosis, competence, consent, and intolerable suffering were the only eligibility requirements. Whether this exclusion is justifiable on the level of principle or policy remains a subject of ongoing debate. As one might anticipate, the exclusion of people whose condition is strictly psychological has not attracted the same level of focused, negative attention as the restriction on advance directives. An aging portion of the population—concerned with the consequences of developing dementia and desiring to exercise control over the manner and timing of their death—seek to request MAID through living wills. This is not permitted under the current Canadian legislation, since contemporaneous consent is required as a safeguard to ensure only competent adults who clearly consent receive MAID. Any changes to the present law remain to be seen.

Certainly since *Carter* and the passage of Canada's MAID legislation, the country's legal and political discourse has shifted in salient ways, transforming conversations around the ethics of end of life decision-making. Of course, public support for MAID had already been increasing since *Rodriguez*. In the case, the Canadian Medical Association no longer opposed de-criminalization, albeit stopping short of offering an endorsement. Furthermore, William Shoichet, a physician who said he would be willing to give assistance in dying were it made lawful, was also a party in the *Carter* case. Like *Rodriguez* before it, *Carter* will increasingly become a footnote, as research, reflection and debate continue to inform developments in the law. One contentious area is the current set of MAID eligibility criteria, which raises questions about how to balance values such as legal certainty and objectivity, with flexibility and responsiveness to individual cases. The US states that have decriminalized assisted suicide require the patient to be within six months of death. Neither the BENELUX nor the Swiss model links eligibility to one's trajectory toward death. Meanwhile, the Canadian eligibility regime requires

⁸¹ See R.A. MACDONALD, *Understanding Regulation by Regulations*, in I. BERNIER, A. LAJOIE (eds.), *Regulations, Crown Corporations and Administrative Tribunals*, Toronto, 1985 (on this point specifically); R.A. MACDONALD, *Law Reform for Dummies (3rd Edition)*, in 51:3 *Osgoode Hall Law Journal*, 2014 (where Macdonald emphasizes the importance of engaging the general public in achieving substantive social and legal change). See R. JANDA, D. JUTRAS, R. JUKIER (eds.), *The Unbounded Level of the Mind: Rod Macdonald's Legal Imagination*, Montréal, 2015.

a patient to have experienced an irreversible decline in capability and for their natural death to have become reasonably foreseeable.

Reviewing the Canadian experience reforming law's governance of assisted suicide and voluntary euthanasia, a number of dimensions may be observed: first, the impact a landmark apex court ruling may have, not only in providing the impetus for legislative change, but in transforming the way patients, professionals, and members of the public think and talk about medical assistance in dying. Second, the significance of the details in detailed legislative amendments. Third, the salience of ongoing arguments in academic journals, the press and the courts over eligibility criteria. Fourth, the long-term implications that commissioned studies and reports may have in contributing to public knowledge and debate. Fifth, the complementarity of principled rationales and concrete institutional approaches to accommodating freedom of conscience and religion, as well as ensuring access for eligible patients.

Indeed, lifting the blanket ban recasts a heretofore forbidden practice as a form of medical treatment. Once strictly addressed by the criminal law, medical assistance in dying now becomes also subject to a more flexible array of administrative and professional policies, practices, standards, protocols, and norms. To some extent, battles waged over legalizing MAID continue even after the law is changed—this time in clashes over features of the access regime. As the question of how medical assistance in dying ought to be regulated becomes less polarized, however, it stops serving to the same degree as a proxy for other contentious issues in society in general and end of life health care in particular. Legalization advocacy is all the more persuasive when it does not come at the cost of diminishing the importance of the social determinants of health, the urgent demand for available and accessible palliative care, or the moral claim that elderly, ill and disabled people have to receiving the social, emotional, financial, psychological and medical support they need. Equally, those genuinely concerned with what the content of the criminal law indicates about society's character and values must account for the message that a blanket prohibition on MAID conveys. That is, when the law forces human beings, already on the trajectory toward death, to endure prolonged suffering for the sake of beliefs that they, and those health care practitioners willing to assist them, do not hold.

Sul contenuto delle DAT tra autodeterminazione del paziente e decisioni di altri: profili civilistici

Teresa Pasquino*

Essays

THE ADVANCE DIRECTIVES' CONTENT BETWEEN THE PATIENT'S SELF-DETERMINATION AND DECISIONS BY OTHERS: A CIVIL LAW PERSPECTIVE

ABSTRACT: The paper aims at highlighting the discrepancy that could emerge between the patient's will regarding his/her health treatment and the decision taken by a third party, in the event that the former is not able to consent. The paper proposes to integrate the act with external elements through the so-called "relatio", with the purpose to preserve the patient's self-determination as well as the third party's function.

KEYWORDS: advance decisions; content; enforcement "per relationem"; current state; trustee

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il contenuto delle disposizioni anticipate tra pianificazione condivisa, appropriatezza e proporzionalità delle cure – 3. Disposizione uni-soggettiva e terzi – 4. L'attuazione *per relationem* – 5. Dal contenuto (anche *per relationem*) alla forma delle direttive anticipate.

1. Premessa

Il 18 luglio 2018, l'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato ha pubblicato il parere reso sui quesiti che il Ministero della salute aveva posto in ordine alla istituzione della banca dati nazionale, prevista dalla l. n. 205 del 27 dicembre 2017 all'art.1, co. 418; essa sarà destinata ad accogliere le registrazioni delle disposizioni anticipate di trattamento *ex art.* 4 della l. n. 219 del 22 dicembre 2017 nelle regioni dove sono state adottate modalità telematiche di gestione della cartella clinica o del fascicolo sanitario elettronico o dei dati relativi a qualsiasi iscritto al servizio sanitario nazionale.

Nel rendere le risposte al quesito principale, la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha posto in evidenza la necessità di assicurare «che ci sia certezza sulla corretta formazione della volontà del dichiarante»; tanto soprattutto in considerazione del fatto che «le DAT servono ad orientare l'attività del medico».

La lunga premessa che precede le risposte ai quesiti fa emergere come neppure l'intervento normativo di cui alla l. 22 dicembre 2017, n. 219 – accolta come la prima ed organica disciplina sul consenso

* Professoressa ordinaria di Diritto Privato, Università degli Studi di Trento. Mail: teresa.pasquino@unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

informato¹ – sia riuscito a dipanare e definire in modo chiaro e sicuro quelle che sono state le annose questioni di sempre su questo grande tema; vale a dire, le questioni attinenti al contenuto che le DAT devono avere per rispettare la loro funzione di atto di autodeterminazione del paziente, fondato sull'art. 13 Cost., e quale grado di discrezionalità riconoscere ai suoi destinatari, sempre nel rispetto della funzione ad esse assegnata.

2. Il contenuto delle disposizioni anticipate tra pianificazione condivisa, appropriatezza e proporzionalità delle cure

Sono passati ormai quindici anni dal parere del 18 dicembre 2003, in cui il Comitato nazionale di bioetica osservava come «Uno dei rilievi più frequentemente mossi alle dichiarazioni anticipate, o a documenti consimili, riguarda l'astrattezza di cui questi documenti inevitabilmente soffrirebbero, un'astrattezza e genericità dovuta alla distanza, psicologica e temporale, tra la condizione in cui la dichiarazione viene redatta e la situazione reale di malattia in cui essa dovrebbe essere applicata. Ed invece, la decisione di redigere le dichiarazioni anticipate – ovviamente non pensate come un mero atto burocratico – potrebbe scaturire da riflessione sui propri valori, sulla propria concezione della vita e sul significato della morte come segno dell'umana finitezza, contribuendo così ad evitare quella “rimozione della morte”, che molti stigmatizzano come uno dei tratti negativi della nostra epoca e della nostra cultura».

E sempre nel parere del 18 dicembre 2003, il Comitato si era anche spinto fino a formulare proposte specifiche di articolazione di possibili contenuti, ipotizzando indicazioni sull'assistenza religiosa ovvero sull'intenzione di donare o no gli organi per trapianti, sull'utilizzo del cadavere o parti di esso per scopi di ricerca; determinazioni relative alle possibilità diagnostico-terapeutiche che si possono prospettare lungo il decorso della malattia; indicazioni finalizzate all'eventuale ricorso alle cure palliative, al rifiuto di ricorrere a qualsiasi trattamento che possa trasformarsi in accanimento terapeutico, ossia in trattamenti di sostegno vitale che appaiano sproporzionati o ingiustificati compresi i trattamenti dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale. In via di principio, astrattezza e generalità non sempre sono da considerare connotati negativi del contenuto di un atto contenente le dichiarazioni anticipate sui trattamenti sanitari; esse, infatti, potrebbero essere mitigate dalla loro naturale attitudine a consentire alla persona, sana e pienamente capace, in ogni momento di essere revocate oppure modificate in relazione agli eventuali mutamenti nella percezione della propria condizione esistenziale così come formatasi nell'esperienza concreta della malattia.

In questo caso – ed anche indipendentemente da precedenti redazioni – le dichiarazioni anticipate possono utilmente assumere la forma nota come “pianificazione sanitaria anticipata” (*advanced*

¹ Un primo commento alla legge in AA. Vv., *Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, pp. 11-104; M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *La Nuova Giur. civ. comm.*, 2, 2018, p. 247 ss.; M. FOLGIA, *Consenso e cura*, Torino, 2018; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in questa Rivista, 2, 2018, p. 97 ss., ove ampia ed aggiornata bibliografia e completi riferimenti giurisprudenziali; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017.

health care planning) o “pianificazione anticipata delle cure”²; ed in tal senso si è mosso il legislatore, prevedendo espressamente all’art. 5, l. n. 219 del 2017 la *pianificazione condivisa delle cure*, inclusiva sia delle cure ospedaliere che di quelle domiciliari, com’è possibile desumere dal rinvio operato all’art. 1, della medesima legge.

È, questo, uno dei punti centrali della nuova disciplina, espressione della nuova concezione della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico» che si fonda «sull’autonomia decisionale del paziente e l’autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, co. 2, l. n. 219 del 2017)³.

Nel rapporto condiviso e partecipato della «relazione di cura e di fiducia», il paziente che dovesse decidere di formulare anche dichiarazioni anticipate sui trattamenti sanitari che potranno o dovranno essergli somministrati quando incapace di esprimere validamente il suo volere, troverebbe così il contesto più adatto per la formazione di un consenso davvero libero, consapevole ed informato, essendo questa la fase in cui «l’alleanza terapeutica» potrebbe trovare la sua massima espressione e tradursi in una vera «relazione»⁴ in cui possono trovare una ragionevole ed ottimale coniugazione le linee fondamentali tracciate dalla bioetica, dalla scienza e dalla buona pratica clinica.

I protagonisti della «relazione» trovano, infatti, sullo sfondo un quadro di principi entro i quali tracciare quelle che diventeranno le linee guida per i destinatari delle dichiarazioni anticipate, confortati, da un lato, dalla valenza del consenso, dall’altro, dal rispetto dell’autonomia professionale e dalla responsabilità del medico.

E’ in considerazione di tale rinnovata ed amplificata valenza del diritto del paziente di essere informato sullo stato di salute in cui si trova che l’informazione deve essere tale da soddisfare il requisito della completezza e da rendere conto al paziente dell’aggiornamento circa la sua malattia; deve essere resa in modo comprensibile in ordine alla diagnosi, alla prognosi nonché al rapporto rischi/benefici dei trattamenti sanitari che vengono prescritti, con particolare riguardo alle possibili alternative ed alle conseguenze scaturenti da un eventuale rifiuto o rinuncia da parte del paziente.

² Rilevava, al riguardo, il Comitato nazionale per la bioetica nel parere del 18 dicembre 2003: «È fuor di dubbio che molti ardui problemi decisionali di terapia e di trattamento possono essere, se non risolti, almeno attenuati da questo tipo di documenti, qualora vengano formulati nell’attualità delle prime fasi della malattia e trovino specifica applicazione soprattutto in relazione a particolari patologie a lenta evoluzione (AIDS, morbo di Alzheimer, malattie tumorali), il cui decorso tipico è sufficientemente conosciuto e per le quali, in base alle correnti conoscenze mediche, esistono diverse opzioni diagnostico-terapeutiche, nessuna delle quali prevalente in assoluto su altre, ma ciascuna caratterizzata da particolari benefici riconnessi con particolari oneri e tale quindi da esigere una valutazione di complessivo bilanciamento, che non può non spettare, almeno prima facie, se non al paziente stesso».

³ Rileva al riguardo P. ZATTI, *op. cit.*, p. 247 ss., che, per i principi che la nuova disciplina contiene, l’attuazione di questa legge rischia di diventare «semplicemente immane».

⁴ Sul concetto di relazione utile in questa materia, v. P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *La Nuova Giur. civ. comm.*, 1, 2015, p. 25 ss.; C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018, p. 41 ss. Anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 262 del 18 ottobre 2016 (annotata da L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di uguaglianza»*, in *Le Regioni*, 3, 2017, p. 563 ss.) ha tenuto a porre in evidenza l’incidenza della disciplina sulle DAT «su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona».

Già in questa sede decisionale, al paziente è consentito di indicare i familiari o altra persona di sua fiducia per ricevere tali informazioni od esprimere al suo posto il relativo consenso, nomina questa che deve essere registrata sulla cartella clinica o sul registro sanitario elettronico.

La previsione di un consenso informato ed espresso in un contesto di relazionalità partecipata e condivisa, se, da un lato, ha il merito di tendere a porre fine alla pratica – meramente burocratica – di raccogliere l'accettazione del paziente con la sottoscrizione schematicamente apposta in un modulo/formulario, dall'altro lato, però, porge il fianco alla inevitabile constatazione della sua non facile attuazione, soprattutto nei luoghi di cura situati in realtà sociali complesse ed affollate, dove lo spazio della relazione medico-paziente viene ormai da tempo scandito e misurato a minuti.

Ed infatti, in questa diversa concezione della relazione di cura, la pianificazione condivisa delle cure deve fondarsi sul principio di appropriatezza e proporzionalità delle stesse. Esso non è esplicitamente enunciato in termini generali e, tuttavia, risulta latente nella *ratio* dell'intera disciplina a cominciare da quanto previsto al 2° co. dell'art. 2 a proposito delle terapie del dolore nella fase finale della vita, ove è prescritto che in essa «il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati».

In verità, sarebbe utile precisare che il principio è da intendersi come richiamabile in ogni fase della somministrazione delle cure mediche e non già limitatamente alla fase finale della vita; è, infatti, insita nel concetto di “cura” la continua ricerca della sua appropriatezza in relazione alla complessiva condizione personale del paziente e non solo alla qualificazione clinica della patologia che lo ha colpito. Altrimenti, si rischierebbe di somministrare cure e trattamenti “inutili” che, come tali, diventerebbero sproporzionati o capaci di generare sofferenze refrattarie in presenza delle quali il paziente avrebbe pure diritto di acconsentire al ricorso alle cure palliative, inclusa la sedazione profonda continua (ex art. 2, 2° co. l. n. 219/17)⁵.

Peraltro, proprio in considerazione della valenza generale del principio di adeguatezza e proporzionalità delle cure, appare, altresì, necessario dirimere la fondamentale questione circa i soggetti cui affidare tale valutazione ed i criteri di discernimento e che, *prima facie*, non possono che essere attribuiti al medico curante.

Al riguardo, per quanto la locuzione “appropriatezza” abbia acquisito una rilevanza normativa in occasione del Piano Sanitario Nazionale 1998-2000 divenendo uno dei criteri per la definizione del Livelli Essenziali di Assistenza (D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229), occorre rilevare come la sua concezione in termini di intervento sanitario preventivo, diagnostico terapeutico o riabilitativo correlato al bisogno del paziente e fornito nei modi e nei tempi adeguati sulla base di standard riconosciuti con un bilancio positivo tra rischi e costi, potrebbe rivelarsi insoddisfacente nella materia *de qua*. Più utile e rilevante per cogliere il significato più adatto nella “relazione di cura” si rivela piuttosto il concetto di “*appropriatezza clinica*”, intendendosi come tale il livello di efficacia di una prestazione o trattamento per un particolare paziente, scaturente sia dalle informazioni cliniche relative al paziente sia dalle conclusioni diagnostiche che orientano verso quel preciso intervento sanitario dal quale ci si attende beneficio per il paziente; il che implica, *in primis*, un'adeguata relazione interpersonale tra medico e paziente volta alla conoscenza anche della sua condizione umana, e solo successivamente a questa la valutazione relativa al possibile livello di efficacia dei trattamenti somministrabili.

⁵ Sul punto, *amplius*, è sufficiente rinviare a G. BALDINI, *op. cit.*, p. 118 ss.

Si tratta di vedere in che termini ed entro quali limiti il medico – generico o specialista – finisca per incidere nella formulazione del contenuto delle DAT, dovendosi necessariamente trovare il giusto punto di equilibrio tra le informazioni più “adeguate” sui trattamenti medici affinché siano tali da consentire all’interessato di esercitare il suo fondamentale diritto all’autodeterminazione senza che debba ricorrere a dati ed elementi esterni che rischierebbero di non assicurare fondatezza e serietà⁶. Che la valutazione di appropriatezza debba essere propria del medico è più che comprensibile, stante la sua competenza in campo scientifico; ne è conferma anche il dettato della nuova legge laddove è previsto che, in caso di disaccordo tra il medico ed il rappresentante eventualmente nominato per la cura di un incapace in ordine ad un rifiuto delle cure, anche al medico è riconosciuta la legittimazione attiva per ricorrere al giudice tutelare perché si esprima al riguardo (v. art. 3, 5° co.); fermo restando, tuttavia, che, per una esatta valutazione dell’“appropriatezza clinica”, occorre passare necessariamente per la fase della “relazione umana”.

3. Disposizione uni-soggettiva e terzi

Appartiene, invece, al profilo uni-soggettivo del contenuto delle DAT la parte dedicata alla libertà di nominare un terzo, il c.d. fiduciario, con l’incarico – assai delicato – di attuare le decisioni assunte in materia di trattamenti sanitari⁷ e di cooperare affinché vengano attuate le disposizioni del paziente per il caso in cui egli non possa esprimerle personalmente.

Richiamando ancora una volta il parere espresso dal Comitato nazionale di bioetica nel 2003, i compiti che potrebbero essere attribuiti al fiduciario potrebbero essere di varia natura, ma tutti riconducibili a quello generalissimo di operare, sempre secondo le legittime intenzioni esplicitate dal paziente nelle sue dichiarazioni anticipate, al fine di far conoscere e realizzare la sua volontà; a lui il medico dovrebbe comunicare le strategie terapeutiche che intende adottare nei confronti del malato, tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di quest’ultimo o – se questo fosse il caso – giustificando adeguatamente le ragioni per le quali egli ritenesse doveroso (e non semplicemente opportuno) discostarsi da esse.

Con altrettanta determinazione è, altresì, ribadito che il fiduciario deve vigilare contro il rischio di abbandono del paziente da parte dei medici e della struttura sanitaria di accoglienza: «In questo quadro, la figura del fiduciario appare ben più ricca di quella del *power of attorney* e assai vicina al ruolo che spesso già svolgono, o dovrebbero svolgere, in queste situazioni, i familiari, con la differenza essenziale, rispetto a costoro, di possedere – in virtù dell’esplicito mandato contenuto nelle dichiara-

⁶ Un profilo, questo, posto in evidenza da S. PENASA, *Disposizioni anticipate di trattamento*, in M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018, p. 31 ss.

⁷ Questa figura è presente in molti dei modelli di dichiarazioni anticipate proposti in Italia e all’estero, alcuni dei quali già hanno ottenuto riconoscimento legale in diversi Stati. In particolare negli Stati Uniti, la direttiva di delega (Durable power of attorney for health care nello Stato della California; Health care representative nello Stato dell’Oregon; Patient advocate for health care nello Stato del Michigan) costituisce la struttura portante di questi documenti, mentre le dichiarazioni vere e proprie vengono formulate sotto forma di limiti posti dal paziente all’azione del suo delegato. Sul punto, cfr. P. STANZIONE, G. SALITO, *Testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Iustitia*, 1, 2007, p. 43 ss.

zioni anticipate – un pieno e compiuto diritto-dovere ad essere punto di riferimento del medico nelle sue pratiche terapeutiche a carico del paziente»⁸.

Nel testo della nuova legge n. 219 del 2017, la figura del fiduciario è espressamente contemplata nell'art. 4, ove è richiesto che la nomina debba riguardare una persona maggiore di età e capace di intendere e di volere, la quale deve accettare sottoscrivendo le dichiarazioni di trattamento anche con atto successivo da allegare alle DAT⁹. Il fiduciario nominato può anche rinunciare all'incarico con dichiarazione scritta da comunicare all'interessato. Ove nominato, il fiduciario sarebbe il solo soggetto legittimato ad interagire con il medico; se ne potrebbe dedurre che debba essere esclusa qualsiasi forma di partecipazione di eventuali altri rappresentanti legali, ove ne esistessero per la cura di altre attività. È prevista, tuttavia, per le persone già interdette, inabilite o beneficiarie di un amministratore di sostegno una legittimazione esclusiva dei rappresentanti legali sia per il consenso alle cure che per l'attuazione di quanto da esse dichiarato in precedenti dichiarazioni anticipate (art. 3, 3° e 4° co.).

Il fiduciario, con l'accettazione dell'incarico, deve ritenersi impegnato ad agire nell'esclusivo e migliore interesse del paziente, secondo le intenzioni esplicitate dal paziente medesimo nelle dichiarazioni anticipate di trattamento, ed a vigilare perché al paziente vengano somministrate le migliori terapie palliative disponibili, evitando che si creino situazioni sia di accanimento sia di abbandono terapeutico.

L'atto che contiene tale incarico si atteggia come formale investitura di un terzo legittimato a compiere tutto quanto necessario alla migliore realizzazione dei bisogni e degli interessi del beneficiario.

Una simile previsione appare coerente con il nostro sistema, nel quale l'istituto della rappresentanza degli incapaci di agire si è arricchito, ormai da qualche anno, con la figura dell'amministrazione di so-

⁸ Il riferimento è sempre al parere reso il 18 dicembre 2003 nel quale lo stesso Comitato avanzava comunque qualche riserva. «È indubbio che la figura del fiduciario crei sottili problemi, che è doveroso evidenziare. Essa appare, in prima battuta, modellata sul paradigma normativo che regola attualmente la protezione dei diritti e degli interessi del maggiorenne incapace. Tale riferimento è però largamente insoddisfacente ed inadeguato, poiché le misure di protezione (l'interdizione e l'inabilitazione e la successiva nomina di un tutore) previste dall'ordinamento per i maggiorenni incapaci rispecchiano una linea culturale più attenta alla cura del patrimonio e più funzionale agli interessi dei familiari o dei terzi che ai diritti e ai bisogni (non soltanto patrimoniali) della stessa persona incapace. Ciò spiega l'insistenza di chi sostiene che sia assolutamente necessaria una legge, per introdurre nel nostro ordinamento la figura del fiduciario, come fattispecie assolutamente nuova. Verrebbe infatti sovvertita la precedente tendenza a tener ferma una netta differenziazione tra il settore degli interessi patrimoniali, dominati in pieno dalla disponibilità, e quello degli interessi personali, che attengono agli stati e alla capacità della persona. È evidentemente nel quadro di questo cambiamento che potrebbe trovare collocazione come nuova la figura del fiduciario, come del soggetto formalmente incaricato del compito di intervenire a tutela degli interessi di una persona divenuta incapace di intendere e di volere, qualora sorgessero dubbi sull'interpretazione di tali desideri».

⁹ Sui profili problematici e sulle lacune ed antinomie che si sono create a livello normativo per i diversi criteri di individuazione dei soggetti estranei coinvolti nella relazione di cura v. B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum Quaderni cost.*, 25 giugno 2018. V. anche F. GIARDINA, *Il fiduciario*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, p. 61 ss.

stegno che, con la riformulazione degli artt. 404 ss. c.c. per effetto della legge 9 gennaio 2004, n. 6, già si è prestata, in sede applicativa, ad essere più volte richiamata¹⁰.

La designazione di una persona quale soggetto che, in caso di incapacità psichica del dichiarante, dovrà eseguire le decisioni da questi precedentemente assunte in materia di trattamenti sanitari, quando ancora non vigevano specifiche norme di legge, ha imposto al giudice il ricorso all'applicazione, per via diretta ovvero per via analogica, degli artt. 404 ss. c.c. in più di una occasione.

L'amministrazione di sostegno ha costituito, infatti, l'istituto che meglio di ogni altro si è finora prestato a risolvere le esigenze dell'interprete del momento; in effetti, la *ratio* che sta a fondamento della nuova disciplina ha consentito di ricorrere a questa figura in quanto ritenuta la più efficace forma di protezione per la persona incapace di provvedere ai propri interessi sia di natura personale che di natura patrimoniale¹¹.

Peraltro, già al momento del suo avvento nel sistema del codice civile, si era posto in evidenza come le nuove disposizioni di legge sull'amministrazione di sostegno rinvenissero nei compiti di cura della persona da parte dell'amministratore nominato «l'aspetto più significativo del nuovo istituto»¹²; ma si era, altresì, posto in luce come, in relazione alla figura del c.d. fiduciario per la salute, cui si richiamano numerosi ordinamenti stranieri, l'amministratore di sostegno, designato ai sensi dell'art. 408 c.c. in un apposito atto, si discostasse notevolmente da quella figura per il fatto che l'atto di nomina, di cui alla norma ora menzionata, acquista la sua efficacia non già per la volontà dell'interessato quanto piuttosto in forza di un provvedimento del giudice tutelare, il quale, seppure in presenza di gravi motivi, potrebbe anche disattendere quella volontà¹³.

Invero, in numerose occasioni la giurisprudenza ha già avuto modo di affrontare il problema e di decidere le diverse fattispecie concrete che si sono poste all'attenzione dei giudici assumendo prevalentemente l'orientamento secondo cui, proprio perché il beneficiario non è in grado di compiere una scelta responsabile, l'amministratore di sostegno ha il potere di prestare o negare in nome e per

¹⁰ Rileva, al riguardo, P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in AA.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005, p. 22: «Il potere di determinarsi riconosciuto al soggetto di diritto consiste in generale sia nel compiere gli atti e nello svolgere attività che lo riguardano, sia nella possibilità di delegarne lo svolgimento, con effetti vincolanti, ad altri, per singoli rapporti o per aree di decisioni ed interessi; all'autonomia di ciascuno appartiene persino di attribuire il potere di sostituzione per la totalità dei rapporti, con esclusione dei diritti e dei rapporti di natura strettamente personale che non appartengono alla materia di cui ci occupiamo. Non solo dunque la figura del fiduciario non è incoerente col sistema, ma corrisponde più di ogni altra al principio di libera autodeterminazione che si risolve nella possibilità di delegare la decisione in un momento in cui il soggetto non sarà in grado di decidere personalmente».

¹¹ La dottrina in materia di amministrazione di sostegno è molto copiosa. Tra i numerosi lavori, si segnalano quelli che hanno trattato il tema proprio in relazione alle DAT: M. FOGLIA, *op. cit.*, p. 92 ss.; S. CACACE, *op. cit.*, p. 219 (testo e note); G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2013; M. PICCINI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto «incapace»: dalla sostituzione al sostegno*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 361 ss.; L. BALESTRA, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. civ.*, 2011, p. 1009 ss.; G. BONILINI, *«Testamento per la vita» e amministrazione di sostegno*, in AA.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, p. 189 ss.; M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, *ivi*, p. 163 ss.; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 1, 2009, p. 31, nt. 69.

¹² Così, per tutti, v. M. SESTA, *op. cit.*, p. 163.

¹³ Secondo G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 104 «soltanto il giudice può discostarsi dall'indicazione del designante solo in presenza di gravi motivi».

conto del medesimo il consenso ad un trattamento sanitario, essendo tale potere la più rilevante espressione della cura della persona cui l'amministratore di sostegno è principalmente tenuto¹⁴.

Sul punto, si era espressa anche la Suprema Corte nella famosa sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007, nella cui motivazione era stato precisato, al riguardo, anche se con riferimento alla figura del tutore, come debbano essere intesi il ruolo e la funzione del rappresentante chiamato ad esprimere "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente¹⁵.

Allo stato attuale dell'assetto normativo vigente, il ricorso all'istituto della rappresentanza in generale – e, segnatamente, alla figura dell'amministratore di sostegno – si è rivelato una tecnica ermeneutica assidua e costante, ritenuta dai giudici la più idonea a colmare la lacuna legislativa fino ad ora esistente in materia con riguardo alla figura del fiduciario per la salute. E, tuttavia, pur riconoscendo che, in considerazione della *ratio* che caratterizza l'istituto, l'amministrazione di sostegno abbia rappresentato la figura che meglio si è prestata per la disciplina delle fattispecie concrete, non appare fuori luogo esprimere qualche riserva riguardo al ricorso a tale istituto che risulta ancora contemplato dalla nuova legge.

Non può tacersi, infatti, come, proprio per la particolare natura e per la funzione di cura e tutela della persona che connotano l'amministrazione di sostegno, la relativa disciplina sia fortemente caratteriz-

¹⁴ In tal senso, già nelle prime decisioni in materia, v. Trib. di Cosenza, 28 ottobre 2004, in *Corti calabresi*, 2007, p. 196 ss., secondo cui «L'amministratore deve ritenersi legittimato – ove gli sia consentito dal decreto di nomina ed alla luce della accertata patologia psichiatrica – ad esprimere o rifiutare il consenso al trattamento terapeutico e quindi a sostituirsi al disabile, con il potere di valutare (unitamente ai servizi sanitari a tanto deputati) quale debba essere, per il soggetto doverosamente da "proteggere" e da "curare", il trattamento sanitario temporaneo più idoneo». In senso conforme, cfr. anche Trib. Modena, 15 settembre 2004, (in *Famiglia e Diritto*, 2005, 1, 85, con nota di F. RUSCELLO) secondo cui «La legge 9 gennaio 2004, n. 6 sull'amministrazione di sostegno intende "sostenere" tutti coloro che, menomati fisicamente o psichicamente, si trovino nell'impossibilità, ancorché transitoria, di provvedere ai propri interessi ed esprime il principio per cui il "sostegno" normativo della "cura" della persona (e degli "interessi" di essa) non si limita alla sfera economico-patrimoniale ma tiene conto dei bisogni e delle aspirazioni dell'essere umano ricomprendendo ogni attività della vita civile giuridicamente significativa. Ne consegue che, quando l'interessato non sia in grado di manifestare un dissenso fondato su una valutazione critica della situazione patologica e delle conseguenze che gliene deriverebbero se non vi provvedesse, l'amministratore di sostegno può essere autorizzato ad esprimere, in nome e per conto del beneficiario, il consenso informato ai trattamenti terapeutici proposti dai medici, se ed in quanto richiesti e/o necessari, ponendo in essere ogni iniziativa conseguente», e Trib. Modena, 21 dicembre 2005 in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 4, p. 333 ss., con nota di G. BONILINI, secondo cui «Nel caso in cui sia giudizialmente richiesta la nomina di un amministratore di sostegno, non tanto per il miglior soddisfacimento delle esigenze esistenziali della persona e la cura della sua salute (fini, questi, propri della L. n. 6 del 2004), quanto, piuttosto, con l'intento di strumentalizzare la procedura de qua a fini diversi, e, in particolare, volti a soddisfare egoistici interessi di terzi, con l'aggravante di limitare, senza ragioni, la sfera dell'autodeterminazione della persona, deve disporsi il rigetto del ricorso stesso per difetto dei suoi presupposti essenziali, con conseguente condanna del ricorrente medesimo alle relative spese processuali». In senso conforme, Cass. 12 giugno 2006, n. 13584, in *Famiglia, Pers. e Succ.*, 2006, con nota di commento di S. PATTI, *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*; Trib. Bologna, 3 ottobre 2006, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2318 ss. e in *Giur. it.*, 2006, p. 485 ss.; e, da ultimo, v., altresì, Trib. Modena, 13 maggio 2008, edita su www.personaedanno.it, che, su ricorso del responsabile dell'ufficio tutele di una USL, in assenza di direttive da parte del malato, ha nominato un amministratore di sostegno attribuendogli lo specifico incarico di negare, in nome e per conto del paziente in cura, il consenso a trattamenti volti a praticare ventilazione forzata e tracheostomia ove l'evolversi della malattia li avesse imposti.

¹⁵ In senso critico, v. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 34, nt. 74, secondo cui «Decidere con l'incapace significa di fatto attribuire al rappresentante un potere sulla vita del rappresentato finora ignoto nel nostro ordinamento».

zata da un doppio limite che potrebbe alterare la natura giuridica delle direttive anticipate ed il fondamento che per esse si rinviene nel principio di autodeterminazione, che è principio a valenza costituzionale: il doppio limite potrebbe essere rappresentato dalla relatività della previsione e dal ridotto grado di vincolatività che esse potrebbero avere sia nei confronti del giudice che nei confronti dell'amministratore di sostegno per effetto di quanto disposto negli artt. 408 e 410 c.c.

Infatti, secondo quanto previsto nell'art. 408 c.c., la scelta di un amministratore da parte del beneficiario può essere derogata dal giudice, il quale può, in presenza di gravi motivi, nominarne uno diverso; e, per quanto dispone l'art. 410 c.c., lo stesso amministratore di sostegno – che ha il dovere di tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario – può essere in contrasto con il beneficiario su scelte ed atti da compiere, nel qual caso il potere decisionale torna nella sfera di competenza del giudice tutelare il quale, di fatto, finisce per ricoprire egli stesso il ruolo di sostituto del beneficiario. Inoltre, sempre con riferimento al decisivo e pregnante ruolo del giudice, appare, altresì, lecito domandarsi se, mancando nell'art. 408, 3° comma c.c. qualsiasi richiamo ad eventuali direttive anticipate sui trattamenti sanitari, nel caso in cui esse fossero contenute nell'atto di designazione emesso dallo stesso beneficiario, il giudice tutelare avrebbe anche il potere discrezionale di non recepirle nel decreto di nomina dell'amministratore¹⁶.

Vigendo ora l'art. 4 della l. n. 219 del 2017, la figura del fiduciario per la salute ha colmato la lacuna ma ha lasciato all'interprete non pochi interrogativi circa il suo ruolo e la sua funzione in materia così delicata e dai mobili confini e fondamenta.

L'atto di nomina personalissimo, destinato al terzo incaricato, in quanto espressione del principio di autodeterminazione della persona, potrebbe dirsi perfezionato al momento dell'accettazione del suo destinatario; il conferimento del particolare ruolo che il terzo è chiamato a svolgere necessita di attribuzioni del potere di rappresentanza, essendo egli chiamato a farne le veci ed a rappresentarlo nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie (art. 4,1°co.). L'eventuale rinuncia all'incarico, in linea di principio concepibile, farebbe in modo che – venuta meno la nomina – verrebbero ad operare le norme che impongono al giudice tutelare di procedere alla nomina di un amministratore di sostegno (art. 4, 4° co)¹⁷.

È di tutta evidenza che, in ordine alla figura del c.d. fiduciario per la salute, la concezione recepita dal legislatore speciale sia la sua configurazione quale rappresentante del dichiarante che lo ha nominato; come tale, in grado o di sostituirsi ad esso, ovvero, nella migliore delle ipotesi, di "assistere", integrando la sua dichiarazione di volontà già manifestata. E, tuttavia, una tale impostazione, riferibile a tutti quei casi in cui è necessario assumere una decisione sui trattamenti sanitari nei confronti di un paziente incapace che non abbia manifestato alcuna volontà riguardo alle cure ed alle terapie cui dovesse essere sottoposto, potrebbe aprire il varco ad una serie di questioni allorquando la persona abbia espressamente formulato disposizioni anticipate nominando un terzo fiduciario con il solo compito di *attuare* e di *farle eseguire* dai medici curanti.

¹⁶ Cfr. sul punto, G. BONILINI, *Designazione dell'amministratore di sostegno e direttive anticipate da seguire nello svolgimento dell'ufficio*, in *Fam, Pers. e Succ.*, 2, 2007, p. 102 ss.

¹⁷ In buona sostanza, l'intera vicenda rimarrebbe nell'ambito dell'autonomia decisionale della persona e della sua sfera giuridica, nel pieno rispetto del fondamento costituzionale che è stato riconosciuto al principio di autodeterminazione e che è stato rinvenuto nell'art. 13 Cost. e della dignità della persona medesima.

Mentre nel primo caso è la legge a provvedere mettendo a disposizione dei privati e del giudice le norme sulla rappresentanza legale nelle forme che più e meglio si adattino al caso concreto¹⁸, nel caso in cui esistano disposizioni anticipate delineate dal paziente, la funzione del terzo incaricato potrebbe rivelarsi più problematica dovendosi individuare il suo compito tra l'adesione alla volontà manifestata nelle DAT e le esigenze che si pongono al momento di assumere la decisione¹⁹.

4. L'attuazione *per relationem*

Riemerge in tutta la sua valenza, l'annoso problema dell'*attualità* del volere espresso nelle dichiarazioni anticipate; è, questo, un aspetto problematico della volontà in esse dichiarata, posto che l'essenza delle dichiarazioni anticipate sta proprio nello stabilire, ora per allora, a quali cure e trattamenti sanitari il loro autore intende sottoporsi²⁰.

Si è sempre considerato, infatti, che, proprio perché le dichiarazioni di volontà sono anticipate, difficilmente la decisione assunta dall'autore di esse possa essere reputata come supportata da una ponderata valutazione del caso clinico concreto; tanto, soprattutto in considerazione del progresso scientifico a seguito del quale potrebbero emergere migliori alternative terapeutiche: profilo, questo, che non può essere trascurato ma che, tuttavia, non può farsi assurgere ad elemento impeditivo *tout court*, ponendo, piuttosto, l'esigenza di individuare il rimedio più adatto per tenerne conto.

Non è insolito, infatti, che il lasso di tempo che intercorre tra il momento in cui si dichiarano le disposizioni anticipate e quello in cui si deve darne attuazione sia tale da richiedere la valutazione di numerose circostanze di fatto che possono rivelarsi determinanti ai fini della interpretazione e della conseguente attuazione delle disposizioni medesime; circostanze (evoluzione del progresso scientifico e tecnologico in campo medico; scoperta di terapie farmacologiche risolutive; predisposizione di centri adeguati per le cure palliative; sopravvenienze di interessi di terzi altrettanto meritevoli di tutela, come, ad esempio, i figli) che, per la novità ad esse connaturata, potrebbero modificare gli inte-

¹⁸ L'art. 357 c.c., letto in combinato disposto con l'art. 424, prevede che "Il tutore ha la cura della persona" dell'interdetto, investe il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace. Poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno (artt. 404 c.c. ss.). Inoltre, il D.Lgs. 24 giugno 2003, n. 211, art. 4 (Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico), prevede che la sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, è possibile a condizione, tra l'altro, che "sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante.

¹⁹ Sul punto, sia consentito rinviare a T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, p. 121 ss., ove già si poneva la questione dei poteri dell'amministratore in carenza di direttive anticipate. Significativa, altresì, la ordinanza del Tribunale di Pavia, 24 marzo 2018 (sul sito www.biodiritto.org, sub Giurisprudenza, 2 maggio 2018) con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 4 e 5 della l. 219 del 2017, nella parte in cui prevede che l'amministratore di sostegno possa, pur in assenza di dichiarazioni anticipate, rifiutare le cure di mantenimento in vita del beneficiario senza ricorrere al giudice tutelare.

²⁰ Diverse sono nel sistema del diritto civile vigente le ipotesi in cui le dichiarazioni espresse dai privati possono valere ora per allora e sono destinate ad esplicare i loro effetti in un tempo futuro: basti pensare, oltre che al testamento, alla confessione stragiudiziale, alla dichiarazione sottoposta a condizione sospensiva, alla testimonianza.

ressi che avevano spinto l'autore delle dichiarazioni anticipate a redigerle, al punto da non farle più coincidere con la sua volontà.

Appare in tutta evidenza come, in simile contesto, assuma un ruolo decisivo il tenore (astrattezza, generalità, specificità) della dichiarazione di volontà dell'interessato, il quale, stante il carattere della "personalità" che la contraddistingue, farebbe bene a prevedere criteri di collegamento utili perché il verificarsi di quegli eventi o circostanze estrinseche possa, all'occorrenza, modificarla o integrarla; di modo che, la dichiarazione di volontà, oltre a contemplare l'attuale volere del dichiarante, contenga, altresì, riferimenti a fattori esteriori che, ove necessario, aiutino il fiduciario ad "attualizzare" la volontà del dichiarante medesimo per il tramite delle indicazioni dallo stesso individuate nel contenuto dell'atto.

Con riguardo a tale profilo, un utile riferimento potrebbe essere costituito dalla figura della c.d. disposizione *per relationem*, nella sua accezione più generale, ossia intesa come dichiarazione contenente un rinvio, operato dallo stesso dichiarante, a tutti quegli elementi estrinseci in grado di integrare la dichiarazione di volontà dallo stesso emessa²¹.

Nella teorica operata a proposito di tale tecnica ricostruttiva, oggetto di *relatio* possono essere atti umani, anche di terzi, o eventi e circostanze naturali sia già accaduti al momento della redazione dell'atto sia che devono verificarsi in un momento successivo²².

A tal riguardo, proprio in considerazione del potere riconosciuto all'autore della dichiarazione di scegliere fra «il determinare e il predisporre il modo per determinare»²³, è stata posta la distinzione, ormai unanimemente condivisa, tra *relatio* formale e *relatio* sostanziale; indicando, la prima, una modalità di manifestare la volontà autonomamente formata; la seconda, il mezzo attraverso cui determinare o completare quella stessa volontà²⁴.

²¹ Nell'ambito della teoria del negozio giuridico, il problema della *relatio* ha interessato tutta la dottrina civilistica di ogni tempo. Per una ricognizione, si rinvia a R. CECCHETTI, voce *Negozio giuridico*, VII) *Negozio per relationem*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990. Con riguardo alle dichiarazioni di volontà unilaterali, la tematica è stata affrontata approfonditamente in riferimento al negozio unilaterale per eccellenza qual è il testamento. Si vedano, oltre alle opere generali in tema di successione testamentaria, P. RESCIGNO, *L'interpretazione del testamento*, Napoli, 1952; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Napoli, 2010, p. 87 ss.; A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione. Contributo ad una teoria del negozio per relationem*, Milano, 1966; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 166 ss.; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1972, p. 117 ss.; G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Art. 601-608*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1986, p. 6 ss.; G. BARALIS, *Il testamento per relationem*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, Padova, 1994, p. 967 ss.; L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, e continuato da L. MENGONI, VI ed. aggiornata, Milano, 1999, p. 25 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, Milano, 2015, p. 258 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2018, IX ed., p. 270 ss.; V. PESCATORE, *Il testamento per relationem*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 47 ss.

²² L'utilità di procedere per esemplificazione è stata, di recente e sulla scia della dottrina sopra richiamata, sottolineata da V. PESCATORE, *op. cit.*, p. 49.

²³ Secondo la ricostruzione operata da N. IRTI, *op. cit.*, p. 25, il quale assegna all'elemento estrinseco il ruolo di «fonte determinativa esterna».

²⁴ In tal senso, cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, p. 25. Com'è noto, la figura della dichiarazione per relationem non riceve nell'ordinamento una disciplina specifica. Per l'inquadramento sistematico della categoria in esame, la dottrina

Il principio di fondo che caratterizza gli argomenti di discussione intorno al fondamento normativo della *relatio* si esprime nel senso di riconoscere che, qualora il rinvio si riferisca a circostanze o qualità esterne oggettivamente verificabili, non viene menomata la certezza del contenuto della dichiarazione, neppure quando l'evento o la circostanza, oggetto di *relatio*, dipendano dal comportamento altrui, contenendo in sé la dichiarazione il criterio per poter essere integrata.

In tali casi, si ritiene che quando l'altrui volontà è già nota o manifestata e l'autore della dichiarazione richiami espressamente gli eventi esterni di riferimento, questi fa propria la volontà di assumere anche gli eventi stessi²⁵; di modo che, la scelta e la decisione, operate dal terzo in concreto, completano quella fatta dall'autore della dichiarazione ma non si sostituiscono ad essa, poiché assume preminenza il profilo della personalità dell'atto.

Nelle dichiarazioni unilaterali di volontà caratterizzate dal principio della personalità – cui possono essere ricondotte anche le dichiarazioni anticipate sui trattamenti sanitari – l'ammissibilità della c.d. *relatio* sostanziale potrebbe essere intesa nel senso che dette dichiarazioni potrebbero essere integrate da fonti esterne, sia che si tratti di eventi o circostanze (progresso della tecnica e della scienza medica e farmacologia), sia che si tratti di volontà di terzi (il medico, i rappresentanti legali, il fiduciario), entro i limiti indicati nelle stesse DAT ed individuati dal dichiarante nei criteri relazionali²⁶.

È, dunque, il dichiarante che deve tracciare i confini entro i quali può intervenire l'eterointegrazione del terzo, operando sul contenuto della dichiarazione, affinché la scelta completi la dichiarazione ma non si sostituisca ad essa²⁷.

ha fatto riferimento, nell'ambito degli atti unilaterali, all'art. 628 c.c., norma alla cui stregua si è giunti a sostenere l'ammissibilità della *relatio* in materia testamentaria (cfr. già M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 255; N. IRTI, *op. cit.*, p. 231; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 8; T. AULETTA, *Disposizioni a favore di persona incerta*, in *Le successioni testamentarie* (artt. 624 – 712 c.c.), a cura di C.M. BIANCA, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIARI, Torino, 1983, p. 32 ss.; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Padova, 1982, p. 450; C. M. BIANCA, *Diritto civile II, 2.2, Le successioni*, cit., p. 74; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 270 ss., limitatamente a "documenti estrinseci" all'atto di ultima volontà sulla base di un'argomentazione a contrario in forza della quale, procedendo dalla nullità ex art. 628 c.c. delle disposizioni a favore di persona incerta, è stata desunta l'ammissibilità delle indicazioni del de cuius che consentano l'individuazione certa del destinatario.

Ad ulteriore conferma di tale ammissibilità vengono, altresì, richiamate le disposizioni di cui all'art. 629, 1° co., c.c. (disposizioni a favore dell'anima, valide se i beni siano individuati o "se possa essere determinata la somma da impiegarsi a tal fine") ed all'art. 630, 1° co., c.c. (disposizioni a favore dei poveri, considerate valide anche se genericamente espresse, sebbene non sia individuato l'uso o il pubblico istituto beneficiario); mentre, ad un atteggiamento più cauto sembrano richiamare gli artt. 631, 1° co. e 632 c.c., che prevedono il divieto per il testatore di rimettere ad un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario e la determinazione della quota, nonché quello di attribuire al mero arbitrio dell'onerato o di un terzo la determinazione dell'oggetto e della quantità del legato (ma v. sul punto, N. IRTI, *op. cit.*, p. 242).

²⁵ In tal senso, C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, 2.2, Le successioni*, cit., p. 258 ss. Tale requisito è richiesto in ambito testamentario anche e soprattutto per i limiti imposti nell'art. 631 c.c. che impone che le scelte provengano dal testatore in via esclusiva, dovendosi ritenere la possibilità di cui al 2° comma come estrinsecantesi nello spazio delimitato dal testatore.

²⁶ Ciò sembra possa essere argomentato per via analogica sulla base di quanto dispone il 2° comma dell'art. 631 c.c., che ammette il parziale contributo di un terzo, e l'art. 632 c.c. che autorizza il rinvio al prudente apprezzamento del terzo.

²⁷ Cfr. sul punto le argomentazioni di N. IRTI, *op. cit.*, pp. 46-48.

Emerge ancora più evidente l'esigenza che sia il dichiarante a stabilire già nel contenuto della dichiarazione i criteri di determinazione e di integrazione dell'atto e della sua volontà, seguendo sostanzialmente il criterio della "idoneità allo scopo"²⁸.

Si tratta, dunque, di stabilire se, per il tramite del meccanismo della *relatio*, possa essere superato il problema dell'"attualizzazione" della volontà del paziente, laddove, opportunamente corredata la sua dichiarazione anticipata dei criteri di riferimento ad eventi o circostanze esterne, chiaramente espressi (evoluzione della scienza medica e delle terapie farmacologiche e palliative; sopravvenienza di figli; previsione di servizi di assistenza pubblici e sociali nella cura di patologie croniche e a lunga degenza), possano servire ai destinatari per rendere attuale quella dichiarazione; ovvero per considerarla revocata, ovviando, in tal modo, alla carenza di certezza della volontà da più parti manifestata e paventata. E, per quanto il sanitario possa disattendere – inderogabilmente previo accordo con il fiduciario – la volontà del paziente dichiarata nelle DAT, tuttavia, tale potere può essere esercitato o in caso di palese incongruità o non corrispondenza delle DAT alla condizione clinica attuale del paziente, o in caso di sussistenza di terapie efficaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita, non prevedibili all'atto della sottoscrizione²⁹.

Sulla questione relativa alla carenza di attualità nelle dichiarazioni anticipate sui trattamenti sanitari era già intervenuta la Suprema Corte³⁰, la quale, si era discostata dai principi su cui si era fondata la precedente sentenza n. 21748 del 2007.

La Suprema Corte, esponendo in motivazione talune riserve, ha tentato di circoscriverne i limiti, ritenendo che, nell'ipotesi di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, il dissenso del medesimo debba essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata. Esso deve, cioè, esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una "precomprensione": in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto *ex post* e non *ex ante*, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute.

Ad avviso della Corte, l'efficacia di uno speculare dissenso *ex ante*, privo di qualsiasi informazione medico-terapeutica, deve ritenersi altrettanto imprevedibile, sia in astratto che in concreto, qualora il paziente, in stato di incoscienza, non sia in condizioni di manifestarlo scientemente, e ciò perché altra è l'espressione di un generico dissenso ad un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermarlo puntualmente in una situazione di pericolo di vita: «(...) è innegabile, in tal caso, l'esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione, anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso

²⁸ N. IRTI, *op. cit.*, p. 248.

²⁹ Il potere di disattendere in toto le indicazioni del paziente contenute nelle DAT è certamente indiscutibile qualora esse prevedano trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali (ex art. 1, l. n. 219 del 2017).

³⁰ Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, relativa ad un caso di emotrasfusioni effettuate nel corso di un trattamento sanitario ad un paziente Testimone di Geova senza il suo consenso.

indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari». Il contrasto giurisprudenziale tra le decisioni n. 21748 del 2007 e n. 23676 del 2008 si era delineato proprio sul punto della efficacia del rifiuto del trattamento sanitario, in quanto mentre nel primo caso tale rifiuto è stato ritenuto potersi desumere anche da comportamenti concludenti e sulla base di una volontà ricostruita per presunzioni, nel caso ultimo invece, è stato ritenuto necessario un rifiuto non astrattamente ipotetico ma concretamente accertato, non programmatico ma specifico; un *giudizio* e non una *precomprensione*.

A fronte di una carenza di attualità delle scelte in precedenza compiute ed in assenza di una revoca espressa dallo stesso autore a causa di una incapacità psichica in atto, dovrebbe essere principalmente il medico curante colui che, ove emerga dal contenuto delle dichiarazioni anticipate la possibilità di ricorrere ad elementi esterni all'uopo indicati dallo stesso dichiarante, potrebbe discostarsi da quelle direttive sul presupposto, motivato e dettagliatamente circostanziato nella cartella clinica, che il paziente stesso, qualora si fosse trovato nella condizione di farlo, avrebbe espresso un diverso volere e modificato le scelte precedenti³¹.

5. Dal contenuto (anche *per relationem*) alla forma delle direttive anticipate

Sin da quando è giunto all'attenzione degli interpreti il problema della validità delle direttive anticipate sui trattamenti sanitari, ci si è interrogati circa la forma che esse dovrebbero rivestire.

In verità, la questione si è posta più per l'assonanza che la locuzione *testamento di vita* ha, sin dall'inizio, accostato le disposizioni anticipate all'idea che esse dovessero essere affidate ad un atto pubblico e non già per effettive esigenze di forma *ad substantiam actus*; anzi, da un punto di vista di politica del diritto, tale evenienza sarebbe stata da scongiurare, posto che la tendenza più in linea con l'ordinamento imporrebbe piuttosto l'adozione della forma più semplice di espressione della volontà, in perfetta armonia con il principio generale della libertà delle forme che sottende alla disciplina generale dell'atto.

Nella l. n. 219 del 2017, mentre il principio generale della libertà delle forme è decisamente affermato nell'art. 1, 4° co, l'art. 4 prescrive, invece, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata ovvero consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie³².

³¹ Cfr., al riguardo, le considerazioni di L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, *Famiglia*, 2006, p. 437 e, prima ancora, di P. CENDON, *Il testamento per morire in pace*, online: https://www.personaedanno.it/dA/11caf97278/allegato/AA_001048_resource1_orig.pdf, p. 36 ss. (in *Testamento biologico, direttive anticipate di trattamento. Atti del convegno di Trieste*, 6 aprile 2005, curati dall'Associazione Goffredo de Banfield). In tal senso si muove l'attuale disciplina.

³² Dopo aver espresso più di una riserva, rilevava già, al riguardo, G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 83 ss.: «Se si preferisce l'atto pubblico, si può attribuire il potere necessario al direttore amministrativo della struttura ospedaliera presso la quale il paziente sia degente, oppure si può circoscrivere l'intervento del pubblico ufficiale alla autenticazione della firma, e, in entrambi i casi si potrebbe ricorrere agli uffici comunali; oppure ancora conferire il potere di autenticazio-

Forme diverse, come le videoregistrazioni o altri dispositivi sono presi in considerazione solo per il caso in cui le condizioni fisiche del paziente non consentano la redazione degli atti nella forma tradizionale dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Nella stessa direzione ci si muove per il caso di revoca e rinnovo delle DAT, con la precisazione che, in caso di emergenza, si può anche procedere con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata dal medico alla presenza di due testimoni.

I casi concreti che sono giunti all'attenzione dei giudici³³ dimostrano in verità come, in materia di forma delle dichiarazioni anticipate, si sarebbe dovuto procedere verso una direzione diversa da quella della previsione di forme vincolate *ad substantiam actus*.

Ed invero, il riconoscimento esplicito del diritto di autodeterminazione sui trattamenti sanitari che possono riguardare una persona anche in assenza di formali dichiarazioni di volontà contenenti direttive anticipate e sulla base della ricostruzione delle sue concezioni di vita, operata *a posteriori* dal rappresentante legale o dal giudice nel corso del giudizio assumendo tutti i mezzi di prova all'uopo necessari, potrebbe porre il problema dei rischi di un eccesso di discrezionalità nella tendenza a desumere la volontà del paziente anche *per facta concludentia*.

Infatti, in assenza di dichiarazioni di volontà del paziente in stato di incapacità, l'intervento del giudice deve esprimere una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace; e, all'esito di un giudizio effettuato secondo la "logica orizzontale compositiva della ragionevolezza" – la quale postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto – tale intervento si estrinseca nell'autorizzare o meno la scelta compiuta dal rappresentante.

In materia, l'orientamento della Suprema Corte è nel senso di ritenere che manifestare o negare il consenso da parte del rappresentante legale di un incapace alla sottomissione o alla prosecuzione di trattamenti sanitari possa essere consentito, anche in assenza di dichiarazioni anticipate, su autorizzazione del giudice. Questi, prima di concedere l'autorizzazione, dovrà accertare la conformità della determinazione volitiva espressa dal rappresentante a quella che, presumibilmente, avrebbe assunto l'incapace nelle condizioni date; il che equivale a dire che la scelta, operata dal rappresentante, non deve e non può essere espressione del giudizio sulla qualità della vita del rappresentante medesimo ma deve essere la rappresentazione del giudizio sulla qualità della vita del rappresentato³⁴.

ne delle volontà inerenti il trattamento sanitario al medico curante, o all'avvocato» (p. 98). Nella stessa direzione era il pensiero di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 2009 op. cit., p. 252 e 259.

³³ Il riferimento è al caso deciso da Cass. 10 ottobre 2007, n. 21748.

³⁴ Cfr., ad esempio, quanto si legge in motivazione nel decreto della Corte di Appello di Milano del 25 giugno 2008 relativo al noto caso Englaro: «(...) alla luce di quella "logica orizzontale compositiva della ragionevolezza" indicata dalla Suprema Corte – bilanciamento in cui non può non trovare spazio sia la valutazione della straordinaria durata dello Stato Vegetativo Permanente (e quindi irreversibile) di E., sia la, altrettanto straordinaria, tensione del suo carattere verso la libertà, nonché la inconciliabilità della sua concezione sulla dignità della vita con la perdita totale ed irrecuperabile delle proprie facoltà motorie e psichiche e con la sopravvivenza solo biologica del suo corpo in uno stato di assoluta soggezione all'altrui volere, tutti fattori che appaiono e che è ragionevole considerare nella specie prevalenti su una necessità di tutela della vita biologica in sé e per sé considerata – l'istanza di autorizzazione all'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale (...) va inevitabilmente accolta».

Emerge in tutta evidenza quale importanza venga a ricoprire l'indagine probatoria da parte del giudice, il quale avrà l'ingrato compito di assumere ogni mezzo istruttorio all'uopo utile, di vagliarne l'attendibilità e l'univocità per porlo poi alla base della sua decisione.

La delicatezza della materia e la rilevanza degli interessi in giuoco, in assenza di dichiarazioni anticipate espressamente enunciate, suggeriscono di mantenere un atteggiamento di cautela – ed è ciò che emerge anche dall'orientamento della stessa giurisprudenza sopra citata – soprattutto allorché la ricostruzione della volontà del paziente interessato fosse costretta a passare per il tramite delle presunzioni; di quelle presunzioni semplici che l'art. 2729 c.c. affida, per l'appunto, alla prudenza del giudice il quale ha però il dovere di ammettere solo quelle «gravi, precise e concordanti».

A fronte di tali difficoltà e del difficile compito che dovrebbe assumere il giudice nel raggiungere il sereno convincimento sulla concezione di vita di un soggetto psichicamente incapace attraverso prove diverse da quelle documentali, sarebbe stato più consono prevedere che la forma scritta, o qualsiasi altra ad essa equiparata, fosse richiesta come necessaria non *ad substantiam* bensì *ad probationem actus*, a ciò non necessitando l'atto pubblico o con sottoscrizione autenticata ma essendo sufficiente una qualsiasi forma dalla quale risulti chiaramente la manifestazione di volontà dell'interessato³⁵.

La portata delle regole e dei principi generali cui, allo stato, occorre fare riferimento è direttamente proporzionale alla rilevanza del valore della vita con essi tutelato; un utile criterio discretivo sulle decisioni da assumere di volta in volta potrà sicuramente essere costituito dalla ricerca del fondamento normativo che sia rappresentato da quelle norme, a qualunque fonte esse appartengano, che salvaguardano e garantiscono la tutela della persona e della sua dignità.

³⁵ In tal senso, sia consentito il richiamo a T. PASQUINO, *op. cit.*, p. 135 ss. I fatti di cronaca registrano casi in cui qualche paziente in stato di malattia cronica ha affidato la propria volontà sulla prosecuzione dei trattamenti sanitari sulla sua persona ad un video memorizzato su un supporto magnetico.

La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017

Caterina Di Costanzo*

THE PROTECTION OF THE CHILDREN'S RIGHT TO HEALTH. SOME REFLECTIONS ON THE LAW N. 219/2017

ABSTRACT: This article aims to identify three fundamental paradigms orienting the interpretative analysis in matters related to children's health. The normative analysis concerns both the international and the supranational regulations and focuses on the norms of law n. 219 allowing a reconstruction of the fundamental principles in the sector of the children's right to health. At national level, the analyzed areas are those of informed consent and shared planning of cares. These areas of protection constitute an instrument for verifying the reasonableness of the mentioned paradigms, such as the identity, the relational and the balance between protection and autonomy needs of children, which have emerged at international and supranational level and have been upheld by the principles of the national law n. 219/2017.

KEY-WORDS: biolaw; children's right to health; health related issues; international and supranational law; national law n. 219/2017

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Tutela della salute e minori – 3. Le previsioni normative internazionali e sovranazionali in materia di tutela del diritto alla salute del minore – 4. La legge n. 219/2017 e la tutela dei minori – 4.1. Il consenso informato delle persone minori di età – 4.2. La pianificazione condivisa delle cure – 4.3. Problematiche e rilievi critici – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

L'analisi della normativa concernente la tutela del diritto alla salute del minore nell'intreccio di vari ordinamenti, di livello internazionale, sovranazionale e nazionale, rappresenta sicuramente un campo di ricerca interessante per una molteplicità di motivi. La tutela della salute, come da tempo ormai affermato, costituisce un nucleo di tutela multidimensionale sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo¹. In particolare, il settore della tutela della salute del minore intercetta problematiche complesse inerenti ambiti disciplinari differenti (diritto di famiglia, diritto

*Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze – AOU Meyer. Mail: caterina.dicostanzo@unifi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹Sulla complessità e multidimensionalità della tutela della salute e sulle molteplici posizioni giuridiche soggettive che possono ricondursi nell'alveo del diritto alla salute, si veda in particolare B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società.*, 1983, pp. 25 ss., M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, pp. 5394 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.



pubblico, diritto dell'Unione europea, diritto dell'immigrazione, etc.), evidenziando i nessi esistenti fra varie discipline con la finalità unica di tutela della persona minore di età (si pensi alla scienza medica chiamata a dialogare operativamente con le scienze psicologiche, giuridiche, bioetiche). Il minore che affronta un periodo di malattia è, infatti, una persona che presenta un duplice profilo di fragilità, dovuto alla minore età, cui è connessa la ancora esigua esperienza di vita, e alla malattia, e ha il diritto di essere tutelato secondo modalità che riconoscano non solo la sua fragilità e vulnerabilità ma anche la sua soggettività e garantiscano, all'interno della tutela della salute psico-fisica, il rispetto della sua dignità.

Inoltre, l'analisi normativa delle modalità di tutela della salute del minore costituisce una ottica privilegiata per individuare i principali filoni e paradigmi che, emersi a livello internazionale e sovranazionale, vanno a comporre anche a livello nazionale, con la legge n. 219 del 2017 ma non solo, quel vastissimo campo rappresentato dalla tutela del diritto alla salute del minore.

In questo contributo cercheremo, in prima battuta, di individuare questi paradigmi che rappresentano tracce di orientamento nel *mare magnum* del diritto alla salute. In secondo luogo, cercheremo di ricostruire il contenuto della normativa concernente il diritto alla salute del minore prima a livello internazionale e poi facendo riferimento, a livello nazionale, soprattutto alle norme previste dalla legge n. 219 del 2017 su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento.

2. Tutela della salute e minori

I principali paradigmi di analisi del rapporto fra salute e minori sono, a nostro avviso, tre: la salute del minore come tutela della sua identità, la salute del minore fra esigenze di protezione e autonomia e la salute del minore come relazione di cura. Tali paradigmi non si pongono sullo stesso piano funzionale. È indubbio che il primo rappresenti un paradigma "fine" che si pone come un obiettivo rispetto agli altri due. Il paradigma relazionale e quello del bilanciamento fra esigenze di protezione e autonomia del minore rappresentano infatti paradigmi "procedurali" che agiscono in funzione strumentale rispetto all'esigenza di tutela dell'identità del minore.

Il primo paradigma è quello della salute come nucleo identitario della persona sia dal punto di vista biografico che biologico.

L'evoluzione della nozione di salute è oramai stata fatta oggetto di molteplici ricostruzioni scientifiche². Qui non è nostra intenzione riproporre una analisi esaustiva dell'evoluzione del concetto di salute. Ci preme invece fare emergere come una vocazione identitaria insita nella tutela della salute sia

² L.S. LARSON, *The conceptualization of health*, in *Medical care research and review*, n. 56, 1999, pp. 123-136; M. HUBER, A. KNOTTNERUS, L. GREEN, H. VAN DER HORST, A. R. JADAD, D. KROMHOUT, B. LEONARD, K. LORIG, M. I. LOUREIRO, J. W. M. VAN DER MEER, P. SCHNABEL, R. SMITH, C. VAN WEEL, H. SMID, *How should we define health?*, in *British medical journal*, 2011; Lancet Editorial, *What is health? The ability to adapt*, 2009; A.R. JADAD, L. O'GRADY, *How should health be defined*, in *British medical journal*, 2008; C. BOTRUGNO, *Il diritto alla salute dinnanzi alla sfida della complessità. Dalla crisi del riduzionismo biomedico alla global health*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 2, 2014, pp. 495-512; D. CALLAHAN, *The WHO Definition of Health*, in *Hasting center studies*, n. 3, 1973, pp. 77-87.

rintracciabile nella concezione generale di salute ma sia ancora più significativa se la rapportiamo alla specifica condizione fisica, psichica e socio-familiare dei minori³.

Riprendendo quelle che sono le principali fasi dello sviluppo della nozione di salute, occorre mettere in evidenza il passaggio fondamentale da una nozione meccanicistica e strutturalmente biomedica di salute a una nozione funzionalistica e maggiormente connotata da aspetti psico-sociali e relazionali. La prima concezione di salute è focalizzata sul corpo come macchina su cui la malattia incide creando una condizione la cui origine è rintracciabile essenzialmente in agenti patogeni riconducibili all'alterazione di processi biologici di base. La seconda nozione prende in considerazione in maniera integrata la componente fisica, psichica e relazionale dell'individuo e rapporta la salute dell'individuo all'equilibrio dinamico fra le componenti psico-fisiche e relazionali della persona.

Oramai da tempo viene affermato che la salute non è più un dato statico collegato soltanto al buon funzionamento o ai "guasti" delle parti "meccaniche" del corpo dei singoli individui ma è conseguente a un equilibrio dinamico, derivante da comportamenti e condizioni psico-fisiche e relazionali in cui la persona vive. Il buon funzionamento degli organi e delle parti dell'individuo costituisce una *condicio sine qua non* per il benessere della persona ma non si identifica con esso e non esaurisce la questione.

In questo passaggio, registrato a partire dai documenti dell'Oms⁴, l'approccio alla tutela della salute si cristallizza in un ampliamento della sua sfera di operatività e di significatività all'interno della identità biografica, e non solo più biologica, del singolo individuo⁵.

Questo rilevante aspetto esistenziale della configurazione della nozione di salute è stato senza dubbi sviluppato all'interno degli studi di Amartya Sen e Martha Nussbaum. Questi studiosi hanno affermato che la salute costituisce uno fra gli aspetti fondamentali che compongono una soglia minimale che è alla base dello sviluppo delle *capabilities* della persona⁶. Le "capacità umane" sono intese come pa-

³ Su questo punto si vedano le interessanti riflessioni contenute in Cass. n. 22080/2009: «[...] a fronte di un ordinamento precostituzionale ricco di riferimenti alla peculiarità, alla specificità della questione minorile[...] è scelta ben condivisibile quella della Costituzione[...] di porre il minore sul medesimo piano di ogni altro cittadino. Tale prospettiva è rettamente evidenziata dall'analisi degli artt. 2 e 3 Cost., che costituiscono veramente il fondamento di tutto l'edificio costituzionale. Da un lato, è il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, dall'altro l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli che – limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini – impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Significativamente, nell'una e nell'altra norma è presente il riferimento alla personalità e al suo sviluppo: un'indicazione siffatta, se appare diretta a tutti i cittadini o, ancor di più, a tutti gli individui, pure, come si è detto, si attaglia particolarmente al fanciullo, per il quale lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico. Dunque, tutela dei diritti fondamentali del minore (come di ogni individuo)».

⁴ Nel preambolo alla Costituzione del 1946 si legge «la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non la semplice assenza di malattia». Nella Carta di Ottawa del 1986 viene scritto che «La promozione della salute è il processo che mette in grado le persone di aumentare il controllo sulla propria salute e migliorarla [...]».

⁵ Nella pronuncia della Corte di Cassazione del 16 ottobre 2007, n. 21748, la Corte afferma che la salute non può essere più intesa «come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente la percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza».

⁶ L'approccio delle *capabilities* è stato introdotto da Amartya Sen negli anni Ottanta del Novecento (si veda *Equality of what* ripubblicato nel 2000) e sviluppato successivamente da Martha Nussbaum (si veda M. Nussbaum, *Capacità personale e democrazia sociale*, Reggio Emilia, 2003).

trimonio di potenzialità che appartiene a ogni individuo e che deve costituire oggetto di cura da parte della comunità cui l'individuo fa riferimento e da parte delle organizzazioni nazionali e internazionali a ciò deputate.

La salute rappresenta in questa ottica una capacità essenziale del funzionamento umano e una condizione indispensabile per lo sviluppo di capacità più complesse. Pertanto, è possibile affermare che la salute, considerata attraverso la lente identitaria, possiede strutturalmente una operatività ampia e include non solo il buono stato psico-fisico, ma una pluralità di situazioni soggettive collegate alla tutela di una determinata qualità di vita, come la garanzia di una adeguata e sana alimentazione e una abitazione salubre.

In relazione al minore si avverte fortemente la potenzialità applicativa della nozione "identitaria" di salute utilizzata in riferimento alle *capabilities*. Nella situazione specifica del minore emerge in maniera strutturale l'esigenza di preservare un buon equilibrio fra le varie componenti in una fase in cui la dinamica evolutiva può essere definita come qualificante tutti i processi biologici e esistenziali della persona. Le potenzialità del minore possono incidere direttamente sul livello di salute che può raggiungere e, a loro volta, possono essere condizionate fortemente dal livello di salute posseduto. La possibilità di accedere tempestivamente a servizi sanitari di prevenzione o riabilitazione e la possibilità di ripristinare la salute con un trattamento sanitario possono, infatti, impattare fortemente sulle modalità di sviluppo ed evoluzione della persona minore di età.

Un secondo paradigma, connesso al primo, che emerge nell'ambito della tutela della salute in generale e assume maggiore rilevanza se collegato al settore specifico dei minori è quello del carattere relazionale del diritto alla salute.

La relazione di cura costituisce il contesto nel quale bisogni e esigenze emergono e assumono una rilevanza tale da diventare meritevoli di protezione. Nel caso del minore il carattere relazione del diritto alla salute assume un significato strutturale e, si potrebbe dire, necessariamente plurisoggettivo. Il minore, infatti, partecipa alla relazione di cura sia direttamente ma anche indirettamente attraverso la funzione di facilitazione e mediazione che viene svolta dal nucleo familiare o dai rappresentanti legali nominati dall'autorità giudiziaria nel caso in cui la famiglia non sia presente o sia disfunzionale. Il minore esprime le proprie esigenze e preferenze anche in merito alla cura in primo luogo nel rapporto con la famiglia e con i rappresentanti legali e, successivamente, si apre la strada della relazione con gli operatori sanitari. Attraverso la mediazione della famiglia, o nel caso questa non ci sia o non sia idonea a farsi carico dei bisogni dei minori, la mediazione dei servizi sociali o dell'autorità giudiziaria che nomina i rappresentanti legali dei minori e ne definisce le responsabilità specifiche, le esigenze e i bisogni socio-sanitari dei minori vengono presi in carico con la finalità della salute psico-fisica del minore nel pieno rispetto della sua dignità.

Un terzo paradigma che è possibile rintracciare nell'ambito generale della tutela della salute ma che emerge con più forza nel settore pediatrico è quello della necessità di preservare un equilibrio fra le esigenze di protezione e le esigenze di autonomia del minore, fra autorità e libertà per utilizzare una espressione che ha avuto una fortunata applicazione nelle scienze giuridiche. Questo paradigma rivela la propria rilevanza se messo in connessione con lo sviluppo e l'impiego in ambito sanitario delle tecnologie biomediche che consentono nuove possibilità alla medicina e ne evidenziano anche i limiti

nel caso in cui non tengano adeguatamente conto della necessità di garantire un efficace equilibrio fra esigenze di protezione e autonomia della persona.

La persona malata risulta essere più fragile poiché la malattia ha la forza di incidere sulla sua stabilità emotiva e decisionale. Anche nel caso della persona adulta occorre tenere in considerazione l'esigenza di calibrare qualsiasi atto sull'equilibrio fra necessità di protezione e garanzia dell'autonomia della persona.

Questo paradigma se applicato nel settore pediatrico emerge con maggiore evidenza. Il minore deve essere protetto, ancora di più se è in una situazione di malattia, attraverso la mediazione della famiglia e, quando questa è deficitaria o disfunzionale, attraverso l'intervento di enti quali i servizi sociali e l'autorità giudiziaria. Tuttavia la persona minore di età ha diritto che la sua autonomia e la sua capacità decisionale siano valorizzate. In tutte le situazioni in cui vi è la possibilità che il minore possa dare un contributo all'assunzione della migliore decisione possibile, tenuto conto delle condizioni esistenti, dell'età e del grado di maturazione del minore, la volontà del minore deve essere tenuta in ragionevole considerazione sia dalla famiglia, che dai servizi sociali e dall'autorità giudiziaria, nel caso questi ultimi siano intervenuti.

3. Le previsioni normative internazionali e sovranazionali in materia di tutela del diritto alla salute del minore

Il diritto del minore alla salute è previsto in molteplici documenti internazionali e sovranazionali. A partire dalla lettura delle fonti internazionali e sovranazionali possiamo evidenziare l'emersione di quei paradigmi cui abbiamo fatto menzione nel paragrafo precedente: la protezione della salute del minore viene fortemente correlata alla promozione dello sviluppo della sua personalità e identità, rispetto alla quale la valorizzazione della rete di relazioni cui il minore può fare riferimento e della necessità di calibrare adeguatamente esigenze di protezione del minore con il rispetto della sua autonomia e delle sue risorse personali costituiscono paradigmi strumentali e funzionalizzati al primo paradigma.

Nella Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989⁷, viene fatto un esplicito riferimento alla valenza strumentale della rete relazionale del minore e della valorizzazione delle sue capacità rispetto allo sviluppo della sua personalità e identità. La connotazione relazionale del diritto alla salute emerge, dunque, nel contesto della Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989 che delinea diritti fortemente "relazionali" non attuabili in isolamento ma soprattutto in virtù e in forza del supporto e del sostegno che la famiglia e la comunità possono garantire al minore⁸. L'esercizio dei diritti e l'attuazione del diritto alla salute del minore sono fortemente interconnessi ad un adeguato esercizio della responsabilità genitoriale⁹.

⁷ La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, è stata ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991.

⁸ Si vedano gli artt. 5, 18, 27 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

⁹ Cfr. J. TOBIN, *Understanding children's rights: a vision beyond vulnerability*, in *Nordic journal of international law*, n. 84, 2015, pp. 155-182.

La possibilità di accedere ai trattamenti sanitari viene configurata giuridicamente come un diritto fondamentale dell'uomo. Il linguaggio utilizzato è il linguaggio universale dei diritti dell'uomo anche se le modalità di attuazione del diritto, soprattutto nei paesi meno ricchi, sono quelle del raggiungimento progressivo del diritto attraverso misure volte a garantire la protezione del minore da parte degli Stati¹⁰.

A livello internazionale occorre menzionare, oltre agli artt. 12 e 24 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, l'art. 25 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e l'art. 12 del Patto Internazionale sui diritti Economici Sociali e Culturali adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 che sanciscono il diritto del minore a godere del migliore stato di salute possibile e a beneficiare dei servizi sanitari.

Il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, istituito dalla Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo con lo scopo di monitorare i progressi compiuti dagli Stati nell'esecuzione degli obblighi derivanti dalla Convenzione¹¹, ha ribadito l'importanza di garantire l'accesso al migliore standard possibile in materia di assistenza sanitaria e nutrizione durante la prima infanzia¹².

Il Comitato nel commento generale n. 4 del 2003 chiarisce che le nozioni di "salute e sviluppo" del minore, come delineate negli artt. 6 e 24 della Convenzione, devono essere intese in maniera ampia ed estensiva¹³. Nello specifico, i diritti stabiliti nella Convenzione Onu devono essere letti, secondo la lettera di questo commento generale, nella prospettiva di «assicurare che gli adolescenti godano realmente del più alto standard di salute possibile, che si sviluppino in maniera equilibrata e che siano preparati adeguatamente a entrare nell'età adulta e ad assumere un ruolo costruttivo nelle loro comunità».

¹⁰ A. BUCHANAN, *The heart of human rights*, Oxford, 2015; P. ALDERSON, *Health and children's rights*, in M. D. Ruck, M. PETERSON-BADALI, M. FREEMAN (editors), *Handbook of children's rights. Global and multidisciplinary perspectives*, New York-Abingdon, 2017, pp. 203 ss. Ai sensi dell'articolo 11 della CSE (Carta sociale europea), le parti concordano di adottare adeguate misure volte a prevedere consultori e servizi d'istruzione riguardo al miglioramento della salute ed allo sviluppo del senso di responsabilità individuale in materia di salute. L'assistenza medica e sociale è garantita dall'articolo 13 della CSE a coloro che non dispongono di risorse sufficienti e che non sono in grado di procurarsi tali risorse con i propri mezzi o di riceverli da un'altra fonte.

L'art. 7, paragrafo 1, della Convenzione ONU sui diritti dei disabili, ratificata in Italia con l. n. 7/2009, ha previsto specificamente, in favore dei minori disabili, che «Gli Stati Parti adottano ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori».

¹¹ Il Comitato sui diritti del fanciullo è stato istituito dall'art. 43 della Convenzione sui diritti del fanciullo ed è composto da 18 esperti che hanno il compito di esaminare i progressi compiuti dagli Stati parti nell'attuazione degli obblighi contratti con la ratifica della Convenzione e dei due Protocolli Opzionali alla Convenzione, il Protocollo sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati e il Protocollo sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini.

Gli Stati parti si impegnano a sottoporre i propri Rapporti periodici al Comitato entro due anni dall'entrata in vigore della Convenzione e, in seguito, ogni cinque anni.

¹² Si veda ONU, Comitato sui diritti del fanciullo (2006), *Commento generale n. 7 (2005), Attuazione dei diritti del bambino nella prima infanzia*, doc. ONU CRC/C/GC/7/Rev.1, paragrafo 27. Si veda anche ONU, Comitato sui diritti del fanciullo (2013), *Commento generale n. 15 (2013) sul diritto del minorenne al più alto standard di salute possibile (articolo 24)*, doc. ONU CRC/C/GC/15, paragrafo 24.

¹³ Si veda ONU, Comitato sui diritti del fanciullo (2003), *Commento generale n. 4 (2003), Salute e lo sviluppo degli adolescenti nel contesto della Convenzione sui diritti dell'infanzia*, doc. ONU CRC/GC/2003/4, paragrafo 4.

La Carta Sociale Europea (CSE)¹⁴ fa svariati riferimenti ai diritti dei minori all'assistenza sociale e ai servizi sanitari (articoli 11, 12, 13, 14, 16 e 17). Una menzione specifica meritano le decisioni del CEDS (*Comité européen des droits sociaux*)¹⁵ in materia di diritto di accesso alle cure che deve essere garantito al minore indipendentemente dallo status di migrante¹⁶.

Anche a livello sovranazionale occorre fare menzione di alcune norme e documenti che consentono di inquadrare alcune caratteristiche della tutela del diritto alla salute del minore. L'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE stabilisce una esigenza di protezione intensa del diritto alla salute del minore¹⁷. Questa norma fa chiaramente riferimento ai menzionati paradigmi in materia di tutela del diritto alla salute del minore¹⁸. Viene infatti prevista una esigenza di protezione che deve essere bilanciata con il rispetto della volontà del minore che deve essere tenuta in considerazione sulle que-

¹⁴ La Carta sociale europea è un trattato adottato a Torino nel 1961 nell'ambito del Consiglio d'Europa. La CSE è stata rivista nel 1996 e nel 1999. La versione rivista della CSE è stata ratificata dall'Italia con legge n. 30 del 1999.

In materia di tutela del diritto alla salute del minore occorre fare riferimento anche alle pronunce della Corte EDU che consentono di inquadrare ancora più nettamente i confini e l'ambito di applicazione delle previsioni normative in materia di tutela del diritto alla salute del minore. Si vedano Corte EDU, *Oyal c. Turchia*, n. 4864/05, 2010 (infezione da HIV di un neonato); Corte EDU, *Centre for Legal Resources per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania* [GC], n. 47848/08, 2014, (decesso in un istituto); Corte EDU, *Glass c. Regno Unito*, n. 61827/00, 2004 (consenso informato); Corte EDU, *M.A.K e R.K. c. Regno Unito*, n. 45901/05 e n. 40146/06, 2010 (trattamento senza il consenso genitoriale); Corte EDU, sentenza 19 gennaio 2010, *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio*, n. 41442/07 (divieto di trattamenti disumani e degradanti – minori trattenuti con la madre in un centro di permanenza temporanea inadeguato a ospitare bambini che presentano, a un controllo di Medici Senza Frontiere, gravi sintomi psicologici e psicotraumatici).

¹⁵ Il protocollo aggiuntivo alla CSE del 1995 prevede un sistema di reclami collettivi, entrato in vigore nel 1998. Le denunce di violazioni possono essere presentate al CEDS da parte degli Stati e da parte di alcune ONG registrate in un elenco speciale istituito presso il Consiglio d'Europa.

¹⁶ Si vedano le decisioni del CEDS (*Comité européen des droits sociaux*), *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Francia*, ricorso n. 14/2003, 8 settembre 2004, (assistenza medica per figli di migranti); CEDS, *Defence for Children International (DCI) c. Belgio*, ricorso n. 69/2011, 2012 (minori in situazione irregolare).

La decisione del CEDS nel caso *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Francia* riguardava l'adozione da parte della Francia di una legge che aboliva l'esenzione dal pagamento delle cure mediche concessa agli immigrati in situazione irregolare e con redditi estremamente bassi e che imponeva oneri per l'assistenza sanitaria. Il CEDS ha stabilito che gli individui di minore età, compresi i minori non accompagnati, devono ricevere cure mediche gratuite.

Nel caso *Defence for Children International (DCI) c. Belgio*, il CEDS ha riscontrato una violazione dell'articolo 17 della CSE per via delle limitazioni all'assistenza medica poste nei confronti di migranti minorenni privi di documenti. Il comitato ha confermato il diritto dei migranti minorenni illegalmente presenti sul territorio di un paese a ricevere un'assistenza sanitaria che vada oltre l'assistenza medica urgente e che comprenda l'assistenza primaria e secondaria, oltre che il sostegno psicologico. Ha altresì dichiarato che la mancanza di strutture di accoglienza per minori stranieri illegalmente presenti sul territorio di un paese ne ostacola l'accesso all'assistenza sanitaria. Ha constatato inoltre che le cause di malattia possono essere eliminate soltanto se i minori ricevono un alloggio o sono affidati alle cure di una famiglia adottiva. Di conseguenza, ha riscontrato una violazione dell'articolo 11, paragrafi 1 e 3, della CSE, dovuta alla mancanza di un alloggio e dell'affido familiare.

¹⁷ L'art. 24 par.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE prevede che «I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità».

¹⁸ Si veda *supra* paragrafo n. 2.

zioni che riguardano il minore in funzione dell'età e del grado di maturità. La norma riconosce poi la significatività strutturale per il minore del contesto relazionale in cui il minore è inserito.

Sono poi numerose le Carte dei diritti del minore stilate sia a livello europeo che nazionale. A livello sovranazionale, a partire dalla Carta di Leiden del 1988 e la Carta di Each (*European Association for Children in Hospital*) del 1998, è possibile annoverare una pluralità di Carte/Codici che elencano i diritti del minore nello specifico in relazione alla salute e ai servizi sanitari e più in generale in relazione ad altri diritti quali l'istruzione, l'abitazione, l'ambiente familiare, etc. A livello nazionale, si può fare riferimento alla Carta dei diritti del bambino in ospedale del 2005¹⁹, alla Carta dei diritti dei bambini e degli adolescenti in ospedale del 2008 dell'Abio/Sip²⁰, al Codice del diritto del minore alla salute e ai servizi sanitari del 2012²¹.

Le situazioni soggettive previste in questi atti di *soft law* sono molteplici e possono essere classificate attraverso il ricorso a tre ampie categorie (protezione dell'identità del minore, garanzia dell'accesso ai servizi, partecipazione-relazionalità e valorizzazione delle capacità del minore). Nel primo gruppo troviamo il diritto del minore alla continuità affettiva e relazionale, il diritto del minore alla tutela da ogni forma di abuso o maltrattamento, il diritto del minore alla riservatezza e al rispetto della sua persona.

Nel secondo gruppo troviamo il diritto del minore alla salute e all'accesso ai servizi sanitari, il diritto del minore a ricevere il miglior livello di cura e assistenza, il diritto del minore all'educazione e all'istruzione, al gioco e ad ambienti idonei.

Nel terzo gruppo troviamo il diritto alla partecipazione del minore e della sua famiglia all'azione di cura e assistenza e il diritto delle associazioni e del volontariato ad essere coinvolte in tali azioni, il diritto del minore e dei suoi familiari all'informazione, il diritto del minore a esprimere il proprio consenso al trattamento sanitario.

4. La legge n. 219/2017 e la tutela dei minori

La legge n. 219 del 2017, recante il titolo "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"²², affronta in via generale, all'art. 1, la problematica del consenso informa-

¹⁹ Si tratta di una carta stilata da quattro importanti ospedali pediatrici italiani: il Meyer di Firenze, il Burlo Garofalo di Trieste, il Bambin Gesù di Roma, il Gaslini di Genova.

²⁰ La Carta è stata elaborata dalla Fondazione Abio (Associazione per il Bambino in ospedale) in collaborazione con la Società Italiana di Pediatria.

²¹ Il Codice è stato presentato al Ministero della Salute il 6 febbraio 2012.

²² La legge n. 219/2017 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 16 gennaio 2018 ed è entrata in vigore il 31 gennaio 2018. Sulla legge n. 219 si vedano il numero monografico dedicato della Rivista di biodiritto, n. 1, 2018; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge 219*, in *Rivista di biodiritto*, n. 2, 2018; R. PESCATORE, *Appunti di analisi linguistica per l'uso della legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Rivista di biodiritto*, n. 2, 2018; S. CANESTRARI, "Una buona legge buona": la legge 219 del 2017 e la relazione medico-paziente, in *Diritto e salute. Rivista di sanità e responsabilità medica*, n. 4, 2018; P. BORSELLINO, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica nella legge sul testamento biologico*, in *Diritto e salute. Rivista di sanità e responsabilità medica*, n. 4, 2018; D. LENZI, *La legge 219/2017 e il difficile percorso parlamentare*, in *Diritto e salute. Rivista di sanità e responsabilità medica*, n. 4, 2018.

to e tratta in maniera specifica, nelle successive disposizioni, alcune applicazioni concrete del principio di autodeterminazione della persona che deve sottoporsi a trattamenti sanitari²³.

Di seguito proviamo a operare una contestualizzazione della legge n. 219/2017 in relazione alla tutela della salute dei minori. Il primo articolo della legge n. 219, nei suoi 11 commi, prevede una serie di principi generali in materia di consenso informato che, ove non incompatibili con le previsioni dell'art. 3 della legge n. 219, possono essere applicate anche ai minori²⁴.

Anche l'art 2, rubricato "Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità del morire", rappresenta una disposizione che, opportunamente adattata, può essere applicata all'ambito pediatrico. L'art. 2 dispone che nel caso di rifiuto o revoca del consenso al trattamento proposto deve essere garantita un'appropriata terapia del dolore (comma 1 dell'art. 2).

In caso di prognosi infausta a breve termine, l'art. 2 della legge afferma che «il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati». Con il consenso del paziente, in caso di sofferenze refrattarie ai trattamenti sani-

²³ La legge n. 219/2017 stabilisce una serie di principi e indicazioni a livello macro (cioè il livello normativo nazionale) che necessitano di essere contestualizzate, a livello micro, all'interno della singola relazione fra medico e paziente. Una normativa di dettaglio avrebbe determinato la lesione della sfera delle competenze che sono esercitate attraverso l'interrelazione e l'incontro fra la sfera di autonomia professionale dei medici e la sfera dell'autonomia personale del paziente.

Sul consenso informato si vedano G. AZZONI, *Il consenso informato: genesi, evoluzione, fondamenti*, in *A lezione di bioetica. Temi e strumenti*, C. VIAFORA (a cura di), Milano, 2015; F. D. BUSNELLI, *La dimensione della fragilità lungo il percorso della vita umana*, in *Nuovo diritto civile*, 2016; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017; V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enc. dir., Ann.*, Milano, 2015; L. ORSI, *Un cambiamento radicale nella relazione di cura, quasi una rivoluzione (articolo 1, commi 2 e 3)*, in *Rivista di biodiritto*, n. 1, 2018; C. PARDINI, *Scelte di fine vita e amministrazione di sostegno: problemi aperti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n.1, 2017.

²⁴ L'art. 1 della legge richiama al comma 1 le norme nazionali e sovranazionali su cui si fonda il diritto all'autodeterminazione della persona. Il comma 2 dell'art. 1 valorizza «la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato». Occorre specificare che la previsione contenuta nell'art. 1 comma 2 della legge n. 219 secondo cui la relazione di cura e di fiducia fra medico e paziente si fonda sul consenso informato contiene un refuso logico-giuridico poiché la previsione dovrebbe essere formulata in maniera rovesciata. Infatti, è necessario chiarire che è il consenso e la sua estrinsecazione negativa – cioè il dissenso alle cure – che si fondano sulla relazione di cura e di fiducia. Questo implica che il rifiuto e l'interruzione delle cure si inseriscano all'interno della relazione di cura e di fiducia e non ne costituiscono una interruzione o un ostacolo – come si evince tra l'altro dall'art. 1 comma 5 della legge n. 219 quando afferma «Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». Il comma 3 dell'art. 1 prevede il diritto all'informazione e il corrispondente diritto di rifiutare in tutto o in parte le informazioni circa gli accertamenti diagnostici e i trattamenti sanitari cui una persona può essere sottoposta. Il comma 4 concerne le modalità di documentazione del consenso. Il comma 5 concerne il rifiuto e la revoca a ricevere i trattamenti sanitari. Il comma 6 riguarda il rispetto della volontà del paziente e il rispetto da parte del paziente delle norme di legge, delle regole deontologiche e delle buone pratiche in materia di assistenza sanitaria. Il comma 7 riguarda le cure necessarie in situazioni di emergenza e urgenza. Il comma 8 specifica il significato di tempo della comunicazione fra paziente e medico. Il comma 9 riguarda i doveri della struttura sanitaria. Il comma 10 concerne la formazione del personale in materia e il comma 11 l'applicazione delle leggi speciali in materia di consenso informato.

tari il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda in associazione con la terapia del dolore (comma 2 art. 2).

L'art. 3 della legge affronta il problema del consenso dei minori e degli incapaci²⁵. Si tratta anche in questo caso di una specificazione, per circostanze soggettive particolari, del principio generale del consenso informato.

Le due norme successive trattano due ulteriori situazioni specifiche. L'art. 4 disciplina le disposizioni anticipate di trattamento (DAT) e l'art. 5 la pianificazione condivisa delle cure (PCC).

Mentre la norma sulle disposizioni anticipate di trattamento prevista dall'art. 4 della legge n. 219 non si applica al caso dei minori²⁶, la norma sulla pianificazione condivisa delle cure prevista dall'art. 5 della legge n. 219 si applica anche al caso in cui la PCC riguardi persone minorenni.

La legge n. 219 non fa mai riferimento al lemma, impiegato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo anche in casi recenti²⁷, del "*best interest of the child*" – ossia il principio del superiore interesse del bambino²⁸.

Riteniamo che questo mancato riferimento non sia dovuto a una svista ma a una scelta ponderata. Il criterio del migliore interesse del fanciullo infatti si colloca prevalentemente nell'area di riferimento della interpretazione e ricostruzione dei diritti del fanciullo che si collega direttamente all'ambito della protezione del minore. Sostanzialmente la ricostruzione del migliore interesse del minore avviene attraverso la mediazione della famiglia o degli enti che svolgono una funzione di supplenza nei confronti della famiglia quando questa non può svolgere appieno la propria funzione di protezione.

La legge n. 219 invece non fa completo riferimento al paradigma della protezione ma sceglie, sulla scia di principi internazionali recepiti nell'ordinamento²⁹, un approccio maggiormente complesso alla

²⁵ La persona incapace è la persona che non possiede la capacità di agire, ossia la capacità di compiere validamente atti che producano effetti giuridici.

L'incapacità *legale* di agire è la situazione in cui si trova un soggetto che non possa validamente disporre della propria sfera giuridico-patrimoniale. L'incapacità legale di agire è prevista in generale per i minori di età. Per i maggiorenni, invece, deve essere disposta dall'autorità giudiziaria con un provvedimento idoneo a definire il grado di incapacità (parziale per gli inabilitati e i beneficiari di amministrazione di sostegno o totale per gli interdetti), la qualifica del rappresentante legale nominato (tutore, curatore, amministratore di sostegno) e l'ampiezza dei suoi poteri. Mentre gli interdetti sono persone che hanno perduto completamente la capacità di agire, gli inabilitati possono compiere gli atti di ordinaria amministrazione ma devono essere assistiti da un curatore per gli atti di straordinaria amministrazione. I beneficiari di amministrazione di sostegno sono ritenuti incapaci di agire ma solamente per gli atti indicati nel decreto di nomina dell'amministratore.

Nel nostro ordinamento per incapacità naturale si intende la condizione concernente una persona che, sebbene non interdetta, si trovi ad essere per qualsiasi causa, transitoria o permanente, incapace di compiere validamente atti che riguardano la sua sfera giuridico-patrimoniale.

I soggetti in condizione di incapacità naturale non possiedono la capacità di agire solo in determinati momenti, per un tempo limitato, poiché anziani, o sotto effetto di stupefacenti e di alcolici, o perché si trovano in stato di ipnosi. In questo caso la legge tutela il soggetto consentendogli l'annullamento di qualsiasi atto, a condizione che si possa provare la temporanea incapacità e il pregiudizio subito dall'incapace naturale.

²⁶ I minori non possono redigere DAT perché l'art. 4 della legge n. 219/2017 stabilisce come requisiti soggettivi minimi la maggiore età e la capacità di intendere e volere.

²⁷ Si veda Corte EDU, Charles Gard e altri v. Regno Unito, n. 39793/2017, decisione del 27 giugno 2017.

²⁸ Sul significato del preminente interesse del bambino nella tradizione europea continentale e nella tradizione anglo-americana, si veda E. LAMARQUE, *Prima i bambini: il principio dei best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*.

salute del minore che è quello di preservare un equilibrio fra il polo della protezione e quello dell'autonomia del minore.

In questo senso, anche la scelta di non classificare le fasce di età – scelta di natura eminentemente strategica che produce rilevanti effetti sul piano pratico – sulla cui base è necessario procedere caso per caso all'individuazione delle capacità di comprensione e di decisione del minore, potrebbe contribuire alla valorizzazione della relazione di cura e, all'interno di questa, dell'autonomia decisionale del paziente. Una indicazione normativa specifica sulle fasce di età avrebbe significato un condizionamento forte della relazione e una compressione della sfera di autonomia professionale dei medici e di autonomia personale dei pazienti minori. L'approccio casistico adottato in questo caso potrebbe rivelare una fiducia reale del legislatore nelle capacità di relazione fra medici, genitori, pazienti minori più ancora che una difficoltà nel proporre categorizzazioni ragionevoli³⁰.

Questa prospettiva mette in evidenza chiaramente anche il sostrato identitario e relazionale del diritto alla salute del minore che ha influenzato l'impianto della relativa norma.

Per quanto concerne il paradigma relazionale occorre fare alcune osservazioni. La legge n. 219 afferma chiaramente che la relazione di cura e di fiducia fra paziente e medico è una relazione non bilaterale ma plurisoggettiva³¹. L'art. 1 comma 2 prevede che «Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo». Tale principio è stato usualmente evidenziato e rispettato nelle prassi di cura³² e la legge ha contribuito formalmente a farlo emergere come un principio normativo strutturante la relazione di cura.

Nel caso dei minori questa plurisoggettività è evidentemente qualificante la relazione di cura. Nell'uso di categorie soggettive molto ampie, quali quelle degli esercenti la responsabilità genitoriale (genitori, affidatari) e dei rappresentati legali (tutore³³ curatore³⁴), le norme dell'art. 3 e dell'art. 5

²⁹ Occorre menzionare per le fonti internazionali l'art. 6 della Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997, che, sebbene non ancora ratificata dallo Stato italiano (l'Italia è uno dei pochi paesi europei che non ha ancora depositato il protocollo di ratifica della Convenzione di Oviedo nonostante il 28 marzo 2001 abbia approvato la legge di ratifica n.145), costituisce una valida fonte d'indirizzo interpretativo. L'art. 12 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, afferma che il minore ha diritto di essere ascoltato e di vedere prese in considerazione le proprie opinioni, in proporzione al suo grado di maturità. A livello nazionale occorre menzionare la legge 8 febbraio 2006, n. 54 in tema di ascolto del minore nel caso di provvedimenti giudiziari che riguardino l'affidamento, le modalità di visita e tutte le decisioni che possano avere effetti sui minori, eccetto le decisioni che hanno una rilevanza esclusivamente economica.

³⁰ Su questo aspetto si veda *infra* paragrafo 4.3.

³¹ Considerata questa molteplicità di attori che potenzialmente possono partecipare alla relazione di cura, occorre segnalare l'esistenza di una pluralità di livelli comunicativi all'interno della stessa relazione di cura e la conseguente necessità che la comunicazione sia il più possibile modulata in maniera personalizzata e calibrata da parte dei professionisti sanitari sulla base delle caratteristiche e qualità personali che il destinatario della comunicazione, esercente la responsabilità genitoriale, rappresentante legale e minore, di volta in volta chiamato a interagire nella relazione di cura, possiede.

³² Si veda C. QUAGLIARIELLO, C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, Bologna, 2016, pp. 230 ss.

³³ Il tutore è una figura che viene nominata con provvedimento del giudice tutelare. La finalità della nomina del tutore è quella di tutelare pienamente le persone incapaci da un punto di vista legale, quindi minori o interdetti.

della legge n. 219 riconoscono questa plurisoggettività strutturale che assume il carattere di cifra specifica della relazione di cura in cui è coinvolto il minore.

L'art. 3, comma 1, della legge n. 219 afferma che «La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consona alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà». In questo comma le capacità di comprensione e di decisione del minore sono valorizzate all'interno del contesto concettuale e del perimetro di tutela definito dai diritti menzionati nell'art. 1 comma 1 della legge, cioè il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione³⁵.

ti, che, in quanto tali, non sono ritenute in grado di curare autonomamente i propri interessi. Il tutore riveste il ruolo di rappresentante legale dell'incapace ed ha titolo ad esprimere il consenso alle prestazioni sanitarie nell'interesse della persona assistita, se ciò non è esplicitamente escluso dal provvedimento.

Nel caso dei minori, il tutore può essere nominato quando il minore è orfano di entrambi i genitori o del genitore che lo aveva riconosciuto oppure nel caso della sussistenza di altre cause (minore abbandonato, sospensione o decadenza dalla responsabilità genitoriale, incapacità o interdizione dei genitori).

Nel caso degli interdetti, il tutore può essere nominato quando il maggiorenne o il minore emancipato si trovino in condizione di infermità mentale tale da renderli incapaci di provvedere ai propri interessi. Il tutore è nominato dal giudice tutelare, solitamente nella cerchia familiare dell'interdetto. Oltre al tutore, in casi specifici, il giudice può nominare un protutore nelle situazioni in cui si verifica un conflitto di interessi dell'interdetto con il tutore.

³⁴ Il curatore è una figura di nomina giudiziale con il compito di assistere un soggetto parzialmente incapace di agire, integrandone la volontà con il proprio assenso in occasione del compimento di alcuni atti. I parzialmente incapaci, che possono essere i beneficiari della nomina di un curatore, sono gli inabilitati e i minori emancipati.

In ambito patrimoniale, il nostro ordinamento prevede che i soggetti sottoposti a curatela possano compiere da soli gli atti di ordinaria amministrazione mentre possono compiere, con l'assenso del curatore e con l'autorizzazione del giudice tutelare, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Per quanto concerne l'inabilitato, occorre ricordare che l'art. 3 della legge n. 219/2017 chiarisce che l'inabilitato ha la capacità di prestare autonomamente, senza l'assistenza di un curatore, il consenso alle cure sanitarie.

Il minore che deve essere rappresentato o assistito può chiedere al giudice tutelare la nomina di un curatore speciale.

Il nostro ordinamento (art. 321 c.c.) prevede che in tutti i casi in cui i genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale, non possono o non vogliono compiere uno o più atti di interesse del figlio, eccedente l'ordinaria amministrazione, il giudice tutelare, su richiesta del figlio stesso, del pubblico ministero o di uno dei parenti che vi abbia interesse, e sentiti i genitori, può nominare un curatore speciale autorizzandolo al compimento di tali atti.

³⁵ Questa norma, facendo riferimento ai diritti enunciati nell'art. 1 comma 1 della legge, nello specifico il diritto alla vita, alla salute, alla dignità, all'autodeterminazione, afferma la loro natura di parametri di riferimento per quanto concerne il contenuto delle decisioni e le modalità di assunzione delle decisioni nell'ambito della tutela della salute del minore.

Questi parametri di riferimento costituiscono aspetti fondamentali della legge n. 219 in materia di tutela della salute del minore, infatti, dal punto di vista dei rappresentanti legali, tali parametri costituiscono una funzionalizzazione delle loro decisioni alla garanzia dello sviluppo psico-fisico del minore, connotato in senso identitario. Dal punto di vista del minore, tali parametri vanno a determinare un riconoscimento delle capacità del minore esistenti al momento della decisione in materia sanitaria, sia attraverso il potenziamento del network relazionale in cui il minore è inserito sia attraverso la garanzia dell'equilibrio fra il polo della protezione e quello dell'espressione autonimica del minore.

4.1. Il consenso informato delle persone minori di età

L'art. 3 della legge n. 219/2017 concerne la tutela delle persone minori di età e degli incapaci. In questo contesto ci occuperemo solo dei minori³⁶.

Come è possibile notare *prima facie*, l'art. 3 della legge n. 219 utilizza categorie, quali quelle dei "minori" e dei "rappresentanti legali", molto ampie e capaci di includere al loro interno situazioni soggettive connotate da significativa diversità. Da un lato, la categoria dei minori rappresenta una categoria di sintesi di una pluralità di situazioni specifiche. Si pensi alle notevoli differenze, in termini di capacità di comprensione e di decisione, che possono esistere fra le varie fasce di età che la compongono.

Da un altro lato, anche la categoria del rappresentante legale costituisce un contenitore ampio che include al suo interno figure strutturalmente e funzionalmente differenti quali l'esercente la responsabilità genitoriale, il tutore, il curatore, l'affidatario³⁷. Il rappresentante legale, dal punto di vista

³⁶ In materia di consenso informato dei minori si vedano L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, e S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, entrambi in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina. Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, vol. III, Milano, 2011. In materia di consenso informato, su una questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione a una legge regionale riguardante terapie rivolte a minori, si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 408 del 2008. La sentenza ha stabilito che il consenso informato si pone come principio fondamentale che ha una rilevanza costituzionale e una funzione di sintesi dei diritti fondamentali alla salute e all'autodeterminazione.

La Corte stabilisce l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge del Piemonte n. 21 del 6 novembre 2007 il cui primo comma prevedeva che «il trattamento con sostanze psicotrope, e nello specifico farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto». Occorre però specificare che la Corte ha deciso l'illegittimità costituzionale sulla base della violazione di competenze da parte della Regione Piemonte e non si è spinta sul piano sostanziale a analizzare più a fondo la materia del consenso dei minori. Si veda C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in www.biodiritto.org (accesso in data 6 febbraio 2019).

³⁷ In materia di cure sanitarie cui accedono minori occorre specificare che l'esercizio della responsabilità genitoriale e la tutela dei minori non seguono pedissequamente le regole previste dalla rappresentanza che prevede la possibilità di sostituzione del rappresentante al rappresentato. La responsabilità genitoriale è stata introdotta dal d. lgs. 154/2013 che ha riscritto gli articoli art. 315 e ss. del codice civile. La responsabilità genitoriale, che ha sostituito la vecchia potestà dei genitori, caratterizza primariamente il rapporto genitori-figli, prescindendo dal fatto che questi siano nati all'interno o al di fuori del matrimonio, e viene esercitata di comune accordo da entrambi i genitori. In merito alla durata della responsabilità, questa non cessa a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio.

Nel caso in cui uno dei genitori sia impossibilitato all'esercizio della responsabilità (art. 317 c.c.) per lontananza, incapacità o altro impedimento, la responsabilità è esercitata in modo esclusivo dall'altro.

Vi sono altri soggetti che possono essere chiamati a esercitare, in specifiche circostanze, poteri connessi alla responsabilità genitoriale.

Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo a provvedere alla sua crescita ed alla sua educazione può essere affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurarli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno. Ove ciò non sia possibile, è consentito l'inserimento, e il conseguente affidamento, del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza in un istituto di assistenza pubblico o privato. Nel provvedimento dell'autorità giudiziaria che dispone l'affidamento devono essere indicate specificamente le motivazioni, nonché i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario (legge 4 maggio 1983, n. 184, come modificati dalla l. 28 mar-

funzionale, è chiamato a svolgere, sulla base dell'art. 3 della legge, una funzione di sostegno e garanzia preservando il ruolo di protagonisti della cura a beneficio dei minori che accedono a un servizio sanitario e vengono in contatto con i professionisti della salute³⁸. Il rappresentante legale, di conseguenza, affianca il minore ma non deve estrometterlo dalla relazione di cura, cercando il più possibile, ove le capacità della persona interessata lo consentano, di promuovere il coinvolgimento e la partecipazione della persona all'atto di cura che lo riguarda. Nel caso dei minori l'art. 3 comma 2 stabilisce che il consenso è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore che devono tuttavia tenere in considerazione la volontà della persona minore in relazione alla sua età e al suo grado di maturità³⁹.

Tale decisione in materia di consenso deve avere come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.

La regola di base che riguarda l'esercizio della responsabilità genitoriale è quella dell'esercizio congiunto di essa anche nel caso in cui i genitori siano non conviventi o non convivano più in seguito a separazione, divorzio, cessazione della convivenza, a meno che il giudice non abbia disposto un affi-

zo 2001 n. 149). Il provvedimento del giudice stabilisce quindi l'ampiezza dei poteri attribuiti all'affidatario o agli affidatari anche in relazione a un'eventuale limitazione o decadenza dalla responsabilità genitoriale (artt. 330 e 333 c.c.).

³⁸ Nel nostro ordinamento i rappresentanti legali sono coloro che compiono un atto in nome e per conto del rappresentato.

La rappresentanza può essere di due tipi: legale o volontaria. È volontaria quando deriva da un accordo tra rappresentante e rappresentato. La rappresentanza legale, invece, è conferita direttamente dalla legge allo scopo di tutelare interessi generali o di gruppi professionali (ad esempio nelle società), oppure di proteggere persone incapaci di provvedere da soli ai propri bisogni (come i minori e interdetti).

Per quanto riguarda le persone che non sono capaci di provvedere da sole alla cura dei propri interessi (minori, interdetti, inabilitati, beneficiari di amministrazione di sostegno), l'ordinamento attribuisce la rappresentanza legale a figure (possibilmente appartenenti alla cerchia familiare dell'interessato con cui non ci siano conflitti di interesse) che garantiscano la tutela degli interessi della persona incapace. La categoria del rappresentante legale, così come prevista dalla legge n. 219/2017 costituisce un contenitore ampio che include al suo interno figure strutturalmente e funzionalmente differenti quali l'esercente la responsabilità genitoriale (genitori e affidatari), il tutore, il curatore, l'amministratore di sostegno.

Occorre specificare che la rappresentanza costituisce un istituto nato per operare nei rapporti economici e patrimoniali. Quando tale istituto opera nei rapporti attinenti alla sfera personale dell'individuo viene modulato in maniera differente a seconda della situazione specifica. Nel contesto del consenso informato, il rappresentante legale, dal punto di vista funzionale, è chiamato a svolgere, come previsto dall'art. 3 della legge, una funzione di sostegno e garanzia preservando il ruolo di protagonisti della cura a beneficio di minori e incapaci che accedono a un servizio sanitario e vengono in contatto con i professionisti della salute. Il rappresentante legale, di conseguenza, affianca il minore o l'incapace ma non deve estromettere totalmente il minore o l'incapace dalla relazione di cura, cercando il più possibile, ove le capacità della persona interessata lo consentano, di promuovere il coinvolgimento e la partecipazione della persona all'atto di cura che lo riguarda.

³⁹ La regola generale dell'espressione del consenso da parte degli esercenti la responsabilità genitoriale o dei tutori viene derogata dalle norme che prevedono, in circostanze specifiche, l'accesso alle cure del minore senza il consenso dei genitori (ad esempio nel caso della contraccezione). Le ipotesi, fatte salve dall'art. 1 comma 11 della legge n. 219, sono quelle della contraccezione (art. 2 legge 194/1978); degli accertamenti diagnostici, anche di laboratorio, e cure per malattie trasmesse sessualmente (art. 4 legge 25 luglio 1956, n. 837); dei trattamenti di prevenzione, cura e riabilitazione della tossicodipendenza previsti dalla legge 22 dicembre 1975 n. 685 e poi dal DPR 9 ottobre 1990 n. 309, eccetto se il medico accerti l'incapacità dell'interessato di comprendere il significato dell'accertamento o del trattamento da praticare e le sue possibili conseguenze; l'interruzione della gravidanza e delle scelte in ordine alla procreazione responsabile (legge 27 maggio 1978 n. 194).

damento che consenta al genitore di esercitare in maniera esclusiva la responsabilità genitoriale anche per le questioni sanitarie (art. 337 quater c.c.). In questa prospettiva, le decisioni di ordinaria amministrazione (a titolo di esempio non esaustivo le medicazioni, le certificazioni, la visita medica) possono essere assunte separatamente (artt. 320, 337 ter c. 3 c.c.), mentre quelle che hanno ad oggetto atti di straordinaria amministrazione (gli interventi chirurgici, i trattamenti continuativi e prolungati, etc.) devono essere prese di comune accordo, salvo il ricorso al giudice in caso di disaccordo (art. 316 c.c.).

Cosa accade nelle ipotesi in cui si verifichino eventuali conflitti nell'ambito del processo decisionale che conduce all'espressione del consenso? Le possibili opzioni ipotizzabili sono le seguenti quattro.

Nel caso in cui la decisione dei genitori non tenga in considerazione la volontà del minore sulla base del grado di maturazione e dell'età di questi, e nel caso in cui il minore si opponga al trattamento al quale invece i genitori sono favorevoli, la dottrina ritiene che ci possano essere gli estremi per un ricorso al giudice ai sensi dell'art. 333 c.c. rubricato "Condotta del genitore pregiudizievole ai figli"⁴⁰.

Se si verifica un contrasto fra la decisione dei genitori e la proposta sanitaria del medico si possono verificare tre ipotesi.

In caso di conflitto tra i genitori, con riguardo alle scelte sanitarie riguardanti il figlio minore, per sciogliere il contrasto, si ritiene che possano trovare applicazione gli istituti generali previsti in materia, in presenza di «contrasto su questioni di particolare importanza» (art. 316, comma 2, c.c.), ovvero, a seguito di separazione, divorzio, annullamento o nullità del matrimonio o per i figli nati fuori dal matrimonio, il disposto fornito dall'art. 337 ter c.c. Il conflitto fra genitori può essere superato attraverso una decisione giudiziale che decida i termini della controversia o affidi in via esclusiva a uno dei genitori la gestione della situazione anche sanitaria concernente il minore⁴¹.

⁴⁰ Si veda G. FERRANDO, *Minori e incapaci*, in *Rivista di biodiritto*, n. 1, 2018, p. 50.

⁴¹ Si veda l'ordinanza del Tribunale di Roma del 16 febbraio 2017. Il provvedimento del Tribunale di Roma ha risolto il contrasto sorto tra i genitori di una bambina, in ordine alle concrete modalità di tutela della salute di quest'ultima. Una prima frattura nella coppia genitoriale si era riscontrata relativamente alla scelta di vaccinare o meno la minore; una seconda ha riguardato l'individuazione della struttura e dei professionisti sanitari ai quali affidare la piccola, per la cura delle diagnostiche otite e ipoacusia. Da un lato, la madre avrebbe inteso curare la figlia mediante una terapia omeopatica, dall'altro, il padre avrebbe voluto seguire le indicazioni provenienti dal pediatra del Servizio Sanitario Nazionale. Più nel dettaglio, il secondo allegava di non essere messo a conoscenza delle iniziative intraprese dall'altra e che la bambina frequentava con quest'ultima la comunità Hare Krishna; la prima faceva invece leva sul miglioramento della bambina rilevato anche dall'ospedale.

Il Giudice, che si è schierato per la vaccinazione della bambina e la sua cura secondo le direttive del SSN, ha scelto di realizzare la tutela del superiore interesse della minore ricorrendo alla figura del "genitore più diligente", facoltizzato a esercitare in via esclusiva la responsabilità genitoriale per ciò che concerne la relazione con le strutture sanitarie addette alle vaccinazioni e alla cura della malattia della bambina, con onere di comunicare tempestivamente quanto svolto all'altro genitore, espressamente diffidato dall'assumere comportamenti ostruzionistici, pena l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 709 ter c.p.c. Più in particolare, il tribunale, sentito il consulente tecnico, in una decisione caratterizzata dalla necessità di bilanciare attentamente gli interessi esistenti, pur incentrandosi su quello prevalente del minore, (a) ha disposto che la decisione in ordine alla vaccinazione fosse presa seguendo le indicazioni del pediatra del Servizio Sanitario Nazionale, (b) ha autorizzato il "genitore più diligente" a procedere da solo alla vaccinazione, se prescritta, ad accompagnare la bambina presso la struttura sanitaria e a prestare il consenso al trattamento sanitario, con onere di comunicare all'altro genitore quanto effettuato; infine, (c) ha ammonito il genitore contrario, affinché facesse eseguire alla minore le

Nella terza ipotesi il contrasto può essere determinato da una richiesta di trattamento da parte dei genitori che il medico ritenga inappropriata. In questo caso occorre ricordare che, secondo le norme della legge n. 219, il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, e rispetto a tali richieste il medico non ha obblighi professionali (art. 1 comma 6 della legge n. 219/2017).

Una ultima ipotesi è quella dell'opposizione dei genitori a un trattamento che il medico ritiene necessario e appropriato. In questo caso si può aprire la strada del ricorso al giudice tutelare previsto dall'art. 3 comma 5 della legge n. 219⁴². Sino adesso, i primi casi applicativi giurisprudenziali concernenti il rifiuto di cure, così come previsto dalla legge n. 219, si sono verificati solamente in riferimento a persone adulte incapaci e non in riferimento a minori⁴³.

4.2. La pianificazione condivisa delle cure

Come già evidenziato, mentre l'art 4 della legge n. 219/2017 sulle DAT non si applica ai minori, cioè un minore non può redigere in proprio o tramite un suo rappresentante legale le DAT, l'art. 5 si applica in ambito pediatrico, cioè i rappresentanti legali del minore possono esprimere o rifiutare il consenso alla pianificazione condivisa delle cure⁴⁴. La norma sulla pianificazione condivisa delle cure dovrà pertanto essere letta congiuntamente alle disposizioni contenute negli artt. 1, 2, 3 della legge n. 219/2017⁴⁵.

La pianificazione condivisa delle cure non rappresenta una novità assoluta considerato che l'art. 26 del Codice di deontologia medica del 2014 già prevedeva la pianificazione anticipata delle cure. L'aspetto della condivisione che caratterizza questa configurazione della pianificazione delle cure co-

cure prescritte dall'ospedale e dal pediatra del SSN, avvertendolo che, in difetto, sarebbero stati assunti i provvedimenti ex art. 709 ter c.c.

⁴² Tale ricorso, previsto dall'art. 3 comma 5 della legge n. 219/2017, può essere proposto dal rappresentante legale della persona interessata o dai soggetti di cui agli artt. 406 e seguenti del codice civile (vale a dire il coniuge, il convivente, i parenti entro il quarto grado, gli affini entro il secondo grado) o dal medico o dal rappresentante legale della struttura sanitaria.

⁴³ Per i casi applicativi dell'art. 3 comma 5 si veda Tribunale di Modena, 23 marzo 2018, in www.personaedanno.it (accesso in data 13/02/2019); Tribunale di Pavia, 24 marzo 2018, in www.biodiritto.it (accesso in data 13/02/2019); Tribunale di Vercelli, 28 marzo 2018, in www.personaedanno.it (accesso in data 13/02/2019); Tribunale di Vercelli, in www.ilcaso.it, 31 maggio 2018 (accesso in data 13/02/2019). Per i casi giurisprudenziali precedenti all'entrata in vigore della legge n. 219 concernenti minori, si veda il caso del rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie, delle trasfusioni di sangue, e delle terapie oncologiche. Si veda L. LENTI, *op. cit.*, pp. 439 ss.; G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2000; M. TOMASI, *Politiche sanitarie vaccinali fra diritto, scienza, cultura*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2017.

⁴⁴ Si veda C. CASONATO, *Taking sick rights seriously: la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 3, 2018; A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in ambito sanitario*, n. 3, 2016; M. MARTELLONI, S. D'ERRICO, *Fine vita e pianificazione delle cure: una valutazione medico-legale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 3, 2016.

⁴⁵ La pianificazione condivisa delle cure rappresenta una applicazione specifica dei principi sul consenso informato. La sua realizzazione concreta segue, pertanto, le regole generali e speciali previste in materia di consenso dalla legge n. 219/2017. La proceduralizzazione della pianificazione condivisa delle cure segue i principi previsti dagli artt. 1 e 2 della legge e le norme disposte dall'art. 3 in materia di informazione e partecipazione del minore e dell'incapace al percorso di cura.

stituisce un concreto portato della legge n. 219 che è centrata sul consenso informato e sulle applicazioni specifiche del consenso, quali le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure.

L'art. 5 si riferisce ai casi di «una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da una inarrestabile evoluzione con prognosi infausta». All'interno della relazione di cura e di fiducia fra paziente e medico può essere realizzata una pianificazione condivisa delle cure che risulta essere vincolante sia per il medico che per l'équipe sanitaria nel caso in cui il paziente «venga a trovarsi nella condizione di non potere esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità».

La realizzazione della pianificazione condivisa delle cure è, dunque, indicata come possibile – «può essere realizzata» – e, nel caso in cui sia prevista, diviene vincolante sia nei confronti del medico che ha partecipato alla pianificazione sia nei confronti dell'équipe sanitaria che, invece, potrebbe non avere preso parte alla pianificazione. Una criticità di questa norma può riguardare l'individuazione della composizione dell'équipe sanitaria che risulta essere destinataria del vincolo previsto dalla norma. I dubbi possono concernere il fatto che l'équipe sanitaria interessata possa essere quella del reparto in cui il medico (ospedaliero) che ha partecipato alla pianificazione opera oppure se possa essere un'équipe istituita ad hoc. Nel caso in cui il medico proponente il trattamento sia un medico di medicina generale non è immediatamente individuabile in via astratta quale sia la composizione dell'équipe sanitaria di riferimento⁴⁶.

Una volta individuata l'équipe sanitaria di riferimento può essere necessario che i professionisti che compongono l'équipe siano informati dell'avvio delle procedure di pianificazione condivisa delle cure, che siano invitati a partecipare al processo di informazione del paziente e dei suoi familiari, siano portati a conoscenza del testo della pianificazione condivisa delle cure (il cui consenso deve essere inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico – art. 5 comma 4 della legge n. 219).

Il comma 2 dell'art. 5 prevede che la pianificazione condivisa delle cure si fondi su una informazione completa diretta al paziente e che può coinvolgere, col suo consenso, i familiari, il convivente, il partner dell'unione civile ovvero una persona di fiducia del paziente. Nel caso del minore ovviamente l'informazione coinvolgerà, oltre al minore, che deve essere informato in modo consono alle sue capacità di comprensione, necessariamente anche gli esercenti la responsabilità genitoriale o il tutore. In ambito pediatrico, non si applica la previsione dell'indicazione di una persona di fiducia poiché là dove la famiglia non può prendersi cura del minore l'autorità giudiziaria indica soggetti, come gli affidatari o il tutore, che possono essere chiamati a affiancare la famiglia o a agire in sostituzione dei ge-

⁴⁶ L'art. 1 comma 2 della legge n. 219 non menziona solo il medico, ma l'équipe sanitaria. L'ipotesi di base è che questa formulazione si riferisce a situazioni, che si possono creare specialmente all'interno delle strutture sanitarie, come la possibilità per il paziente di incontrare più medici (medici che si alternano per i turni di lavoro o che cambiano in base alla loro specializzazione professionale), infermieri e altre figure professionali come lo psicologo, il terapeuta della riabilitazione; non vengono però indicati principi sulla cui base le aziende sanitarie possono procedere a comporre le équipe e non vengono fornite indicazioni riguardanti l'organizzazione interna delle équipe, quali ad esempio, il ruolo e le responsabilità dei singoli membri dell'équipe specialmente all'interno del processo di informazione e di consenso.

nitori (a seconda che si versi in un caso di limitazione o decadenza dalla responsabilità genitoriale) e con la finalità della tutela della salute psico-fisica del minore nel pieno rispetto della sua dignità⁴⁷.

Questo comma stabilisce che l'informazione verterà «sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative». Le ipotesi cui l'art. 5 si riferisce sono ipotesi complesse e drammatiche nelle quali il confine operativo tra terapia curativa e terapia palliativa diviene labile e l'integrazione precoce delle cure palliative può contribuire a migliorare la qualità della vita del minore e della persona adulta che ne beneficia⁴⁸.

Il comma 4 prevede, oltre alle forme di documentazione del consenso, che la pianificazione delle cure possa essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico. Questo requisito risponde all'esigenza fondamentale che il consenso in materia sia attuale richiamando, in particolare, la corrispondenza del consenso alle condizioni cliniche specifiche del paziente.

Un aspetto di problematicità della previsione normativa riguarda la sua proceduralizzazione, ossia la dimensione organizzativa della pianificazione condivisa delle cure.

La proceduralizzazione dovrebbe tenere in considerazione una serie di principi generali. La pianificazione delle cure si basa sulla relazione di fiducia fra medico e paziente e si fonda sull'incontro fra due autonomie, così come previsto dall'art. 1 della legge n. 219, l'autonomia professionale del medico che propone un trattamento e l'autonomia personale del paziente e dei suoi familiari che possono aderire o meno al trattamento proposto. La pianificazione condivisa, una volta realizzata, vincola il medico e l'équipe sanitaria. Al processo informativo partecipa il medico, l'équipe sanitaria e i soggetti indicati dalla norma. Come visto, considerato che alla pianificazione condivisa delle cure si applicano i principi generali stabiliti sul consenso informato dall'art. 1 della legge n. 219, consegue che il paziente e chi esercita la responsabilità genitoriale hanno diritto di esprimere il consenso o di rifiutare in tutto o in parte i trattamenti proposti (art. 1 comma 5).

Il paziente e, nel caso dei minori chi esercita la responsabilità genitoriale, così come possono esprimere il consenso alla pianificazione, sulla base dei principi generali possono revocare questo consenso in qualsiasi momento (art. 1 comma 5). Qualora sia espressa una rinuncia o un rifiuto ai trattamenti il medico è tenuto a rispettare tale volontà e a prospettare le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e a promuovere ogni azione di sostegno al paziente (art. 1 comma 5 e comma 6).

⁴⁷ Il comma 3 dell'art. 5 della legge n. 219 stabilisce che il paziente esprime il consenso rispetto a quanto proposto dal medico e la propria volontà riguardante gli eventi futuri, «compresa l'eventuale indicazione di un fiduciario». Per i minori questa norma deve essere letta in combinato con l'art. 3 e quindi, per quanto concerne i minori, gli esercenti la responsabilità genitoriale o i rappresentanti legali esprimono un consenso tenendo in considerazione la volontà del minore, sulla base dell'età e del suo grado di maturazione.

⁴⁸ «Le cure palliative per bambini con malattie in cui c'è rischio per la vita sono un approccio curativo attivo e totale, che comprende elementi fisici, emozionali, sociali e spirituali. Si focalizzano sul miglioramento della qualità della vita del bambino e sul supporto alla famiglia, includono il trattamento dei sintomi stressanti, offrendo possibilità di riposo per la famiglia con cure fino alla morte e assistenza durante il lutto», *Association for children with life threatening or terminal conditions and their families and the Royal College of Paediatrics and Child Health*, London, 1997.

4.3. Problematiche e rilievi critici

Come abbiamo potuto notare, le norme poste nella legge n. 219 relative alla tutela della salute del minore contengono numerosi rinvii reciproci poiché attengono a fasi differenti della relazione di cura. Il consenso informato attiene al momento genetico della relazione di cura mentre la pianificazione condivisa delle cure concerne una fase avanzata del percorso terapeutico. Alcuni aspetti che sollevano criticità in riferimento all'espressione e alla manifestazione del consenso possono, pertanto, riguardare anche il processo decisionale che conduce all'adesione a una pianificazione condivisa delle cure. Gli aspetti maggiormente problematici attengono alla mancata previsione nella legge n. 219 di indicazioni relative alle fasce di età sulla cui base graduare il coinvolgimento del minore nel processo decisionale che conduce all'espressione del consenso alle cure e alla pianificazione condivisa⁴⁹ e alle modalità operative di valorizzazione delle capacità di comprensione e di decisione del minore (ad esempio attraverso una modulistica dedicata).

In riferimento a questo ultimo aspetto, preliminarmente considerato che la formulazione normativa dell'art. 3 della legge n. 219 prevede che la volontà del minore deve essere tenuta in considerazione dagli esercenti la responsabilità genitoriale e/o dal tutore, quindi all'interno di una relazione distinta rispetto alla nascente relazione di cura, è necessario specificare che il primo comma dell'art. 3 della legge n. 219 stabilisce che il minore ha diritto di vedere valorizzate la sua capacità di comprensione e decisione e ha diritto all'informazione «sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà». Questo comma farebbe propendere per una relazionalità e una espressione anche "esterna" (rispetto agli esercenti la responsabilità genitoriale/tutore e, quindi, nei confronti dell'équipe sanitaria) del consenso da parte del minore in funzione confermativa/rafforzativa di quanto i legali rappresentanti manifestano/manifesteranno e in funzione di adesione libera ai trattamenti proposti⁵⁰. Ciò dal punto di vista operativo può comportare alcune rilevanti conseguenze: in virtù di questo assunto le strutture sanitarie dovrebbero, infatti, predisporre appositi moduli di consenso, elaborati con terminologia e forme adeguate alla comprensione del minore, da sottoporre al minore, sulla base dell'età e del grado di maturazione, con la specifica finalità di potenziamento della sua libera adesione alle cure proposte.

Il legislatore, infatti, promuove la valorizzazione delle capacità del minore perché, come evidenziato al comma 1 dell'art. 3, il consenso o il dissenso ai trattamenti sanitari impattano significativamente

⁴⁹ L'art. 3 della legge n. 219 non distingue la categoria dei minori sulla base di fasce di età. Nel nostro paese la valutazione del grado di comprensione e di decisione deve essere, pertanto, effettuata caso per caso.

In altri paesi europei sappiamo che viene specificamente valorizzata la capacità di comprensione e decisione dei grandi minori. Si veda per la Gran Bretagna la Family Law Reform, Sezione 8, che fin dal 1969 riconosce la capacità di consentire a un trattamento sanitario al minore di 16 anni. Nella decisione della House of Lords nel caso Gillik (Gillik v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, 1985) viene affermato che anche prima del compimento del 16 anno il minore possa acconsentire a un trattamento sanitario nel caso in cui venga accertato il suo discernimento in relazione alla natura del trattamento da affrontare. La decisione ha avuto una forte risonanza e ha avuto un peso anche quando in Inghilterra è stata emanato il Children Act nel 1989.

⁵⁰ Si deve menzionare in questo senso anche il Codice di deontologia medica del 2014 che all'art. 35 ultimo comma stabilisce che «Il medico tiene in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano».

sulla tutela di diritti, quali il diritto alla vita, alla salute, all'autodeterminazione – fondamentali e personalissimi – le cui modalità di esercizio dipendono significativamente anche da valutazioni personali derivanti da convinzioni religiose, filosofiche e inclinazioni culturali⁵¹.

D'altra parte, questo aspetto operativo si collega strettamente alla questione della individuazione per via legislativa delle fasce di età. In relazione a questo problema sia la dottrina⁵² che la giurisprudenza⁵³ hanno, ormai da tempo, messo in evidenza l'esigenza fondamentale di differenziare il coinvolgimento nel processo del consenso informato di minori che sono prossimi alla maggiore età (i cd. grandi minori) rispetto agli altri minori.

Il legislatore, come abbiamo visto, all'art. 3 della legge n. 219 pone i principi fondamentali sulla cui base deve essere operato il complesso bilanciamento fra esercizio della responsabilità genitoriale, valorizzazione della volontà del genitore e esercizio dell'autonomia professionale del medico⁵⁴, ma non si è spinto oltre, non si è spinto, ad esempio, a indicare differenziazioni in relazione a fasce di età de-

⁵¹ Cfr. Corte di Cassazione – Sezione prima civile – sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, punto 8 dei motivi della decisione.

⁵² Si veda G. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del c.d. grande minore*, in L. PALAZZANI (a cura di), *L'interesse del minore fra bioetica e biodiritto*, Roma, 2010; A. ARGO, P. PROCACCIANTI, S. PROCACCIANTI, V. TRILO, *Consenso all'atto medico ed autonomia dei "grandi minori": il caso del test hiv*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n.1, 2010.

⁵³ Nella sentenza del Tribunale per i minori di Milano del 30 marzo 2010 viene affermato che non è possibile sostenere che i genitori rappresentino i figli minori anche relativamente alle scelte mediche e ciò vale specialmente quando il minore abbia raggiunto una età prossima al raggiungimento della piena capacità di agire. Argomentando diversamente, infatti, si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi sulla base della sola considerazione del dato formale rappresentato dall'incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace ma naturalisticamente capace non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace ma non capace dal punto di vista della capacità naturale, per il tramite dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione.

La sentenza citata richiama in motivazione una sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 18 luglio 2002 n. 154, interessante ai nostri fini. La sentenza viene pronunciata nel caso di un minorenne che rifiutava fermamente le trasfusioni di sangue e nella quale viene riconosciuto un principio di autodeterminazione 'forte' nel senso che «...al di là delle ragioni religiose[...]riveste particolare interesse il fatto che il minore, opponendosi ad un'ingerenza estranea sul proprio corpo, stava esercitando un diritto di autodeterminazione che ha per oggetto il proprio corpo».

La sentenza menzionata è reperibile all'indirizzo telematico http://www.edscuola.it/archivio/norme/varie/sentribminmi579_10.pdf (accesso in data 11/02/2019).

⁵⁴ Occorre dire che la norma dell'art. 3 si pone in perfetta linea di continuità con le previsioni nazionali e internazionali che in materia stabiliscono che la volontà legalmente valida sul piano del consenso sia quella degli esercenti la responsabilità genitoriale/tutore che nell'ambito del rapporto col minore devono farsi parte promotrice della tutela della volontà del minore. L'adesione a un determinato trattamento sanitario e accertamento diagnostico deve essere discussa e "costruita" all'interno della relazione del minore con la sua famiglia. Si vedano le modifiche introdotte nell'ordinamento in materia di esercizio della responsabilità genitoriale dal d. lgs. n. 154 del 2013 delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219. Si veda l'art. 6 della Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina) firmata a Oviedo nel 1997 nell'ambito del Consiglio d'Europa e l'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

terminate, rinviando il concreto apprezzamento delle capacità di comprensione e decisione al giudizio del medico che raccoglie il consenso⁵⁵.

La determinazione della capacità naturale rappresenta, infatti, un giudizio di valenza clinica che deve tenere in considerazione aspetti attinenti le capacità mentali e di giudizio della persona minore di età⁵⁶. Rispetto a questo aspetto, considerato il bilanciamento che l'art. 3 effettua al comma 2 e il richiamo ai diritti fondamentali posto al comma 1 dell'art. 3, sarebbe quantomeno auspicabile l'elaborazione di linee guida che stabiliscano alcuni criteri di ausilio che il medico può utilizzare nel caso specifico al fine di garantire una adeguata partecipazione del minore ai processi decisionali. Le *guidelines* dovrebbero, da una parte, tenere in considerazione i principi generali esistenti nell'ordinamento in materia di coinvolgimento e partecipazione del minore ai processi decisionali che lo riguardano⁵⁷ e l'esigenza di garantire un principio di autodeterminazione "forte" nel caso dei c.d. grandi minori.

Cosa succede se, ad esempio, un minore prossimo alla maggiore età, in ipotesi un grande minore di 17 anni, rifiuta cure che i genitori e il medico di riferimento ritengono necessarie e appropriate?⁵⁸

⁵⁵ Come abbiamo già segnalato *supra*, la sentenza n. 438 del 2008 della Corte costituzionale decide sulla questione di legittimità costituzionale sulla base della delimitazione delle competenze fra legislatore regionale e statale e non si spinge a individuare principi che riguardino la materia specifica del consenso dei minori di età.

⁵⁶ Su questa questione occorre ricordare che l'intervento del legislatore sul merito delle scelte terapeutiche è stato ritenuto, in alcune importanti pronunce, meritevole di censura da parte della Corte costituzionale. La Corte costituzionale ha stabilito, nella sentenza n. 282 del 2002, relativa ad una legge regionale delle Marche (che sospendeva, nel territorio regionale, l'applicazione della TEC, della lobotomia e di altri simili interventi di psicoturgia), che le scelte legislative dirette a limitare o vietare il ricorso a determinate terapie – la cui adozione ricade in linea di principio nell'ambito dell'autonomia e della responsabilità dei medici, tenuti ad operare col consenso informato del paziente e basandosi sullo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche a disposizione – non sono ammissibili ove nascano da pure valutazioni di discrezionalità politica. Nella sentenza 338 del 2003 la Corte costituzionale afferma che interventi legislativi regionali, posti in essere nell'esercizio di una competenza legislativa concorrente, come quella di cui le Regioni godono in materia di tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.), sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione.

La valutazione di illegittimità di norme regionali tendenti a vincolare le scelte terapeutiche non determina una valutazione di liceità di pratiche (quali, in ipotesi, gli interventi di c.d. psicoturgia di cui è parola nelle leggi impugnate) delle quali possa essere messa in discussione la natura stessa di terapie piuttosto che di interventi soltanto lesivi dell'integrità dei pazienti, e che, in questa seconda ipotesi, rientrerebbero nell'ambito di previsione di generali divieti.

⁵⁷ Alcune indicazioni di principio sono rintracciabili nelle norme cui si fa di seguito riferimento. L'ordinamento prevede che i dodicenni o di età inferiore, se hanno capacità di discernimento, hanno sempre il diritto di essere ascoltati nelle questioni e le procedure che li riguardano (art. 315 *bis* comma terzo, art. 336 *bis* codice civile, art. 337 *octies* codice civile). Ad esempio le norme in materia di adozione e affidamento del minore e di riconoscimento di un figlio da parte di un minore danno rilevanti indicazioni di principio in questo senso. A 14 anni il minore ha la possibilità di esprimere il proprio consenso all'adozione e a dare il proprio assenso affinché altri lo possano riconoscere (art. 22 della legge n. 184/1983). L'ordinamento dispone che a 16 anni è possibile riconoscere un figlio nato fuori dal matrimonio ma può accadere anche in età inferiore con eventuale autorizzazione del giudice (art. 250 codice civile). Le conseguenze del riconoscimento attengono all'esercizio delle facoltà e all'adempimento dei doveri connessi alla responsabilità genitoriale (art. 316 c.c. ultimo comma).

⁵⁸ Non si può non menzionare per il caso di rifiuto delle cure da parte di un grande minore il romanzo di Ian McEwan *The children act* del 2014. Nella ricostruzione letteraria il giudice dell'Alta Corte Britannica, Fiona

Si tratta evidentemente di una ipotesi non contemplata nella legge n. 219.

Da un punto di vista costituzionalistico, sulla base delle norme stabilite negli artt. 2, 3, 13, 32 della Costituzione, è difficile negare la rilevanza della manifestazione della volontà di un giovane di 17 anni, seppure minorenne. I diritti alla vita, alla salute, all'autodeterminazione sono infatti diritti personalissimi il cui esercizio non ammette una delega assoluta anche quando le capacità della persona interessata sono ridotte. In riferimento a questi diritti operano principi estremamente soggettivi, venendo in considerazione valutazioni personali legate alle convinzioni religiose, filosofiche e inclinazioni culturali rispetto alle quali difficilmente si attagliano criteri oggettivi.

Nel caso di un diciassettenne, capace di intendere e volere, sarebbe arduo escluderne la capacità di comprensione e decisione in materia di consenso o dissenso informato alle cure. Nel caso si potrebbe affermare che la legge n. 219 produrrebbe un effetto distorsivo perché, approvata con la finalità di rafforzare i diritti e l'autodeterminazione delle persone in materia sanitaria, determinerebbe un irragionevole trattamento privando, ad esempio, un grande minore – pienamente capace di intendere e volere – del diritto all'autodeterminazione e garantendo (comma 4 dell'art. 3 della legge n. 219), invece, lo stesso diritto a una persona inabilitata per incapacità parziale. Una lettura costituzionalmente conforme dell'art. 3 della legge n. 219 consente di affermare che i grandi minori, ove possiedano una maturità ritenuta adeguata all'atto da compiere, hanno il diritto di esprimere il consenso o il dissenso informato alle cure.

Facendo riferimento alla distinzione giurisprudenziale fra la fase di formazione della volontà e la fase di manifestazione della volontà⁵⁹, il diritto all'autodeterminazione in materia sanitaria può essere qualificato come diritto personalissimo che non ammette la possibilità di trasferire a terzi l'esercizio della prima fase soggettiva della formazione della volontà⁶⁰, essendo, invece, possibile la delega a terzi delle competenze attinenti alla seconda fase consistente nella espressione e manifestazione della volontà⁶¹.

In questa ottica, in relazione a minori che sono dotati di una sufficientemente matura capacità di comprensione e decisione, l'art. 3 comma 2 della legge n. 219 potrebbe essere letto nel senso che il consenso o il dissenso alle cure in relazione ai minori deve essere espresso dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore – nell'ambito della fase di manifestazione del consenso – tenendo in considerazione, sulla base dell'età e del grado di maturazione, la volontà del minore – che rappresen-

Maye, viene chiamata a decidere sul dissenso espresso da parte di Adam Henry di 17 anni, malato di leucemia e cresciuto in una famiglia di Testimoni di Geova, con riguardo a emotrasfusioni salva vita. La decisione del giudice prende le mosse da una contestualizzazione del significato di "benessere del minore" nel caso in oggetto. Il giudice dell'Alta Corte decide di verificare attraverso un incontro personale con il giovane la reale consapevolezza del ragazzo in ordine alle conseguenze delle sue scelte e il grado di autonomia delle sue opinioni. Nel romanzo Fiona Maye dispone di autorizzare l'ospedale ricorrente alle cure necessarie al mantenimento in vita del giovane prendendo in considerazione, in particolare, il grado di autonomia delle scelte e dei pensieri del giovane. Il giudice, infatti, afferma che il giovane risulta essere stato condizionato da una forte esposizione sin dall'infanzia a determinati valori e a una specifica visione del mondo.

⁵⁹ Cfr. Ordinanza del Giudice Tutelare del Tribunale di Pavia, 24 marzo 2018, pag. 5, su cui *supra* nella nota 42.

⁶⁰ Si veda Ordinanza del Giudice Tutelare del Tribunale di Pavia, 24 marzo 2018, pagg. 5 ss.

⁶¹ Sulla questione della ricostruzione della volontà della persona divenuta incapace si veda Corte di Cassazione – Sezione prima civile – sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748.

ta il contenuto sostanziale della fase di formazione del consenso. Cioè la fase della manifestazione del consenso può essere affidata agli esercenti la responsabilità genitoriale/tutore, mentre la fase della formazione del consenso dovrebbe essere interpretata come una fase più complessa dal punto di vista soggettivo nella quale la volontà preponderante dovrebbe essere quella del minore che dimostra di avere una sufficiente maturità.

Questa interpretazione permetterebbe una lettura costituzionalmente orientata della norma in commento e troverebbe conferma in alcuni provvedimenti giudiziari pronunciati in riferimento all'applicazione della norma dell'art. 3 comma 5 (dissenso informato alle cure).

Questi casi riguardano l'istituto dell'amministrazione di sostegno ma, argomentando sulla base della specularità dei regimi stabiliti per minori e incapaci dall'art. 3 della legge n. 219, si può affermare che il contenuto delle decisioni possa incidere anche sulla disciplina concernente i minori. I regimi delineati nella norma commentata sono, infatti, rappresentati da configurazioni simmetriche, sia per quanto concerne i minori che per quanto concerne gli interdetti e i beneficiari di amministrazione di sostegno.

I provvedimenti dei giudici tutelari richiamati affermano, infatti, che la tutela della salute e della vita di una persona, ancor di più nel caso di persone maggiormente fragili e vulnerabili quali gli incapaci e i minori, attengono a beni personalissimi rispetto a cui non si può ammettere un intervento "sostitutivo" di un terzo poiché in materia intervengono valutazioni personali e soggettive.

Il primo provvedimento interessante ai nostri fini è quello del giudice tutelare del Tribunale di Vercelli emesso nell'ambito dell'individuazione dei poteri e delle competenze dell'amministratore di sostegno nominato a favore di una persona affetta da psicosi schizofrenica⁶².

Il giudice tutelare del Tribunale di Vercelli in data 31 maggio 2018 afferma che il legislatore è incorso in una svista quando non ha inserito fra le ipotesi di ricorso al giudice tutelare il possibile contrasto fra amministratore e amministrato. Nel caso di contrasto, secondo il giudice tutelare di Vercelli, la possibilità in capo al beneficiario di ricorrere al giudice tutelare deve essere prevista in via pretoria attraverso una interpretazione costituzionalmente conforme della legge, oltre che attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 410 c.c. In questo senso, anche il dissenso del minore, in contrasto con quanto proposto da genitori e/o medici, rispetto a un determinato trattamento sanitario dovrebbe potere aprire la strada a un ricorso al giudice tutelare sulla base di una interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 3 della legge n. 219.

Una seconda ordinanza che attiene all'amministrazione di sostegno ma il cui contenuto può essere utile anche in relazione al regime dei minori è quella pronunciata dal giudice tutelare del Tribunale di Pavia il 24 marzo del 2018 che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione ai commi 4 e 5 dell'art. 3 della legge n. 219/2017 nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza sanitaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato. La questione di legittimità costituzionale e l'articolazione dell'argomentazione giuridica del giudice tutelare toccano alcuni aspetti normativi centrali della legge n. 219 anche nel contesto di un'eventuale applicazione in riferimento ai minori. Adattando la questione, si può dire che nella situazione di dissenso alle cure, fi-

⁶² Tribunale di Vercelli, Ufficio del Giudice Tutelare, 31 maggio 2018.

nalizzate al mantenimento in vita del minore non capace di manifestare esternamente una propria volontà, espresso dagli esercenti la responsabilità genitoriale/tutore al medico che non ritiene necessarie e appropriate le cure in questione, ci troveremmo nella condizione dell'assunzione di un decisione da parte di un terzo, seppure genitore o tutore, che impatta sulla salute e la vita di un minore che non ha avuto la possibilità di esprimere in merito la propria personale valutazione e accordo. In assenza di disposizioni anticipate di trattamento (che i minori non possono redigere), occorrerebbe comunque ricostruire i desideri e le volontà della persona interessata⁶³. In questo ambito, l'intervento di un soggetto terzo e imparziale che svolga una funzione di controllo sulla decisione del rappresentante legale ha la funzione garantista di verificare la conformità della decisione alla presunta volontà del rappresentato⁶⁴. Questi recenti provvedimenti giudiziari ci consentono di affermare, in via generale, che in materia non è possibile ammettere una sostituzione del rappresentante al rappresentato e che la volontà dell'interessato, ove possibile, deve essere valorizzata al massimo, quanto più nel caso di minori che possiedono una sufficientemente matura capacità di comprensione e decisione (come nel caso dei c.d. grandi minori).

5. Osservazioni conclusive

L'analisi delle norme afferenti a ordinamenti giuridici che si situano a differenti livelli di *governance* consente di apprezzare l'utilità funzionale dell'approccio per paradigmi alla tutela della salute del minore. Tali paradigmi rappresentano piste di studio in grado di fornire un orientamento per il ricercatore alle prese con il settore della salute caratterizzato ormai da tempo da tratti qualificanti specifici quali la complessità e la multidimensionalità dell'oggetto di ricerca.

Come abbiamo visto, in materia insistono una pluralità di fonti differenti e potere disporre di una bussola utile a individuare e collocare nella giusta dimensione le questioni consente di focalizzare la meglio il tema affrontato. L'analisi dei documenti e della normativa internazionale mostra come queste tracce di orientamento siano emerse in maniera chiave a livello internazionale e che in seguito sono state recepite a livello nazionale. In particolare, la legge n. 219/2017 prevede rilevanti norme per quanto concerne il consenso informato e la tutela della salute nel caso in cui siano interessati

⁶³ Là dove la persona sia in stato di incapacità di esprimere la sua volontà, il compito attribuito al rappresentante legale è quello di ricostruire «la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace; e, in questo compito, umano prima che giuridico, non deve ignorare il passato dello stesso malato, onde far emergere e rappresentare al giudice la sua autentica e più genuina voce». Cfr. il punto 7.5 dei Motivi della decisione, Corte di Cassazione, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748. Sulla questione si veda A. SIMONCINI, O. SNEAD, *I profili costituzionali delle decisioni sulle cure di persone incapaci tra libertà e giusto processo (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2010.

⁶⁴ L'ordinanza del giudice tutelare di Pavia in discorso approfondisce ulteriormente la questione. Nell'ipotesi ulteriore in cui la persona non è mai stata capace di intendere e volere e quindi non si è mai formata una volontà in materia di fine vita, il giudice tutelare di Pavia ritiene che la volontà del rappresentante legale non possa sostituirsi a quella del rappresentato senza un vaglio preliminare e necessario del giudice tutelare che verifichi la legittimità della decisione in riferimento al migliore interesse dell'incapace e alla garanzia dei suoi diritti. In assenza di tale controllo e funzione autorizzatoria del giudice tutelare, il rappresentante legale eserciterebbe in maniera autonoma il diritto personale di rifiutare le cure, cui si connette il potere di disporre della salute e della vita della persona rappresentata, con il solo limite della valutazione di necessità e appropriatezza delle cure da parte del medico. Si veda Ordinanza del Giudice Tutelare del Tribunale di Pavia, 24 marzo 2018.

minori. Queste norme, da una parte, colmano una lacuna formalmente presente nell'ordinamento e, dall'altra parte, recepiscono orientamenti di "diritto vivente" affermatasi nell'ordinamento interno. Inoltre, apportano un contributo di chiarezza alla disciplina della garanzia del diritto alla salute e del consenso informato nel settore pediatrico. Rilevante è la indicazione che deve essere valorizzata la capacità di comprensione e di decisione dei minori e la previsione del diritto all'informazione di cui devono beneficiare i minori secondo modalità adeguate al personale livello di comprensione.

La norma, infatti, nel costituire un affiancamento del rappresentante legale al minore nella prestazione del consenso finalizza tale supporto alla tutela dell'interesse del minore la cui garanzia deriva dal rinvio operato dall'art. 3 comma 1 ai diritti stabiliti nell'art. 1 della legge n. 219.

L'art. 3 prevede una clausola ancora più specifica quale quella dello «scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità».

Questi parametri normativi fondamentali chiariscono la funzionalizzazione di tutte le decisioni che riguardano il minore alla tutela della sua salute psico-fisica, caratterizzata anche in senso identitario, considerato il rilievo che assume il riferimento al «pieno rispetto della sua dignità».

Come abbiamo evidenziato, emerge in maniera decisiva la necessità di comporre caso per caso un equilibrio dinamico fra esigenze di protezione del minore e esigenze di riconoscimento delle capacità di autodeterminazione del minore stesso – ancora di più, come visto, nel caso di un minore prossimo alla maggiore età.

La valorizzazione delle capacità di comprensione e di decisione del minore nella legge n. 219 costituisce l'addentellato normativo dal quale discende il carattere relazionale del diritto alla salute del minore. Infatti, la garanzia del diritto alla salute del minore richiede di investire sulle capacità proprie del minore e mettere a frutto le sue risorse personali, in modo tale da promuovere l'adesione del minore al percorso sanitario e potenziare l'efficacia delle cure.

Inoltre, il tentativo di bilanciare le situazioni giuridiche soggettive che risultano incluse all'interno della tutela del diritto alla salute, diritto alla vita, diritto alla salute, dignità, implica il riconoscimento della forte correlazione di tali situazioni soggettive che possono nella pratica giungere a un conflitto e della necessaria interrelazione che esiste fra la prospettiva manifestata dagli esercenti la responsabilità genitoriale/tutore, quella rappresentata dai medici e quella espressa dal minore.

Probabilmente tali previsioni normative, che hanno proceduto, in ultima analisi, a recepire i complessi itinerari percorsi dal diritto alla salute a livello internazionale e nazionale, potranno necessitare in futuro di ulteriori integrazioni e arricchimenti che la scienza e la prassi clinica saranno capaci di fornire in ragione delle esigenze e delle soluzioni concrete che provengono dall'esperienza pratica.

I vaccini per i minori tra salute pubblica e giustificazione di scelte individuali.

Argomenti e riflessioni critiche su un tema controverso

Lorena Forni*

VACCINES ON MINORS: BETWEEN PUBLIC HEALTH AND JUSTIFICATION OF INDIVIDUAL CHOICES. ARGUMENTS AND CRITICAL REFLECTIONS ON A CONTROVERSIAL ISSUE

ABSTRACT: The issue of vaccines on minors is at the heart of the debate between society, law and science, in Italy as in other countries. This paper highlights some good reasons for vaccination practice, but also the main objections, misunderstandings and problems related to these topics. In this regard, we will propose a critical ethical-legal reflection, about the consideration of children's vaccines as a fair practice.

KEYWORDS: vaccines; health; law; ethics; justice

SOMMARIO: 1. Vaccini, sì o no? Qualche nota introduttiva – 2. “No vax” e “free vax”: quali sono le ragioni avanzate da chi avversa i vaccini? – 2.1. Vaccini e paure senza fondamento scientifico: lo spettro del mercurio e dell'autismo 2.2. – Contro i vaccini, nonostante il parere della scienza: atteggiamenti diffusi e paure irrazionali – 3. Favorire la cultura vaccinale: l'importanza di concrete iniziative di informazione e comunicazione – 4. Vaccini e libertà di cura (per i minori): alcuni chiarimenti etico – giuridici sul concetto di libertà - 5. Vale la pena vaccinare i minori? Osservazioni conclusive.

1. Vaccini, sì o no? Qualche nota introduttiva

Affrontare il tema dei vaccini sui minori non è mai semplice. Entrano in gioco norme di diritto, dati scientifici, ma anche convinzioni personali, paure irrazionali e condizionamenti ideologici. Si tratta di una tema che riguarda, allo stesso tempo, la salute individuale e quella collettiva, e che mette in gioco scelte personali o familiari, non meno che politiche di sanità pubblica¹.

Secondo le ultime stime dell'OMS², la situazione dei vaccini in generale, e di quelli per i minori in particolare, appare preoccupante. Gli ultimi dati raccolti riguardo al contagio di morbillo tra i bambini, ad esempio, hanno rilevato che, da gennaio fino ad ottobre 2018, sono stati riscontrati circa 50.000

* Ricercatrice confermata di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Milano – Bicocca. Mail: lorena.forni@unimib.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Il tema della vaccinazione minorile, riguardo agli aspetti prevalentemente giuridici delle questioni sollevate dall'obbligo vaccinale, sono state oggetto di un precedente lavoro. Cfr. L. FORNI, *Diritto, diritti, vaccini. È giusto vaccinare i minori?* in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2, 2018, pp. 67-79.

² Cfr. WHO, *Measles and rubella surveillance data*, il cui report integrale è consultabile all'indirizzo http://www.who.int/immunization/monitoring_surveillance/burden/vpd/surveillance_type/active/measles_monthlydata/en/ (ultimo accesso 24/11/2018).

casi nella regione europea, più del doppio di quelli registrati, nello stesso periodo, in tutto il continente africano³. Rispetto alla diffusione del virus del morbillo, ad esempio, tra gli stati oggi maggiormente colpiti possiamo menzionare il Brasile. Negli ultimi mesi, a seguito delle recenti elezioni presidenziali, sono stati decisi ingenti tagli⁴ ai servizi di *welfare state*. La drastica *spending review* operata ha già prodotto una serie di conseguenze che *The Lancet* non ha esitato a definire catastrofiche⁵. A causa dell'*austerity* decisa dal governo, delle privatizzazioni dei servizi sanitari (anche quelli di base) e della *deregulation* in atto, il Brasile non ha sufficienti risorse e mezzi per contrastare una importante epidemia infantile di morbillo⁶, come è stato evidenziato in alcuni *report*, ripresi e diffusi anche dal nostro Ministero della Salute⁷.

Nel trattare il tema dei vaccini per i minori e riflettendo su possibili scelte di politica sanitaria, gli interventi istituzionali dovrebbero essere improntati ai principi dell'etica critica⁸ e non assecondare il sentire comune⁹. Su questioni di così grande rilevanza per la salute, privata e pubblica, è importante individuare argomenti e strumenti etico-giuridici appropriati per l'analisi e la gestione di dinamiche socio-sanitarie complesse.

La situazione italiana, sul tema della vaccinazione minorile, vanta una serie di rilevanti interventi normativi. Infatti, la legge n. 119 del 2017¹⁰ ha innovato la legislazione italiana preesistente¹¹, prescrivendo l'obbligo di dieci vaccini¹² per i minori fino al sedicesimo anno d'età ed è già stata oggetto

³ Cfr. H. J. LARSON, *The State of Vaccine Confidence*, in *The Lancet*, Vol 392, 2018, pp. 2244-2246.

⁴ Cfr. C. REGALI COSTA DO AMARAL, *Il programma di governo di Jair Bolsonaro: tra anacronismi e contraddizioni*, in *DPCE On Line*, n. 4, 2018, pp. 1251-1260, consultabile all'indirizzo file:///C:/Users/certosa.certosa-VAIO/Downloads/594-1-1335-2-10-20190109.pdf (ultimo accesso 31/01/2019).

⁵ Cfr. K. DONIEC, R. DALL'ALBA, L. KING, *Brazil's health catastrophe in the making*, in *The Lancet*, Vol 392 September 1, 2018, pp. 731-732.

⁶ Cfr. i dati reperibili al seguente indirizzo: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/07/estados-enfrentam-surtode-sarampo-que-volta-ameacar-o-brasil.htm> (ultima consultazione 30/11/2018).

⁷ Cfr. la nota del Ministero della Salute italiano, sul punto, dello scorso 12 giugno, consultabile al seguente indirizzo http://www.salute.gov.it/Malinf_Gestione/35-18.pdf (ultima consultazione 30/11/2018).

⁸ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralità e diritto, seconda edizione*, Milano, 2018, pp. 28 e ss.

⁹ Un recente documento dell'UE attesta che il 90% circa dei cittadini comunitari considera un intervento importante la campagna di vaccinazione minorile. Il dato è interessante, anche se va precisato che "la percezione" riguardo all'importanza dei vaccini sui minori varia, sensibilmente, da Stato a Stato, così come scelte di politica e di sanità pubblica sono molto differenti all'interno dei vari Paesi dell'Unione. Il testo del Report è consultabile al seguente indirizzo https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/vaccination/docs/2018_vaccine_confidence_en.pdf (ultima consultazione 30/11/2018).

¹⁰ Cfr. Legge n. 119 del 2017, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*, consultabile all'indirizzo <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/08/5/17G00132/sg> (ultima consultazione 30/11/2018).

¹¹ Gli interventi legislativi italiani riguardo l'obbligatorietà vaccinale in età pediatrica risalgono alle prescrizioni dalla legge 6 giugno 1939, n. 891, *Obbligatorietà della vaccinazione antidifterica*, a cui è seguita la legge 5 marzo 1963, n. 292, *Vaccinazione antitetanica obbligatoria*. Si deve inoltre ricordare la legge 4 febbraio 1966, n. 51, *Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica* e la legge 27 maggio 1991, n. 165, *Obbligatorietà della vaccinazione contro l'epatite virale B*, come peraltro sottolineato anche dalla Corte costituzionale, nel Considerato in diritto, punto 3.1 e ss. della sentenza n. 5 del 2018.

¹² Le vaccinazioni, obbligatorie ma gratuite per i minori di età compresa tra zero e sedici anni e per tutti i minori stranieri non accompagnati, sono: anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, anti-pertosse, anti-*Haemophilus* influenzale di tipo B, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite e anti-varicella.

di perplessità, tanto che si è espressa, nel gennaio 2018, la Corte costituzionale. Con la sentenza n. 5 del 2018¹³ la Corte ha tuttavia ritenuto la legge italiana ragionevole, conforme al dettato costituzionale, lasciando però spazio alla discrezionalità politica per un cambiamento delle prescrizioni, qualora il panorama epidemiologico e sociale italiano dovesse mutare¹⁴.

Preso atto del dato normativo esistente, il dibattito attuale sui vaccini, nel nostro Paese, sembra tuttavia ruotare intorno ad una domanda centrale, che può essere così formulata: «Perché - sulla base di quali ragioni - dovremmo vaccinare i bambini?»¹⁵.

Una prima risposta potrebbe essere: «Perché è così prescritto dalla legge». Sarebbe una scelta conforme a *ius*. Se ci limitassimo però a considerare una scelta giusta *solo* perché è prescritta nell'ordinamento giuridico¹⁶, ridurremmo la valutazione di ciò che è giusto a ciò che è comandato, col rischio di confinare la discussione etico - giuridica all'interno del dibattito sul legalismo etico¹⁷, senza calarci nella realtà di oggi e senza comprendere i molti profili connessi al tema.

Potremmo invece provare ad affrontare il problema da un diverso punto di vista.

Le scelte possibili, sia nell'ottica della sanità pubblica, sia per quanto attiene alle scelte individuali, nella riflessione etico - giuridica possono essere considerate approvabili a patto che siano supportate da valide ragioni giustificanti¹⁸. Inoltre, un'opzione che ha a che fare con la salute, può essere considerata una scelta giusta¹⁹ o, al contrario, iniqua, nella misura in cui offre (o meno) soluzioni a problemi concreti e nella misura in cui si presta a dirimere (o a diventar fonte) di controversie politiche e giuridiche.

Senza entrare nel merito delle questioni connesse al principio di giustizia per la salute e per le istituzioni sanitarie, potremmo richiamare alcune fertili intuizioni di Amartya Sen²⁰, a proposito di quali scelte possano essere qualificate come *giuste*, sia per i singoli, sia per le questioni pubbliche (e noi aggiungiamo, anche per quelle di salute). Sen afferma che ciò che è considerato *giusto* è generalmente stimato in riferimento al *vantaggio generale* che si può ricavare da una determinata situazione. Sen propone una originale ridefinizione del termine "vantaggi", o *capabilities*. Per Sen ciò che è un

¹³ Cfr. il testo della sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale, consultabile all'indirizzo: www.cortecostituzionale.it (ultima consultazione 30/11/2018).

¹⁴ Cfr. il punto 2.3.2 del Considerato in fatto della sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale (ultima consultazione 15/01/2019).

¹⁵ Sull'argomento, cfr. I. BELLONI, *Diritto, scienza, opinione pubblica. Considerazioni a margine del caso delle vaccinazioni obbligatorie in Italia*, in *Ius et Scientia*, vol. 4, n. 1, 2018, pp. 146-162.

¹⁶ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, Pisa, ETS, 2010.

¹⁷ Per un approfondimento teorico- giuridico sul legalismo etico cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma - Bari, 2014, in particolare il cap. V. Cfr. anche L. FERRAJOLI, *L'itinerario di Norberto Bobbio: dalla teoria generale del diritto alla teoria della democrazia*, in *Teoria Politica*, n. 3, 2004, pp. 127 e ss.; cfr. L. TRIOLO, *Il legalismo giuridico. Riflessioni in margine ad una teoria critica della legalità*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 4, 2004, pp. 154-199; cfr. infine G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 203-227, in particolare pp. 210 e ss.

¹⁸ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì e diritto, op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁹ Cfr. L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, Torino, 2016, in particolare pp. 8-19.

²⁰ Riguardo al pensiero di Sen e agli argomenti di rilevanza anche etico-giuridica e bioetica sul tema delle scelte giuste per la salute, cfr. L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità, op. cit.*, in particolare pp. 103-163.

“vantaggio” significa anche «ciò che vale la pena di fare/essere/scegliere»²¹. Potremmo allora domandarci se vaccinare i minori sia una scelta che valga la pena fare, se sia un vantaggio per i soggetti in gioco. Insomma, sulla base di quali ragioni la vaccinazione minorile può essere considerata una scelta approvabile, da preferire, o in senso lato giusta²²?

Per rispondere a questa domanda prenderemo in esame le principali argomentazioni di coloro che individuano nei vaccini uno strumento pericoloso e, dunque, da non somministrare ai minori (§ 2). Tali ragioni spesso si fondano su paure e atteggiamenti irrazionali, ed in particolare si discuterà criticamente la presunta nocività dei vaccini, perché addizionati con mercurio e la presunta correlazione tra vaccini e autismo (§ 2.1. e §2.2); inoltre, saranno prese in considerazione le norme che prescrivono iniziative di informazione e di comunicazione, per favorire il superamento di dubbi e per promuovere la cultura vaccinale (§ 3). Attraverso l’analisi teorico - giuridica, si cercherà di comprendere perché non si possa sensatamente parlare di una “scelta di libertà” nel caso di rifiuto dell’obbligo vaccinale per i minori (§ 4) e, infine, si darà conto di quali siano, complessivamente, le buone ragioni a favore della vaccinazione minorile (§ 5).

2. “No vax” e “free vax”: quali sono le ragioni avanzate da chi avversa i vaccini?

Riguardo al tema della vaccinazione minorile, nel nostro Paese si sono attestati due fronti, in totale disaccordo, l’uno accusato di essere a favore di ogni vaccinazione, senza tener conto di possibili, gravi criticità legate a tali prassi e, viceversa, l’altro ritenuto responsabile di una campagna di disinformazione e di scelte irresponsabili, che porterebbero a pericolosi risultati, in termini sia di salute individuale (dei minori, nello specifico), sia di salute pubblica.

Rispetto al c.d. “fronte critico”, dobbiamo ulteriormente distinguere tra posizioni “no vax” e “free vax”. Per i primi, i vaccini sono sempre e comunque uno strumento pericoloso e sbagliato, da rifiutare per i propri figli²³; i “free vax”, invece, non rifiutano a priori lo strumento vaccinale, ma obiettano riguardo all’obbligatorietà dello stesso. I “free vax”²⁴ non negano, in linea di principio, la validità scientifica, clinica e terapeutica dell’uso dei vaccini, ma ritengono che debbano essere fatti importan-

²¹ Cfr. A. SEN, *L’idea di giustizia*, Milano, 2010, p. 243. Di Sen segnaliamo solo le opere principali. Cfr., ad esempio, A. SEN, *Ethical Measurement of Inequality*, in W. KRELLE, A. F. SHORROCKS, *Personal Income Distribution*, Amsterdam, 1978; Cfr. ID., *Utilitarianism and Welfarism*, in *Journal of Philosophy*, n. 9, 1979; ID., *Commodities and Capabilities*, Oxford, 1987; ID., *Etica e economia*, Bari, 2000; ID., *La ricchezza della ragione*, Bologna, 2000; ID., *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002; ID., *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005; ID., *Scelta, benessere, equità*, Bologna, 2006; ID., *L’idea di giustizia*, op. cit.; ID., *La diseguaglianza*, Bologna, 2010; ID., *L’azione giusta*, Roma, 2012.

²² Cfr. U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e Diritto*, Roma – Bari, 1980, pp. 12 e ss.

²³ Si vedano le campagne del Coordinamento del movimento italiano per la libertà delle vaccinazioni (Comilva), il cui sito è: <http://www.comilva.org/> (ultima consultazione 30/11/2018).

²⁴ Possono essere fatti rientrare nel fronte “free vax” le posizioni espresse, ad esempio, dalla regione Veneto che aveva presentato ricorso proprio alla Corte costituzionale contro il decreto legge n. 73 del 2017, poi convertito nella legge n. 119 del 2017. Una delle ragioni principali addotte dalla regione Veneto era la supposta incostituzionalità dell’obbligo vaccinale, preferendo a questo altri strumenti, come una capillare comunicazione e informazione e ritenendo che, più che l’obbligo, avrebbe portato a migliori risultati una pratica vaccinale effettuata solo sulla base della persuasione.

ti distinguo e che si possano conseguire migliori obiettivi, in termini di salute individuale e collettiva, attraverso lo strumento della persuasione²⁵, e non imponendo un obbligo riguardo ai vaccini. Viceversa, chi è radicalmente contrario al loro impiego (i c.d. “no vax” in senso stretto), non argomenta il proprio dissenso limitandosi a censurare alcune modalità con cui si somministrano e, a ben guardare, non è primariamente interessato a dibattere se la pratica vaccinale debba essere normata attraverso precisi obblighi giuridici o se possa essere lasciata al buon senso, sulla base di semplici raccomandazioni della comunità scientifica.

Gli argomenti addotti per giustificare il rifiuto delle vaccinazioni possono essere raggruppati in due ampie categorie che, sinteticamente, possiamo delineare nel modo seguente: una prima gamma di ragioni contrarie, più spesso avanzate dal fronte “no vax”, ma talora, rispetto ad alcuni profili specifici, fatte proprie anche da quello “free vax”, riguarderebbe il fatto che, in taluni casi, la malattia non sarebbe trasmissibile dal “contagiato” da virus/batterio ad altri, indipendentemente dal vaccino. In altri casi, invece, si sostiene che il patogeno potrebbe essere comunque trasmissibile, anche se ci si vaccina; vi sarebbero, inoltre, per la maggior parte delle malattie della prima infanzia, basse condizioni di rischio di contagio e, infine, per alcuni dei patogeni considerati, il vaccino non produrrebbe il cosiddetto effetto da immunità di gregge²⁶.

La seconda categoria di argomenti “contro”, generalmente più vicini alle posizioni “no vax” in senso stretto, si compone di ragioni diverse. Chi le sostiene, afferma che i vaccini sono dannosi, perché producono eventi avversi di enorme gravità, rispetto ai presunti benefici che apporterebbero; in breve, sarebbero sempre una fonte di pericolo per i bambini. Inoltre, si ritiene che migliori condizioni igienico-sanitarie e sociali siano la soluzione migliore e più efficace per evitare il diffondersi di eventuali contagi. Infine, si ritiene che i vaccini siano pericolosi, poiché sarebbero resi obbligatori solo per compiacere lobby farmaceutiche, il cui unico scopo è il profitto economico e finanziario.

Quelle brevemente richiamate non esauriscono il panorama delle obiezioni avanzate contro i vaccini. Nel tentativo di dipanare alcuni fili di un discorso che si presenta piuttosto aggrovigliato, in questo lavoro discuteremo criticamente quelle principali.

²⁵ Sull'importanza della persuasione, come elemento comunicativo – relazionale importante, ma non esclusivo, cfr. A. CARTABELLOTTA, *La persuasione evidence – based: la nuova frontiera della comunicazione col paziente*, in *Evidence*, vol. 5, n. 6, 2013, pp. 1-2, consultabile all'indirizzo <https://www.evidence.it/articoli/pdf/e1000048.pdf> (ultimo accesso 26/01/2019); cfr. anche M. MAGRIS, *Parlare di vaccini tra argomentazione e persuasione. Un'analisi critica di manuali divulgativi tedeschi e italiani*, Trieste, 2018.

²⁶ Su questo aspetto specifico, la discutibilità dell'obbligo vaccinale riguarderebbe 8 dei 10 vaccini oggetto della legge n. 119 del 2017. Si tratterebbe, dunque, di ragionare sugli effetti dell'obbligo dei vaccini contro il tetano, la difterite, la poliomelite, la pertosse, la varicella, l'*Hemophilus influenzae* di tipo B, l'epatite B e la parotite. In poche parole, si riterrebbe giustificata la pratica vaccinale limitatamente al vaccino anti-morbillo e a quello anti-rosolia. Cfr. quanto sostenuto da P. BELLAVITE, *Vaccini, obbligo ed effetto gregge* al seguente indirizzo <https://freevax.org/wp-content/uploads/2017/07/Paolo-Bellavite-studio-effetto-gregge.pdf> (ultima consultazione 27/01/2019); cfr. anche <https://www.nextquotidiano.it/incentivi-vaccini-morbillo/> (ultima consultazione 16/01/2019). Infine, cfr. P. BELLAVITE, *Scienza e vaccinazioni: aspetti critici e problemi aperti*, seconda edizione, consultabile al seguente indirizzo http://medicinacentratasullapersona.org/images/pdf/scienza%20e%20vaccinazioni%20-%20aspetti%20critici%20e%20problemi%20aperti%20di%20paolo%20bellavite.%20seconda%20edizione%2015_05_2017.pdf (ultima consultazione 18/01/2019).

2.1 Vaccini e paure senza fondamento scientifico: lo spettro del mercurio e dell'autismo

Le obiezioni più rilevanti riguarderebbero da un lato, la presenza di mercurio²⁷ nei vaccini per i minori e, dall'altro lato, la sospetta correlazione tra vaccinazione e insorgenza dell'autismo²⁸.

In relazione al primo aspetto, i vaccini sarebbero da evitare, perché sarebbero "sporcati" con metalli pesanti, come il mercurio, a cui sarebbero correlate patologie neurovegetative e cancerogene. La preoccupazione sarebbe legata al *thimerosal*, un composto organico a base di sali di mercurio, la cui presenza nei principali vaccini per i minori è ritenuta importante, perché agisce come adiuvante per consentire all'agente batterico o virale di replicarsi (per via del fatto che essi vengono inoculati in forma inattiva o attenuata). Se tale composto non fosse aggiunto ai vaccini, non si avrebbe la risposta immunitaria²⁹.

Il timore diffuso è dunque generato dal fatto che assunzioni, anche in piccole dosi, di mercurio sarebbero potenzialmente in grado di cagionare danni gravi allo sviluppo cerebrale dei bambini o potrebbe portare, addirittura, a farli ammalare di tumore. Chi si fa forte di queste ragioni, omette, però, il più delle volte, di precisare alcuni elementi importanti. Per esempio, non dice che sì, ci sono alcuni studi, che risalgono ai primi anni Duemila, che ipotizzano rischi, ma che sono stati considerati dalla stessa comunità scientifica solo potenziali³⁰ e non reali. Dovremmo allora capire da dove derivino potenziali danni da assunzione di mercurio. La tossicità del mercurio può causare danni cerebrali o far insorgere tumori solo se è ingerito per lunghi periodi, cioè se l'inoculazione o l'assunzione di mercurio diventa cronica³¹.

Se, da una parte, si richiamano dati sulla tossicità di alcuni componenti dei vaccini, dall'altra parte ci sono altre ricerche, che hanno messo in discussione, invece, proprio i risultati usati per enfatizzare la pericolosità dei vaccini³². È infatti stato dimostrato che la presenza di mercurio riscontrabile dopo aver mangiato pesce è superiore a quella somministrata – *una tantum* – ai bambini quando li si vaccina. Pertanto, sebbene non si possa affermare che, in sé considerati, alcuni componenti come il *thi-*

²⁷ Sul punto, cfr. R. CHHAWCHHARIA, J. M. PULIYEL, *Commentary--Controversies surrounding mercury in vaccines: autism denial as impediment to universal immunisation*, in *Indian J. Med. Ethics*, 11 2014, pp.218-22, disponibile all'indirizzo <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25377033> (ultima consultazione 3/12/2018).

²⁸ Alcuni giornalisti hanno intrapreso una vera e propria battaglia contro la pratica vaccinale, ritenuta responsabile di danni peggiori di quelli che vorrebbero evitare. Cfr., ad esempio, le posizioni espresse da Maurizio Blondet e i riferimenti a diversi studi, consultabili all'indirizzo <https://www.maurizioblondet.it/giorno-ci-dicono-non-esistono-studi-scientifici-sul-danno-vaccini/> (ultima consultazione 3/12/2018).

²⁹ Cfr. quanto sostenuto dagli autori di *The Truth Behind The Appearance*, all'indirizzo <http://autoimmunityreactions.org/2016/07/21/thimerosal-mercurio-nei-vaccini/> (ultima consultazione 3/12/2018).

³⁰ Cfr., ad esempio, M. R. GEIER, D. A. GEIER, *The potential importance of steroids in the treatment of autistic spectrum disorders and other disorders involving mercury toxicity* in *Med Hypotheses*, n. 64, 2005, pp. 946-54.

³¹ Cfr. M WALY, H OLTEANU, R BANERJEE ET. AL., *Activation of methionine synthase by insulin-like growth factor-1 and dopamine: a target for neurodevelopmental toxins and thimerosal*, in *Molecular Psychiatry* n.9, 2004, pp. 358-370.

³² Cfr., ad esempio, gli studi condotti e segnalati nel *Program of Integrative Medicine* dall'Università dell'Arizona, consultabili all'indirizzo <http://www.healing-arts.org/children/vaccines/vaccines-mercury.htm#Neurotoxicit> (ultima consultazione 3/12/2018).



merosal siano composti completamente sicuri³³, le quantità di mercurio presenti nei vaccini sono in ogni caso inferiori a quelle che si riscontrano nel pesce, come ad esempio nel tonno³⁴.

La preoccupazione relativa alla presenza di metalli pesanti, e di mercurio in particolare, è associata, però, il più delle volte, alla ipotizzata correlazione tra i vaccini e l'insorgenza dell'autismo.

Questa è la seconda, e più rilevante, obiezione, avanzata dai "no vax".

Chi sostiene tale argomento fonda la propria convinzione sui lavori di A. J. Wakefield, medico britannico che, nel 1999, aveva pubblicato i risultati della propria ricerca sulla prestigiosa rivista *The Lancet*³⁵. Ci sono voluti alcuni anni di riletture accurate dei dati forniti da Wakefield e di scrupolose verifiche, a seguito delle quali, nel 2011, è stato dimostrato che il suo studio non aveva elementi per sostenere, in modo razionale e documentato, la correlazione tra vaccinazioni e insorgenza dell'autismo. In primo luogo, era stato condotto solo su dodici bambini, ai quali era stato somministrato il vaccino trivalente (contro morbillo, parotite e rosolia) e, dunque, non aveva le caratteristiche di numerosità minima accettabile per poter essere considerato attendibile. Inoltre, la comunità scientifica aveva raccolto evidenze che contraddicevano i dati di Wakefield e che hanno bollato come "fraudolente" le conclusioni a cui egli era pervenuto, nel senso che è stato dimostrato che egli aveva falsificato i risultati dei test³⁶. Wakefield, infine, consigliava un vaccino "alternativo", a suo dire sicuro, pulito, che avrebbe scongiurato qualunque sindrome autistica e che, guarda caso, egli stesso aveva proposto ad una casa farmaceutica per essere brevettato³⁷.

Il presunto rapporto tra somministrazione di vaccini ai minori e insorgenza di comportamenti autistici è stato oggetto di alcuni studi condotti in ambito americano. I risultati hanno mostrato che l'aumento di casi di autismo resta un "mistero"³⁸, nel senso che non è stata provata la connessione tra

³³ Cfr. D. A. GEIER, B. S. HOOKER, JANET K. KERN ET. AL., *A Dose-Response Relationship between Organic Mercury Exposure from Thimerosal-Containing Vaccines and Neurodevelopmental Disorders*, in *Int. J. Environ. Res. Public Health*, 11, 2014, pp. 9156-9170, doi:10.3390/ijerph110909156. Lo studio, pur riconoscendo che a dosi elevate il thimerosal è dannoso, ha però evidenziato che non ci sono elementi che mettano in relazione di causa-effetto il mercurio presente nei vaccini con disturbi neurologici: «However, the results of the present study may have a number of potential limitations. The results observed may have occurred from unknown biases or cofounders present in the datasets examined».

³⁴ Cfr. S. ROY, A. AGGARWAL, G. DHANGAR E A. ANEJA, *Mercury in vaccines: A review*, in *Global Vaccines and Immunology*, n. 2, 2016, disponibile online: doi 10.15761/GVI.1000119 (ultima consultazione 3/12/2018).

³⁵ Cfr. A. J. WAKEFIELD, *MMR vaccination and autism*, in *The Lancet*, vol. 354, n. 9182, 1999, pp. 949-950.

³⁶ Tra i numerosi articoli che hanno dimostrato l'infondatezza della correlazione tra autismo e vaccinazione trivalente, cfr. F. GODLEE, J. SMITH, H. MARCOVITCH, *Wakefield's article linking MMR vaccine and autism was fraudulent: Clear evidence of falsification of data should now close the door on this damaging vaccine scare*, in *British Medical Journal*, Vol. 342, n. 7788, 2011, pp. 64-66. Già dai primi anni 2000 la comunità scientifica aveva documentato la insussistenza delle affermazioni di Wakefield, come ad esempio N. A. HALSEY, S.L. HYMAN, *Conference Writing Panel, in Measles-mumps-rubella vaccine and autistic spectrum disorder: report from the New Challenges in Childhood Immunizations Conference convened in Oak Brook, Illinois, June 12-13, 2000*, in *Pediatric*, vol. 107, n. 5, 2001, pubblicato su PubMed al seguente indirizzo <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11331734> (ultima consultazione 3/12/2018), ma solo nel 2011 le evidenze sono state così lampanti da sconfiggere ogni affermazione fino ad allora sostenuta, con tenacia, da Wakefield.

³⁷ Cfr. S. DI GRAZIA, *La leggenda dell'autismo causato dai vaccini*, pubblicato all'indirizzo <https://www.ilfattoquotidiano.it/2012/09/18/leggenda-dellautismo-causato-dai-vaccini/355655/> (ultima consultazione 3/12/2018).

³⁸ «The reason for the rapid rise of autism in the United States that began in the 1990s is a mystery». Cfr. G. DELONG, *A positive association found between autism prevalence and childhood vaccination uptake across the*

l'insorgenza di comportamenti autistici e le vaccinazioni pediatriche. Le ricerche effettuate non hanno sottovalutato il fatto che, talvolta, si possano verificare eventi avversi; tuttavia, non sono emersi dati che suffraghino l'ipotesi che diagnosi di autismo possano essere ricondotte alla somministrazione di vaccini. Lo scopo degli studi era quello di considerare con prudenza alcune, serie, reazioni ai vaccini, senza tuttavia alimentare paure infondate nei genitori³⁹.

La comunità scientifica, pertanto, allo stato delle conoscenze attuali⁴⁰, non ha portato evidenze che possano dimostrare un rapporto di causa-effetto tra vaccini e autismo. In proposito, i problemi connessi a questo argomento sono però tutt'altro che prossimi a trovare una soluzione definitiva, in considerazione della complessità di alcuni profili, spesso sottovalutati nei dibattiti e del tutto omessi da chi è un convinto sostenitore di posizioni "no vax". Ad esempio, raramente si prende in esame il fatto che è scorretto parlare di "autismo" *tout court*, poiché ci si dovrebbe più correttamente riferire a tale condizione usando l'espressione "sindrome da spettro autistico"⁴¹. Questa non è una precisazione irrilevante, poiché i c.d. "disturbi" associati all'autismo sono molti⁴², differenti e non sono uguali in tutti i soggetti e perché la sindrome autistica è una delle più complesse tra quelle che emergono nell'età evolutiva dei bambini. Si parla di spettro autistico proprio perché si denota un'ampia gamma di comportamenti, riferibili a compromissioni gravi o generalizzate delle aree cerebrali dello sviluppo, che comportano difficoltà nella capacità di comunicazione e interazione sociale (ad esempio, si parla di deficit nella comunicazione della reciprocità sociale ed emotiva, nella comunicazione non verbale usata a scopo sociale, nella creazione e mantenimento di legami sociali adeguatamente al livello generale di sviluppo)⁴³.

Anche tralasciando questo rilievo, ve se sono altri che meritano di essere evidenziati. Per esempio, alcune ricerche recenti non escludono che l'autismo possa essere correlato anche a fattori genetici o ambientali, non indagati e non tempestivamente diagnosticati⁴⁴.

Poiché tuttavia è una sindrome le cui cause non sono ancora chiare e non sono identificate con certezza, a livello scientifico, si stanno intraprendendo nuove linee di ricerca, come è emerso da alcuni

U.S. population, in *J. Toxicol Environ Health A*, n. 74, 2011, pp.903-916: doi: 10.1080/15287394.2011.573736 (ultima consultazione 3/12/2018).

³⁹ Cfr., ad esempio, E. LUKE E, A. TAYLOR, L. SWERDFEGGER E D. ESLICK, *Vaccines are not associated with autism: An evidence-based meta-analysis of case-control and cohort studies*, in *Vaccine*, n. 29, 2014, pp. 3623-3629; cfr. anche e soprattutto R. CHHAWCHHARIA, J. M. PULIYEL, *Controversies surrounding mercury in vaccines: autism denial as impediment to universal immunisation*, in *Indian J. Med Ethics*, n.11, 2014, pp. 218-222, doi: 10.20529/IJME.2014.055 (ultima consultazione 3/12/2018).

⁴⁰ Cfr. O. BAGASRA, C. HEGGEN, *Autism and Environmental Factors*, NJ, USA, 2018; cfr. anche di B. G. SOUTHWELL, E. A. THORSON, L. SHEBLE, *Misinformation and Mass Audiences*, Austin, 2018, in particolare cap. 9, L. SHEBLE, *Misinformation and Science. Emergence, Diffusion and Persistence*, pp. 157-176, in particolare p. 162.

⁴¹ Cfr. T. FRATINI, *Conoscere l'autismo: teorie, casi clinici, storie di vita*, Milano, 2016; cfr. anche F. CORONA, T. DE GIUSEPPE, *Autismo: tra prospettive teoriche emozionali ed investimenti educativi trasformativo-inclusivi*, in *Italian Journal of Special Education for Inclusion*, n. 2, 2016, pp. 99-122.

⁴² Cfr. A. BENTENUTO, P. VENUTI, *La valutazione dei disturbi dello spettro autistico in La valutazione psicologica del bambino*, Roma, 2017.

⁴³ Cfr. A. FEINSTEIN, *A History of Autism*, Uovonero, Crema, 2014; cfr. anche G.M. ARDUINO, *Il bambino che parlava con la luce: quattro storie di autismo*, Torino, 2014.

⁴⁴ Cfr. O. BAGASRA, C. HEGGEN, *Autism and Environmental Factors*, op. cit., in particolare la sezione intitolata *Are Genetic Mutation the Cause of Autism*, pp. 264 e ss.

studi, che hanno indagato, ad esempio, una possibile correlazione tra sindrome autistica e carenza di vitamina D⁴⁵.

Quello che, ragionevolmente, possiamo sostenere oggi, è che non sappiamo molto riguardo alla sindrome dello spettro autistico, ma possiamo dire che non vi sono argomenti per ritenerla un effetto dei vaccini somministrati ai minori⁴⁶.

2.2. Contro i vaccini, nonostante il parere della scienza: atteggiamenti diffusi e paure irrazionali

Chi rifiuta i vaccini per i propri figli sulla convinzione di preservare la loro salute, o di optare per un minor danno (si preferisce far correre il rischio di qualche danno alla salute, ma in conseguenza di malattie insorte naturalmente, e non come eventi avversi del vaccino), lo fa basandosi anche su altri argomenti. Si sostiene, ad esempio, che condizioni igieniche della società e degli ambienti ospedalieri (es. per il tetano) o un'immunità passiva artificiale (cioè conseguita non attraverso il vaccino, bensì con antibiotici e la somministrazione di anticorpi, come nel caso della difterite) sarebbero concause rilevanti nell'aver positivamente inciso sulla minor diffusione dei patogeni considerati⁴⁷ e che, dunque, la portata dell'efficacia vaccinale andrebbe fortemente ridimensionata.

Altri dati, invece, indicherebbero, come nel caso della pertosse, che il vaccino è stato sì efficace, ma non ci sarebbero evidenze tali da far sostenere che sia l'unico motivo del crollo di tale malattia; oppure, nel caso della poliomielite, si richiederebbe maggiore prudenza rispetto al vaccino, per via del fatto che non sono ancora del tutto chiari i meccanismi di patogenesi di questo batterio⁴⁸ o che la qualificazione della pericolosità di alcune specifiche malattie, come la varicella, andrebbe ridimensionata⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. N. SOTODEHASL, M. R. TAMADON, F. MALEK, *Vitamin D deficiency and autism; a review on recent findings*, in *Journal of Parathyroid Disease*, n. 6, 2018, pp. 7–12. Nel contesto israeliano, ad esempio, H. Braude e H. Alonim, del *Mifne Center* di Rosh Pina, stanno portando avanti ricerche sui disagi comportamentali dei neonati, dovuti a uno sviluppo anomalo di alcune reti neurali. Secondo tali studiosi, un ruolo di primaria importanza nell'insorgenza della sindrome dello spettro autistico sarebbe giocato anche dal rifiuto psicologico e relazionale della maternità da parte delle donne. Cfr. H. ALONIM, *Infants at risk—early signs of autism— diagnosis and treatment* in S. ACQUARONE (a cura di), *Signs of Autism in Infants Recognition and Early Intervention*, Routledge, London, 2018, pp. 118-137.

⁴⁶ La Corte di Cassazione ha recentemente ricordato, inoltre, che, secondo i più recenti studi epidemiologici, è da escludersi un nesso tra vaccinazioni minorili e autismo. Cfr. il testo dell'ordinanza n. 2983 del 22 gennaio 2019 emessa dalla VI sezione penale della Corte di cassazione, consultabile all'indirizzo http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/15/0000083519/Corte_di_Cassazione_sez_VI_Penale_ordinanza_n_2983_19_depositata_il_22_gennaio.html (ultima consultazione 30/01/2019).

⁴⁷ Cfr. S. W. MOGENSEN ET. AL., *The Introduction of Diphtheria-Tetanus-Pertussis and Oral Polio Vaccine Among Young Infants in an Urban African Community: a Natural Experiment*, pubblicato su *EBioMedicine.com*, il cui testo integrale è disponibile all'indirizzo [http://www.ebiomedicine.com/article/S2352-3964\(17\)30046-4/pdf](http://www.ebiomedicine.com/article/S2352-3964(17)30046-4/pdf) (ultima consultazione 2/12/2018).

⁴⁸ Cfr. J. A. MELVIN, ET. AL., *Bordetella pertussis pathogenesis: current and future challenges*, in *Nat. Rev. Microbiol.*, n. 4, 2014, p. 274-288.

⁴⁹ Cfr. S. COCCHIO, *A postmarket safety comparison of 2 vaccination strategies for measles, mumps, rubella and varicella in Italy*, in *Hum. Vaccin. Immunother.*, vol. 12, n.3, 2016, pp.651-654. doi: 10.1080/21645515.2015.1101198 (ultima consultazione 3/12/2018).

Se da una parte disponiamo di una serie di elementi che criticano alcuni impieghi dei vaccini, dall'altra parte sono disponibili altrettante, se non addirittura più numerose, ricerche, che confutano o limitano fortemente le conclusioni di quelle sopra menzionate⁵⁰.

La vaccinazione minorile, tuttavia, come è stato sottolineato anche da *Nature*, non è e non deve ridursi alla contrapposizione di "tifoserie" nemiche⁵¹, poiché è un tema centrale nelle scelte di sanità pubblica, e rilevante nella vita di ciascuno di noi.

Per trovare una spiegazione ai perduranti atteggiamenti contrari alla pratica vaccinale, forse sarebbe opportuno prendere in esame altri fattori, talora considerati di scarsa incidenza nelle discussioni sul tema, come ad esempio elementi psicologici, socio-culturali, o politici⁵². Un'indagine sociologica sull'uso di internet e dei social media potrebbe aiutare ulteriormente a comprendere meccanismi e derive che si sono prodotte su questo argomento⁵³. Ma la ragione che appare maggiormente persuasiva nel tentare di offrire una risposta, almeno parziale, alla domanda in esame riguarda il fatto che, nella maggior parte dei casi, i genitori di figli autistici non accettano la mancanza di una causa nota, effettiva, un evento conosciuto dalla comunità scientifica che possa spiegare quanto sta accadendo a loro e a loro figlio⁵⁴. Si deve individuare un nemico certo, per concentrare e veicolare verso un obiettivo preciso la rabbia, la frustrazione, lo smarrimento e la delusione che si provano di fronte ad una diagnosi di sindrome da spettro autistico, per la quale si avanzano ipotesi, ma le cui cause, reali e certe, ancora oggi, restano ignote. «Why do so many people continue to believe that there is a link, despite the overwhelming evidence? The answer is something that has more credibility than the best scientific study: personal experience. Here we encounter a basic error in logic that folks often make. Many parents came to believe that vaccines caused their children's autism because the symptoms of autism appeared shortly after the child received a vaccination. On a psychological level, that assump-

⁵⁰ Cfr. la ricca bibliografia al riguardo, consultabile nel volume *Vaccinazioni: stato dell'arte, falsi miti e prospettive. Il ruolo chiave della prevenzione*, edizione Quaderni del Ministero della Salute, Roma, n. 27 del 2017, scaricabile all'indirizzo http://www.fondazionebridge.it/wp-content/uploads/2017/04/MS_Quaderni_Vaccini-2017.pdf (ultima consultazione 3/12/2018).

⁵¹ «To portray societal hesitation about vaccination as a simple battle between anti-vaccine groups and ignorant populations on the one side, and scientific reason and public health on the other [...] promotes an unproductive and sterile controversy, and a simplified view that obscures complex issues, such as the multiple causes of "vaccine hesitancy" in populations, and the fundamental role of building trust in health-care institutions and information from government and scientists». Cfr. AA. VV., *Vaccine boosters. A new French law that makes immunizations mandatory is not the only way to improve*, in *Nature*, cit., p. 249.

⁵² Cfr. A. E. TOZZI, *La paura delle vaccinazioni: le motivazioni dell'opposizione e dell'esitazione da parte dei genitori*, in *Prospettive in Pediatria*, n. 170, 2013, pp. 87-93.

⁵³ Ad esempio, sono state effettuate ricerche in ambito universitario italiano, che hanno dato luogo ad una tesi di laurea e ad una tesi di master su questo tema. All'università di Padova, nel Dipartimento di Filosofia, Sociologia, Pedagogia e Psicologia applicata si è discussa la tesi di laurea di A. COLAZZO, *Internet non è laureato in medicina. Vaccinazioni pediatriche: la controversia su web, quotidiani e social network*, consultabile all'indirizzo http://tesi.cab.unipd.it/56375/1/ANNAVITTORIA_COLAZZO_2017.pdf (ultima consultazione 2/12/2018). Cfr. anche la tesi di Master in Comunicazione della Scienza al Sissa di Trieste di M. BELLONE, *L'opposizione ai vaccini sul web, fra attivismo e informazione: il caso Comilva*, consultabile all'indirizzo <http://preprints.sissa.it/xmlui/handle/1963/34781> (ultima consultazione 2/12/2018).

⁵⁴ Cfr. J. RANDI, *The Dangerous Delusion about Vaccines and Autism*, in *Skeptical Inquirer*, n.41.2, 2017 consultabile all'indirizzo https://www.csicop.org/si/show/the_dangerous_delusion_about_vaccines_and_autism (ultima consultazione 2/12/2018).

tion and connection seems to make sense, but on a logical level, it is a clear and common fallacy: *post hoc ergo propter hoc*— «[It happened] after this, therefore because of this»⁵⁵. In poche parole, individuare nella pratica vaccinale la causa cattiva di un'esperienza individuale e familiare che non si vorrebbe vivere può essere una spiegazione, irrazionale, ma diffusa, del perché si continui a ritenere, anche contro ogni evidenza, che il rapporto vaccini – autismo sia un rapporto di causa – effetto.

Al di là di interessanti approfondimenti di tipo filosofico o sociologico, disponiamo, a dire il vero, anche di ulteriori elementi che dovrebbero tacitare timori e dubbi. Infatti, possiamo segnalare uno studio, che ha cercato di comprendere come mai una parte (anche se minoritaria) di genitori continui a nutrire forti preoccupazioni sui vaccini, perché considerati possibili cause di autismo⁵⁶. Le conclusioni a cui sono giunti i ricercatori hanno evidenziato che, per superare la paura evocata da un presunto legame vaccino-autismo, il pubblico si aspetta una informazione capillare e chiara. I risultati⁵⁷ hanno mostrato che una adeguata prassi informativa, compiuta da biologi, medici, farmacologi, è il primo elemento utile a tacitare paure e pregiudizi.

3. Favorire la cultura vaccinale: l'importanza di concrete iniziative di informazione e comunicazione

La chiave di volta per superare atteggiamenti dubitativi e scettici consiste proprio nell'informazione scientifica adeguatamente fornita sulla prassi vaccinale minorile e nella messa in atto di comunicazioni chiare e capillari sugli aspetti ritenuti più controversi e spinosi.

L'attuale normativa italiana, su questo punto, prescrive che siano promosse iniziative di comunicazione e di informazione istituzionale, proprio per favorire la conoscenza della legge n. 119/2017. L'articolo 2 della legge sui vaccini⁵⁸ è infatti volto alla promozione della pratica vaccinale, per ottenere un'adesione volontaria e consapevole e per diffondere e radicare la cultura delle vaccinazioni, sia nella popolazione latamente intesa, sia tra gli esercenti le professioni sanitarie. La norma, pertanto, riconosce che adeguate prassi informativo – comunicative sono lo strumento prioritario da utilizzare per superare atteggiamenti anti-scientifici e per sconfiggere paure irrazionali. A tale proposito, sono state previste iniziative di formazione del personale docente ed educativo nonché di educazione degli alunni e delle alunne, ad opera del Ministero della salute e del Ministero dell'istruzione,

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. L. SANDER VAN DER LINDEN, C. E. CLARKE E E. W. MAIBACH, *Highlighting consensus among medical scientists increases public support for vaccines: evidence from a randomized experiment*, in *BMC Public Health* n. 15, 2015, 15 consultabile all'indirizzo <https://doi.org/10.1186/s12889-015-2541-4> (ultima consultazione 3/12/2018).

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr. art. 2, comma 1, Legge n. 119/2017: Iniziative di comunicazione e informazione sulle vaccinazioni: «1. A decorrere dal 1° luglio 2017, il Ministero della salute promuove iniziative di comunicazione e informazione istituzionale per illustrare e favorire la conoscenza delle disposizioni di cui al presente decreto, ai sensi della legge 7 giugno 2000, n. 150, e per promuovere un'adesione volontaria e consapevole alle vaccinazioni previste dal Piano nazionale di prevenzione vaccinale, nonché per diffondere nella popolazione e tra gli esercenti le professioni sanitarie la cultura delle vaccinazioni, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, da svolgersi anche con la collaborazione dei medici di medicina generale, dei pediatri di libera scelta e dei farmacisti delle farmacie del territorio, sentite le rispettive rappresentanze ordinistiche e le associazioni di categoria».

dell'università e della ricerca, anche con il coinvolgimento delle associazioni dei genitori e delle associazioni di categoria delle professioni sanitarie⁵⁹.

Perché, allora, ci sono ancora così tante resistenze?

Un primo elemento da tenere in considerazione riguarda il fatto che le iniziative di informazione e comunicazione prescritte nella legge n. 119/2017 non sono state oggetto di regolazione ulteriore e specifica. L'articolo 2 della legge, in effetti, prescrive alle istituzioni (sanitarie, scolastiche, educative) di favorire la diffusione della cultura vaccinale, ma non individua i mezzi concreti con cui realizzarla. Tra le varie circolari ministeriali, emanate per dare attuazione alla legge n. 119/2017, non si riscontrano indicazioni operative⁶⁰ specifiche riguardo a campagne informative o ad iniziative di comunicazione rivolte alla popolazione, tanto meno coinvolgendo i genitori e gli operatori sanitari.

Queste risultano criticità importanti, perché se davvero la politica sanitaria sui vaccini ravvisasse nell'informazione e nella comunicazione le attività prioritarie da mettere in atto, proprio per far meglio comprendere la finalità di salute pubblica che si vuole perseguire, e per offrire alla popolazione dati ed elementi oggettivi e attendibili, ci si aspetterebbe una serie di prescrizioni più analitiche e precise, accompagnate da una programmazione mirata di attività.

Ad oggi, le iniziative informative e divulgative sono demandate alle Aziende Sanitarie e/o alle associazioni che operano in diverse realtà territoriali⁶¹, senza che vi sia, però, un coordinamento tra le varie istituzioni coinvolte.

Un altro aspetto, inoltre, merita di essere considerato. La legge n. 119 del 2017, imponendo l'obbligo della vaccinazione per i minori fino ai sedici anni d'età, ha previsto una serie di sanzioni qualora i genitori (o i tutori) non adempiano a quanto prescritto⁶². Proprio sulle conseguenze del mancato adempimento delle vaccinazioni si concentra la maggior parte delle norme attuative, ed in particolare delle circolari ministeriali.

Nella Circolare sugli adempimenti vaccinali e sulle indicazioni operative per l'anno scolastico 2017 – 2018 e nella più recente Circolare per l'anno scolastico 2018 – 2019⁶³ sono indicate analiticamente le procedure da seguire e le conseguenze che si potranno verificare in caso di mancata presentazione della documentazione attestante l'avvenuta vaccinazione. Si tratta, principalmente, di adempimenti burocratici da far ottemperare: i Dipartimenti di prevenzione e le Aziende Sanitarie locali devono, ad esempio, fornire alle famiglie i chiarimenti utili per consentire l'accesso alle vaccinazioni. Ad un'attenta lettura, il testo della Circolare privilegia gli aspetti tecnico - operativi (indicare le sedi, gli

⁵⁹ Cfr. art. 2, comma 2, Legge n. 119/2017.

⁶⁰ Cfr. il testo della circolare ministeriale emanata congiuntamente dal Ministero della salute e dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, riguardo alle indicazioni operative per l'anno scolastico 2018-2019, consultabile all'indirizzo <http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2018&codLeg=64928&parte=1%20&serie=null> (ultima consultazione 6/2/2019).

⁶¹ Cfr. le attività di informazione e di divulgazione organizzate da alcune associazioni di genitori in Emilia Romagna, consultabili all'indirizzo <https://vaccinformato.wordpress.com/2017/09/07/testo-completo-legge-31-luglio-2017-n-119/> (ultima consultazione 5/2/2019).

⁶² Cfr. articolo 1, comma 4, della legge n. 119/2017.

⁶³

Cfr. <http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2018&codLeg=64928&parte=1%20&serie=null> (ultima consultazione 6/2/2019).

orari, le modalità di prenotazione etc.), menziona solo incidentalmente l'importanza di una corretta comunicazione riguardo all'efficacia dei vaccini e al loro grado di sicurezza e sorvola sulle concrete modalità con cui dare vita a iniziative che coinvolgano direttamente gli operatori sanitari, istituzioni scolastiche e genitori.

Pare emergere una preoccupazione più orientata agli aspetti procedurali che non realmente volta al conseguimento degli obiettivi di primaria importanza, individuati nella legge n. 119 del 2017 riguardo alla cultura vaccinale.

Se è vero che, proprio grazie all'obbligatorietà si è registrato un aumento significativo della copertura vaccinale dall'autunno del 2017 ad oggi⁶⁴, è difficile poter affermare che vi sia stato un altrettanto significativo incremento delle iniziative informative e di comunicazione sul tema dei vaccini.

Senza una capillare disseminazione dei dati scientifici a sostegno dei buoni effetti della pratica vaccinale e senza un confronto aperto tra genitori, istituzioni scolastiche e pediatri, medici di medicina generale, infettivologi etc., risulta difficile eradicare convinzioni fondate su elementi irrazionali, come la paventata connessione tra vaccini ed insorgenza della sindrome dello spettro autistico.

Si rischia, altresì, che le vaccinazioni sui minori, anziché imprescindibile strumento di prevenzione e di tutela della salute pubblica e di quella individuale, siano associate ad una pratica caricata di forte valenza negativa: il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale ha (talora gravi) ricadute sui minori, sia perché sono esposti ed espongono altri al rischio di infezioni e contagi, sia perché ad alcune categorie di soggetti non vaccinati, ad esempio, è vietato l'accesso alle strutture educative e dell'infanzia. Pianificare e realizzare appropriate iniziative informative e comunicative assolve ad un duplice obiettivo: educa a comportamenti conformi al diritto, evitando di comminare sanzioni giuridiche, e allo stesso tempo consente di prevenire fenomeni di esclusione o di discriminazione, che rappresentano, spesso, esempi di sanzioni sociali.

Del resto, in attuazione proprio dell'articolo 2 della legge n. 119 del 2017, le prossime circolari potrebbero ragionevolmente prescrivere di calendarizzare, durante l'anno scolastico, una serie di momenti di confronto, di comunicazione e di dialogo, tra genitori ed esponenti del mondo scientifico, coadiuvati, ad esempio, da giuristi e bioeticisti.

L'obiettivo di aumentare la copertura vaccinale per ragioni di salute pubblica e per garantire diritti individuali sarà, molto probabilmente, raggiunto con maggior successo se si educeranno genitori, insegnanti e, ove possibile, anche gli studenti, a comprendere l'importanza di comportamenti virtuosi.

Altrettanto ragionevole sarebbe dare evidenza e pubblicità ulteriore alle iniziative di informazione e comunicazione, laddove si svolgono, a livello regionale o locale.

In poche parole, affinché le norme siano efficaci, non è sufficiente la sola previsione di sanzioni per chi non le rispetta. Bisognerebbe predisporre concreti percorsi informativi – educativi appropriati, affinché gli obblighi vaccinali minorili possano essere considerati per quello che sono: un imprescindibi-

⁶⁴ Nell'ultima circolare ministeriale si legge che «Il miglioramento delle coperture vaccinali è significativo per tutte le fasce d'età oggetto della rilevazione», <http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2018&codLeg=64928&parte=1%20&serie=null> (ultima consultazione 6/2/2019).

le strumento a tutela della salute, intesa sia come fondamentale diritto dei consociati, sia come interesse della collettività.

4. Vaccini e libertà di cura (per i minori): alcuni chiarimenti etico – giuridici sul concetto di libertà.

Dobbiamo, infatti, ricordare che i vaccini, specie quelli per i bambini, sono stati introdotti come strumenti volti a mantenere e a garantire il (fondamentale) diritto alla salute⁶⁵. Come abbiamo poco sopra ricordato, i dati ad oggi a disposizione indicano che l'obbligo, e non la persuasione⁶⁶, sia stato lo strumento che ha favorito una maggiore copertura sul territorio e nelle diverse fasce d'età.

Sono state menzionate alcune ragioni, scientifiche e culturali, addotte a sostegno della ragionevolezza dello strumento vaccinale; dobbiamo ora considerare se, da un punto di vista etico – giuridico, vi siano argomenti che possano far ritenere che rifiutare di vaccinare i propri figli sia, in fondo, una scelta di libertà.

Il concetto di libertà meriterebbe un approfondimento diverso⁶⁷; in questa sede ci limiteremo a ricordare che, nei discorsi prescrittivi, della politica e del diritto, il termine “libertà” denota due diversi significati: libertà negativa e libertà positiva. Riproponendo le ridefinizioni offerte da Norberto Bobbio, per libertà negativa s'intende, in via generale, «la situazione in cui un soggetto ha la possibilità di agire senza essere impedito, o di non agire senza essere costretto, da altri soggetti»⁶⁸. “Libertà positiva”, invece, è un'espressione che si riferisce ad una situazione in cui «un soggetto ha la possibilità di orientare il proprio volere verso uno scopo, di prendere delle decisioni, senza essere determinato dal volere altrui. Questa forma di libertà si chiama anche autodeterminazione o, ancor più appropriatamente, autonomia»⁶⁹.

Chi intende affermare di poter decidere in “libertà” sul tema delle vaccinazioni minorili spesso compie pericolose confusioni. Sebbene, in via di principio, i due significati di libertà (positiva e negativa) non si escludano a vicenda⁷⁰, dobbiamo fare chiarezza riguardo a quale significato di libertà fanno riferimento coloro che la invocano per non ottemperare l'obbligo vaccinale. Spesso il termine libertà è usato in espressioni come “libertà di scelta” per i vaccini; o, ancora, “libertà riguardo alle scelte di interventi medico - scientifici sul corpo”. Apparentemente, sembrerebbe invocato un diritto di libertà negativa, vale a dire la facoltà di non essere costretto a subire ciò che lo Stato ha prescritto e, allo

⁶⁵ Cfr. E. BORGONOVÌ, *Non ci sono diritti senza doveri*, in *Mecosan*, n. 100, 2016, pp. 3-6.

⁶⁶ Cfr., ad esempio, il documento relativo al Piano Nazionale per la Prevenzione e i Vaccini, pubblicato dal Ministero della salute il 17 gennaio 2017, consultabile all'indirizzo http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2571_allegato.pdf, cfr. anche il testo del Report della Regione Veneto, *Report sull'attività vaccinale dell'anno 2016, copertura vaccinale a 24 mesi (coorte 2014), dati divulgati a marzo 2017*, il cui integrale resoconto è consultabile all'indirizzo <http://repository.regione.veneto.it/public/63b121b91fe4537b6eff771f45179cc3.php?lang=it&dl=true> (ultima consultazione 2/12/2018).

⁶⁷ Cfr., sul tema, tra i molti, I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Milano, 2000; cfr. anche N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995.

⁶⁸ Cfr. N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, op. cit., p. 45 e ss.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 48 e ss.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 53 e ss.

stesso tempo, un diritto di libertà positiva, nel senso che si esercita una scelta autonoma riguardo alla salute dei propri figli minori.

“Libertà di scelta” o “libertà di cura” sono espressioni che non denotano facoltà di poter prendere qualunque decisione, al di fuori di regole e indipendentemente dalle conseguenze che si possono produrre, specialmente in relazione alla cura dei i minori di cui si è responsabili; ancora, non possono assumere il significato di “facoltà di sottrarsi ad un obbligo giuridico”. Possiamo chiarirne e precisarne il significato, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 2018⁷¹. La Corte, proprio in riferimento all’obbligatorietà vaccinale prescritta nella legge n. 119 del 2017, ha ribadito «il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l’interesse della collettività⁷², nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l’interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura (*ex multis*, sentenza n. 258 del 1994)»⁷³. In riferimento a questa pronuncia della Corte costituzionale, si può sostenere che vi siano diversi valori importanti, tutelati a livello costituzionale, che vanno bilanciati: la libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte sulle cure, la tutela della salute, personale e collettiva (tutelate dall’art. 32 Cost.), non meno che il *best interest* (il miglior interesse) dei minori. Proprio in relazione alla cura dei minori, la Corte ha ritenuto che la libertà di scelta dei genitori/tutori deve essere orientata primariamente all’individuazione del loro miglior interesse, attraverso l’esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.). Nella sentenza richiamata, inoltre, si è precisato che non possono essere giustificate opzioni, apparentemente frutto di diritti di libertà, che determinino scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute dei minori stessi⁷⁴.

Nel nostro ordinamento, pertanto, quando si invoca la libertà di scelta sulle cure o rispetto alla propria salute, bisogna distinguere le posizioni dei soggetti adulti e capaci, rispetto ai soggetti incapaci, tra cui si devono annoverare i minori. Si deve distinguere, altresì, tra scelte che riguardano trattamenti sanitari in generale e quelle che hanno per oggetto i trattamenti sanitari obbligatori, come prescritto dall’articolo 32, secondo comma, della nostra Costituzione.

Sulla base di questi rilievi, possiamo affermare che un soggetto adulto e capace, con l’eccezione dei trattamenti sanitari obbligatori, ha libertà di scelta e di cura *su di sé*, può cioè fare per sé tutte le scelte di salute che vuole (aderire o meno ad un piano terapeutico, non iniziare o sospendere uno o più trattamenti), anche a rischio della propria vita (con dei limiti e purché non leda posizioni giuridiche altrui e non cagioni danni a terzi).

⁷¹ Il testo integrale della sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale è consultabile all’indirizzo: www.cortecostituzionale.it (ultimo accesso del 07/02/2019).

⁷² Su questo aspetto, cfr., da ultima, la sentenza n. 268 del 2017, consultabile all’indirizzo www.cortecostituzionale.it (ultimo accesso del 12/02/2019).

⁷³ Cfr. il punto n. 8.2.1. del Considerato in diritto della sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale.

⁷⁴ Sulla responsabilità genitoriale in ambito di cura e di scelte appropriate per i figli minori riguardo alla salute, cfr., ad esempio, l’ordinanza della Corte costituzionale n. 262 del 2004, consultabile all’indirizzo www.cortecostituzionale.it (ultimo accesso il 5/2/2019).

Il tema della vaccinazione minorile, invece, si colloca nell'ambito dei trattamenti sanitari obbligatori⁷⁵ (arti. 32, secondo comma, Cost.), ponendo delle limitazioni alla libertà di scelta dei soggetti coinvolti. In questo caso, (ed in particolare, nel caso della contrarietà ai vaccini) i minori non possono decidere in modo autonomo in merito al proprio diritto alla salute, subendo pertanto scelte compiute dai genitori o dai tutori legali.

Se l'adulto che è responsabile *per loro* equivoca il significato di "libertà di scelta e libertà di cura", violando una prescrizione normativa e rifiutando ai minori la vaccinazione, compie scelte contrarie al loro miglior interesse (*best interest*), e pone in essere comportamenti che non tutelano la loro salute.

Adempiere all'obbligo vaccinale significa, invece, non solo rispettare una prescrizione giuridica, ma anche agire nel miglior interesse della salute dei minori (e della collettività). Questo non comporta, necessariamente, avallare un modello di politica sanitaria di tipo paternalistico; piuttosto, significa agire per la tutela un diritto fondamentale e prevenire situazioni drammatiche. Nel nostro Paese, quando si è invocata una generica "libertà di cura", senza che tale espressione venisse criticamente considerata nella sua valenza e nella sua portata, si sono verificati casi pericolosi, come è successo per il caso "Di Bella"⁷⁶ e, proprio riguardo ai minori, anche per il caso "Stamina"⁷⁷.

Vaccinare i minori significa non solo tutelare il loro fondamentale diritto alla salute, ma anche essere consapevoli di dover scegliere *responsabilmente* per non fare del male⁷⁸ o, meglio, per fare il bene dei propri figli e anche per fare il bene dei figli di altri consociati⁷⁹.

Tra i principi richiamati nella riflessione etico – giuridica sui vaccini, spesso viene invocato anche il principio di precauzione. Tale principio prescrive, infatti, di neutralizzare o minimizzare i rischi per la

⁷⁵ Su questo ampio tema, che non riguarda solo le vaccinazioni, ma anche, ad esempio, i trattamenti obbligatori in ambito psichiatrico, si rinvia, sinteticamente a C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridica*, Università di Trento, 1995; cfr. anche E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in AA, VV., *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 5960 e ss.; cfr. S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015 e cfr. infine G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011.

⁷⁶ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999, pp. 161-169; cfr. M. BUCCHI, *La provetta trasparente. A proposito del caso Di Bella*, in *il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica*, n. 1, 1998, pp. 90-102.

⁷⁷ Cfr. M. FERRARI, *Il caso "Stamina" alla luce della normativa vigente: quali responsabilità in capo ai diversi protagonisti?*, in B. INZITARI (a cura di), *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, Torino, 2016, pp. 749-778; cfr. anche M. CAPOCCI, G. CORBELLINI (a cura di), *Le cellule della speranza: il caso Stamina tra inganno e scienza*, Torino, 2014; cfr., infine, A. MICHENZI, R. VILLA, *Acquasporca*, Milano, 2014.

⁷⁸ Questa è l'ipotesi dei soggetti immunodepressi o di minori molto piccoli, che non possono accedere direttamente al trattamento vaccinale e la cui salute dipende anche delle scelte vaccinali responsabili di coloro con cui entrano in relazione, come ad esempio a scuola o in contesti ricreativi. Di recente, su questo tema, è stato riportato dalla stampa nazionale il caso degli alunni di una classe di quinta elementare di Faenza che si sono sottoposti volontariamente alla vaccinazione anti-influenzale. Si tratta di una vaccinazione che esula, però, dalle vaccinazioni obbligatorie per i minori. La scelta, promossa dai genitori di concerto con gli insegnanti, e accettata dai ragazzi, è stata compiuta per consentire ad una loro compagna, affetta da leucemia e in trattamento chemioterapico, di ritornare a scuola, non appena possibile. Il caso è raccontato al seguente indirizzo https://bologna.repubblica.it/cronaca/2019/01/13/news/faenza_la_classe_si_vaccina_perche_la_compagna_malata_torni_a_scuola-216454402/ (ultimo accesso 22/01/2019).

⁷⁹ Cfr. R. BURIONI, *Il vaccino non è un'opinione. Le vaccinazioni spiegate a chi proprio non vuole capire*, Milano, 2016.

salute umana⁸⁰, anche se non del tutto accertati, sulla base di condizioni particolari e concrete. Sebbene un'estesa vaccinazione minorile comporti la riduzione di contagi e il rischio di infezioni, non si tratta, nel tema in esame, di limitare la riflessione all'opportunità o meno di giustificare scelte normative e prassi socio – sanitarie alla luce solo del principio di precauzione. Si tratta, a dire il vero, di capire che non tutte le scelte possono essere giustificate, nel nome dell'autodeterminazione e della libertà, se non se ne precisano i contenuti e se non ci si cura delle possibili ricadute.

Come ha molte volte ricordato Uberto Scarpelli, infatti, compiere una scelta di libertà significa agire con responsabilità, poiché si deve tenere conto «delle prevedibili conseguenze e (del)la strumentalità dei principi ad esse sottesi, capaci di giustificare linee di condotta rispetto a fini desiderati»⁸¹.

5. Vale la pena vaccinare i minori? Osservazioni conclusive

Dopo molti anni in cui i vaccini hanno prodotto eccellenti risultati per la salute dei bambini e per la collettività, paradossalmente, proprio in ragione degli effetti positivi e dirompenti che hanno prodotto (la scomparsa, quasi totale, di malattie come il vaiolo, ad esempio⁸²), se ne mette in discussione la validità e, di conseguenza, l'obbligatorietà. Oggi non ci porremmo i problemi dell'opportunità (e della relativa obbligatorietà) vaccinale se, nei decenni scorsi, i vaccini avessero prodotto scarsi risultati.

In conclusione, richiamando anche gli elementi sottolineati dalla Corte costituzionale⁸³, possiamo valutare diverse ragioni, a muovere dalle quali possiamo affermare che l'obbligo vaccinale per i minori sia una scelta giusta, che valga la pena fare o che possa essere considerata, in senso lato, *approvabile*.

È una scelta che ha portato indubitabili vantaggi generali, tanto ai singoli, quanto alla comunità.

È una scelta che garantisce direttamente il diritto alla salute dei minori e, indirettamente, quello della collettività. È un'opzione di sanità pubblica, che impegna istituzioni e cittadini, non solo in relazione alle campagne vaccinali per i minori, ma anche in riferimento alle iniziative informative e di comunicazione⁸⁴. Forse proprio i profili divulgativi, così come prescritti dall'articolo 2 della legge n. 119 del 2017, dovrebbero essere meglio regolati e dovrebbero essere tradotti in migliori iniziative concrete, coordinate tra i soggetti in gioco, per promuovere le molte luci dell'obbligatorietà dei vaccini per i minori e fugare le poche ombre rimaste. Così facendo, coloro che temono i vaccini o che imputano ad essi la causa dei problemi di salute dei loro figli non sarebbero lasciati soli, arginando fenomeni di esclusione sociale o di contrapposizioni ideologiche. L'impegno volto a informare sui dati effettivi oggi a disposizione della scienza è un modo per «chiamare altri accanto a sé, farsi animo con loro, non

⁸⁰ Tra le molte definizioni e analisi a disposizioni riguardo al principio di precauzione, cfr. C. PETRINI, *Il principio di precauzione*, in *Studia Bioethica*, vol. 9, n. 3, 2016, pp. 66-72, in particolare pp. 67-68.

⁸¹ Cfr. U. SCARPELLI, *La Bioetica. Alla ricerca dei principi*, in *Biblioteca della libertà*, Milano, 1987, n. 99, p. 31

⁸² Su questi aspetti, si veda la relazione di F. GIOVANETTI, *Vaccinazioni pediatriche: le domande difficili – Secondo aggiornamento*, giugno 2017, Istituto superiore di sanità, consultabile all'indirizzo <http://www.epicentro.iss.it/temi/vaccinazioni/pdf/LeDomandeDifficili.pdf> (ultima consultazione 30/11/2018)

⁸³ Cfr. *supra*, la menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 2018.

⁸⁴ M. MCKEE, W. RICCIARDI, L. SICILIANI et al., *Increasing vaccine uptake: confronting misinformation and disinformation*, in *Eurohealth*, n. 24/2018, pp. 35-38.

rimanere solo o sola in una lotta da sostenere»⁸⁵ e per fugare i dubbi sull'efficacia e sulla sicurezza dei vaccini. Questo significa, ad esempio, non tanto affermare che singoli o specifici eventi avversi non ci siano, perché tali reazioni sono possibili per ogni farmaco o trattamento⁸⁶. Significa, piuttosto, dare conto di seri dati scientifici e clinici e sottolineare i benefici che la pratica vaccinale sui minori ha portato in questi anni⁸⁷.

L'obiettivo dell'adesione consapevole alla campagna vaccinale è raggiungibile a patto che si precostituiscano condizioni favorevoli per l'esercizio responsabile dei propri diritti e doveri.

È auspicabile che vi sia un numero crescente di cittadine e di cittadini più critici, capaci di valutare e ponderare i diversi contenuti che sono offerti dai molti canali informativi e divulgativi oggi a disposizione sul tema. Tuttavia, non possiamo chiedere alle istituzioni, politiche, scientifiche e giuridiche, di "lasciarci in pace", e di non interferire con le nostre scelte individuali, quando queste ultime producono danni ad altri e, in particolare, sono dannose per i nostri figli, o per i minori in genere. Inoltre, non dobbiamo dimenticare che, nel nostro ordinamento, la salute è un fondamentale diritto soggettivo⁸⁸, ma che è, allo stesso tempo, un irrinunciabile interesse della collettività. Pertanto, dovremmo accettare che, in assenza di una copertura apprezzabile, particolari pratiche sanitarie siano rese obbligatorie, perché la salute delle generazioni presenti, e di quelle future⁸⁹, dovrebbe essere una priorità condivisa: dovrebbe essere, in breve, ciò per cui *vale la pena* fare, investire e, perché no, vaccinare.

⁸⁵ Cfr. U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica*, in S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Centro studi giuridici e politici, Perugia 1992, p. 41.

⁸⁶ La stessa legge 119 del 2017, all'articolo 5-*quater*, ad esempio, su questo aspetto, prescrive che qualora si verifici una complicazione importante o un danno grave dell'integrità psico-fisica, sia prevista la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato. Cfr., al riguardo, anche il punto 8.2.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 5 del 2018; cfr., inoltre, le sentenze della Corte costituzionale n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990, consultabili all'indirizzo www.cortecostituzionale.it (ultima consultazione 23/11/2018).

⁸⁷ Cfr. A. DAWSON, *The Moral Case For The Routine Vaccination Of Children In Developed And Developing Countries*, in *Health Affairs*, vol. 30, n. 6, 2011, pp. 1029-1033.

⁸⁸ L'articolo 32 della Costituzione, al primo comma, prescrive che: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti». Per un'analisi delle molte implicazioni prescrittive di tale articolo, cfr. L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità*, op. cit. pp. 48-70.

⁸⁹ Cfr. l'art. 16 della *Déclaration Universelle sur la Bioéthique et les Droits de l'Homme* dell'UNESCO; cfr., nel merito, L. FORNI, *Presentazione e commento della Déclaration universelle sul la bioéthique et les droits de l'homme dell'UNESCO* in *Notizie di Politeia*, Milano, n. 87, 2007, pp. 39-54.

Diritti e ricerca biomedica: una proposta verso nuove consonanze

Carlo Casonato, Marta Tomasi*

RIGHTS AND BIOMEDICAL RESEARCH: A PROPOSAL TOWARDS NEW CONSONANCES

ABSTRACT: The article presents the main legal challenges emerging from the profound changes that the field of biomedical research underwent in recent years. The shift of focus on biological samples and data, the impact of new technologies producing huge amount of data, difficult to be interpreted and processed, the global dimension of research activities and the consequent importance of sharing samples and data and to make them widely accessible represent a fundamental test for the law. The paper critically describes the normative framework designed by the GDPR and the Italian legislation to balance the need to protect participants and the importance of fostering biomedical research. The proposed strategy, giving-up of the “oppositional” point of view and promoting consonances, aims at relaxing the specificity of consent while integrating it with specific requirements to encourage the concept of a responsible research.

KEYWORDS: biomedical research; informed consent; biobanking; GDPR; data protection

SOMMARIO: 1. La prospettiva: diritto e ricerca biomedica fra contrapposizioni e consonanze – 2. Il nuovo contesto dell’attività di ricerca biomedica: quattro caratteri peculiari – 3. I principali diritti e interessi coinvolti e gli strumenti giuridici a tutela degli stessi – 4. Il nuovo quadro normativo della ricerca fra GDPR e implementazione nazionale – 5. Una proposta di “consonanze”.

1. La prospettiva: diritto e ricerca biomedica fra contrapposizioni e consonanze

Il diritto che si occupa della ricerca clinica è stato caratterizzato, alla sua origine, dall’esigenza di rispondere a pratiche sperimentali gravemente lesive dei più elementari diritti fondamentali delle persone. L’impostazione originaria della regolamentazione, in questo senso, è ancorata a ragioni storiche e segnata da un carattere reattivo. Il codice di Norimberga, così, è stato redatto come risposta rispetto alle sperimentazioni “dis-umane” condotte nel periodo nazista¹; e il Belmont report, per fare un secondo esempio, come reazione agli studi sulla sifilide non controllata di Tu-

* Carlo Casonato: Professore ordinario di diritto costituzionale comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: carlo.casonato@unitn.it; Marta Tomasi, Assegnista di ricerca, Libera Università di Bolzano. Mail: marta.tomasi@unibz.it. Il contributo è stato sottoposto a referaggio del Comitato scientifico. Pur essendo il lavoro il risultato di una analisi congiunta degli Autori, i paragrafi 1 e 3 sono da attribuire a Carlo Casonato e i paragrafi 2 e 4 a Marta Tomasi. Il paragrafo 5 è frutto di una comune riflessione.

¹ Per un riferimento, fra molti, si veda A.L. CAPLAN (ed.), *When medicine went mad*, Totowa, 1992.

Essays

skegee². La disciplina della ricerca clinica, in questi termini, nasce per far fronte a sperimentazioni che compromettevano la dignità umana, ponendo quindi l'accento sul controllo e sui limiti che, in vista della tutela dei partecipanti agli studi, era necessario imporre ai ricercatori.

In tempi più recenti, il rapporto fra diritto e ricerca clinica ha sofferto di altre criticità. Si sono così registrate vicende in cui interessi economici-finanziari di carattere meramente speculativo hanno prevalso sugli obiettivi di benessere individuale e collettivo³. E in alcuni casi, una impropria percezione o l'oggettivo svuotamento di alcune categorie giuridiche di riferimento (come il consenso o la privacy, spesso ridotti a meri burocratismi da aggirare) oltre che talune esasperate aspettative sociali di salute⁴ hanno segnato una crisi profonda in alcuni dei presupposti di una ricerca costituzionalmente orientata al bene salute.

Seppure in termini meno drammatici rispetto al passato, quindi, le esigenze di protezione dei diritti dei partecipanti, di mantenimento delle finalità della ricerca verso il miglioramento del benessere collettivo e di contenimento di strategie di mera speculazione economica rimangono presenti anche oggi. riflessione

D'altro canto, è allo stesso modo opportuno rilevare come la ricerca scientifica sia considerata dalla Costituzione italiana come un bene da promuovere⁵, al quale va assicurato un regime di libertà⁶. E all'interno di questo quadro, la ricerca clinica, in quanto direttamente strumentale al raggiungimento di un elevato livello di salute individuale e collettiva, gode di particolare favore⁷. Proprio il collegamento fra efficacia della ricerca clinica e promozione della salute dovrebbe porre la cornice concettuale entro la quale inserire un rinnovato, virtuoso rapporto fra interessi dei ricercatori, istanze della società e diritti dei partecipanti agli studi. Secondo questo angolo visuale, ad esempio, l'obiettivo di ottenere risultati scientifici sempre più innovativi e attendibili non è un interesse dei soli ricercatori, ma di ogni partecipante allo studio e di tutta la società: si potrebbe parlare di un diritto alla scienza (e

² ANONIMO, *Twenty years after: the legacy of the Tuskegee syphilis study*, in *Hastings Center Reports*, 22, 1992, pp. 29-40.

³ Cfr. casi come quelli relativi al Gleevec, al Sofosbuvir, o al contenzioso Avastin-Lucentis. Su queste vicende, si consenta un rinvio a C. CASONATO, *I farmaci fra speculazioni e logiche costituzionali*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

⁴ Cfr. casi recenti, come la vicenda legata al metodo Stamina, rivelatosi una "truffa scientifica" ai danni di persone in condizione di estrema fragilità (fra i molti che si sono occupati della questione, C. NARDOCCI, *Caso «Stamina»: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, 160 ss.; M. PICCINNI, *Tutela della salute versus libertà di cura? Il caso Stamina nella lente deformante dell'urgenza*, in *Politica del Diritto*, 2014, p. 607 e ss.; M. CAPOCCI, G. CORBELLINI, *Le cellule della speranza. Il caso Stamina tra inganno e scienza*, Torino, 2014; P. CENDON, *Cellule staminali somministrate ai bambini sofferenti di gravi malattie neurologiche*, in *Minori Giustizia*, 2013, 233 ss.; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della 'vicenda Stamina'*, in *RDPE*, 2013, 63 ss.; G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 420 ss.), o la questione delle cd. *right to try laws* negli Stati Uniti (M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra emozione e razionalità. Le right to try laws negli Stati Uniti d'America*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016).

⁵ Art. 9: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica».

⁶ Art. 33: «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

⁷ Art. 32: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti».

ai relativi risultati) in termini di un vero e proprio diritto umano⁸. Tale assetto, che potrebbe definirsi all'interno di un nuovo modello di «consenso sociale informato»⁹, permette, quindi, di considerare i pur distinti diritti e interessi dei tre protagonisti dello scenario qui oggetto di esame come parti complementari di una stessa logica complessiva.

In questo contesto, il presente contributo vuole riflettere su come superare le contrapposizioni segnalate, garantendo che gli studi clinici e la relativa applicazione si mostrino autenticamente volti al perseguimento di un aumento del livello di salute, recuperando la convergenza di intenti di cui si è detto. Si propone di individuare strategie volte a declinare i diritti e gli interessi complessivamente implicati secondo una logica di incontro più che di contrapposizione; una logica bilanciata in cui, in estrema sintesi, alcune attenuazioni nel rigore delle posizioni dei partecipanti (in particolare dei caratteri del consenso) vengano compensate da una stretta sulle misure contro utilizzi abusivi dei dati e sulle garanzie di una ricerca responsabile.

Un simile obiettivo richiede di valutare anzitutto, nell'ottica di un diritto adeso alla realtà che si propone di regolare, gli specifici caratteri di alcuni ambiti significativi della ricerca contemporanea e di enuclearne le specificità che consentono di ragionare in termini di consonanza delle posizioni giuridiche dei diversi *stakeholders*, alla luce di un bilanciamento rispettoso delle diverse istanze che possa promuovere con efficacia il comune obiettivo di salute.

2. Il nuovo contesto dell'attività di ricerca biomedica: quattro caratteri peculiari

Nel caso del diritto che si occupa delle scienze della vita, le tematiche emergenti presentano tipicamente caratteristiche che non sono presenti in altri campi e che possono essere riassunte nella complessità scientifica, nella delicatezza etica e nella continua evoluzione dei risultati. Il diritto, di conseguenza, dovrà essere caratterizzato da un'apertura verso la dimensione scientifica e verso il pluralismo etico, da uno sforzo di continuo aggiornamento e, più che in altri ambiti, da un'attenzione particolare rispetto allo specifico ambito da regolare¹⁰.

In questa ottica, il diritto che si occupa della ricerca clinica e dei dati da essa ottenibili dovrà rendersi sensibile alle caratteristiche del settore, in modo da proporre una regolamentazione equilibrata ed efficace, che possa essere riconosciuta come legittima e presentarsi come concretamente applicabile.

A questo proposito, questo scritto si concentrerà in modo particolare sulla ricerca che utilizza campioni biologici, raccolti secondo diverse modalità, e i dati, genetici ma non solo, che da essi possono essere derivati.

L'ambito in cui si muove la ricerca qui considerata, quindi, si caratterizza – rispetto al contesto che ha originariamente determinato l'introduzione di normative volte al contenimento di possibili abusi – per uno spostamento di *focus* dalla persona, intesa nella sua interezza, alla considerazione di cam-

⁸ Cfr. J.M. WYNDHAM, M.W. VITULLO, *Define the human right to science*, in *Science*, 30 Nov. 2018, 975. Al riguardo, cfr. già M. MANCISIDOR, *Is there such a Thing as a human right to science in international law?*, in *European Society of International Law*, 2015, 4(1), reperibile al sito <https://esil-sedi.eu/?p=897>.

⁹ C. FLAMIGNI, *Sul consenso sociale informato*, in *Rivista di BioDiritto – BioLaw Journal*, 2017(2), 201.

¹⁰ C. CASONATO, *21st Century Biolaw: A Proposal*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017, 1, p. 81.

pioni biologici e dati da essa separati e, di conseguenza, a un processo di “digitizzazione” delle funzioni biologiche umane¹¹.

Questa evoluzione ha determinato quattro caratteristiche della ricerca prevalentemente inedite rispetto al passato.

1. Le attività di ricerca si sono trovate a dover familiarizzare con oggetti sempre più complessi: il vantaggio di avere a disposizione dati dotati di un elevato grado di oggettività, rispetto, per esempio, ai dati autodichiarati (*self-reported*) quali si faceva affidamento in precedenza, si scontra con la sempre crescente dimensione di questi (cd. *big data*) e con la conseguente esigenza di prendere dimestichezza con approcci come le meta-analisi o le tecniche di intelligenza artificiale e di *data mining*. Si pensi, per esempio, ai sequenziamenti genetici di nuova generazione che consentono di processare completamente intere sequenze di DNA in tempi molto brevi, mettendo a disposizione dei ricercatori dati estremamente accurati, ma ancora di difficile interpretazione.
2. In secondo luogo, poi, la maggior parte delle attività di ricerca mostra, oggi, un interesse fondamentale verso le cd. “secondary analyses”, indagini che si avvalgono di campioni già stoccati o di dati già archiviati per altri scopi. La possibilità di procedere in questo modo – data dalle capacità delle nuove tecnologie di conservare campioni e dati per lunghi periodi di tempo e di renderli accessibili in diversi luoghi e momenti e supportata anche da rilevanti incentivi finanziari – implica che, in molti casi, i futuri impieghi di campioni o dati non siano del tutto definiti e, talvolta, non siano nemmeno prevedibili al momento della raccolta degli stessi (si parla di ricerca *open-ended*). Tale nuovo assetto costituisce, per il principio del consenso informato, una sfida di inedite dimensioni.
3. Il terzo dato del quale occorre tenere conto riguarda la dimensione della ricerca, la quale, abbandonata qualsiasi forma localistica, non può che ragionare in termini di globalità, vivendo dell’esigenza di trasferire, scambiare e, almeno in alcuni casi, rendere pubblici¹² campioni e soprattutto dati¹³. Le attività di ricerca sono oggi per la maggior parte condotte all’interno di *networks* che conducono ampie collaborazioni, le quali si estendono ben oltre la dimensione nazionale, determinando l’esigenza di individuare *standard* a carattere interoperabile¹⁴.
4. L’ultimo aspetto rilevante riguarda l’importanza che può rivestire il mantenimento di un collegamento fra i dati e il soggetto-fonte, al quale questi si riferiscono, sia per lo stesso partecipante alla ricerca (soprattutto nei ricorrenti casi nei quali la figura del partecipante si combini a quella di un paziente in cerca di diagnosi o di cura), sia per i ricercatori. Sul punto si tornerà a breve, ma si tenga da subito conto del fatto che le pratiche di anonimizzazione (intesa come definitiva

¹¹ L. MARELLI, G. TESTA, *Scrutinizing the EU General Data Protection Regulation. How will new decentralized governance impact research?*, in *Science*, 360(6388), 2018, pp. 496-498.

¹² Si consideri che, sempre più spesso, il requisito della pubblicazione dei dati impiegati nelle ricerche all’interno di database pubblici costituisce una condizione per il finanziamento delle attività: si veda, molto recentemente, D. MASCALZONI, H.D. BENTZEN et al., *Are requirements to deposit data in research repositories compatible with the GDPR?*, in *Annals of Internal Medicine*, 19 febbraio 2019.

¹³ E.S. DOVE, *Biobanks, Data Sharing, and the Drive for a Global Privacy Governance Framework*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 43(4), 2015, pp. 675-689 e D. MASCALZONI et al., *International Charter of Principles for Sharing Bio-specimens and Data*, in *European Journal of Human Genetics*, 23, 2015, 721-728.

¹⁴ L. MARELLI, G. TESTA, *op. cit.*, p. 496.

rottura della relazione fra dati e soggetto-fonte) non sembrano fornire una soluzione soddisfacente per nessuna delle parti coinvolte.

Una sintesi di tutte queste caratteristiche si rinviene – come anticipato – nell’attività tipicamente svolta dalle biobanche di ricerca: strutture di servizio volte alla raccolta, alla conservazione e alla eventuale redistribuzione di campioni biologici e dati, che rendono possibili frequenti trasferimenti di materiale biologico e l’implementazione, anche mediante sistemi elettronici, della circolazione dei dati, rispondendo alle esigenze di una ricerca sempre più globale¹⁵.

Le descritte peculiarità rappresentano un fondamentale punto di partenza per riflettere sulla possibilità di proporre strumenti operativi che siano in grado di tracciare un adeguato bilanciamento fra gli interessi della ricerca e la tutela delle posizioni di tutte le figure coinvolte.

3. I principali diritti e interessi coinvolti e gli strumenti giuridici a tutela degli stessi

Le descritte caratteristiche della ricerca contemporanea incidono sulla configurazione degli interessi dei partecipanti alle ricerche e, di conseguenza, producono un impatto evidente e problematico sugli strumenti giuridici tradizionalmente posti a tutela degli stessi, richiedendo un loro ripensamento.

Le questioni più delicate riguardano due punti: il meccanismo del consenso informato, che da sempre rappresenta lo standard aureo per la legittimazione dello svolgimento di attività di ricerca, e le pratiche di anonimizzazione dei dati, che per anni sono state considerate un imperativo etico da applicare, almeno dopo che fosse trascorso un certo periodo di tempo dalla raccolta.

Per quanto riguarda il primo strumento, da un’analisi del diritto comparato e della ormai cospicua letteratura sviluppata, in particolare in tema di biobanche di ricerca, si può delineare una tendenza all’allontanamento dalla impostazione tradizionale, che vuole il consenso inteso in termini di attualità e specificità, da richiedere per la partecipazione a ogni singolo studio (*fresh consent*). Le opposte alternative, discusse e applicate in alcuni contesti, vanno da quelle di un consenso presunto (con eventuale opzione di *opting-out*), fino alla concezione secondo la quale la partecipazione alla ricerca dovrebbe addirittura essere resa (almeno moralmente) obbligatoria, in quanto elemento imprescindibilmente collegato alla cittadinanza o condizione per godere poi del diritto all’accesso alle cure¹⁶. Fra questi due poli, sono state indicate figure intermedie, che ampliano la manifestazione di volontà (*blanket, open o broad consent*¹⁷) o che la estendono nel tempo (*dynamic consent*¹⁸), così da includere anche progetti o finalità di ricerca non prevedibili al momento della prestazione del consenso.

¹⁵ Per una panoramica generale, fra i moltissimi scritti sul tema, D. MASCALZONI (ed.), *Ethics, Law and Governance of Biobanking: National, European and International Approaches*, Dordrecht, 2015.

¹⁶ S.Y. KIM, *Clinical Trials Without Consent?*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, 2016;59(1), pp. 132-146.

¹⁷ In relazione al primo, più restrittivo, modello, si possono citare: il Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo sulla ricerca biomedica, che richiede un consenso informato, libero, espresso, specifico e documentato della persona (art. 14); la Raccomandazione (2006)4 del Consiglio d’Europa, il cui art. 10 co. 2 richiede che informazione e consenso per l’ottenimento di materiali biologici per la ricerca siano il più possibile specifici in riferimento a ogni scopo di ricerca previsto; la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, che prevede che i dati personali debbano «essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata» (art. 8). Cfr. M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità, forthcoming*, in cui anche il riferimento ad alcune esperienze nazionali.

Il secondo strumento le cui criticità si sono andate acuendo, nel corso degli anni e con il mutamento degli scenari della ricerca, è quello dell'anonimizzazione.

Da un punto di vista terminologico, anzitutto, va considerato come l'utilizzo di tale formula indichi, alle volte, una anonimizzazione irreversibile, altre volte, un processo di codificazione, inteso come anonimizzazione reversibile mediante l'accesso a un codice e, altre volte ancora, una anonimizzazione intermedia, a fronte della quale le informazioni personali sono separate dal dato o dal campione, ma il codice di collegamento non è nella disponibilità del ricercatore¹⁹.

Il bilanciamento fra i vantaggi e gli svantaggi dell'anonimizzazione, inoltre, non è sempre agevole. Da un lato, tale attività potrebbe scongiurare qualsiasi rischio di utilizzo abusivo e discriminatorio dei dati genetici. D'altro canto, l'anonimizzazione definitiva sembra sempre più un risultato irrealizzabile, soprattutto nel caso in cui siano coinvolti dati genetici della persona, essendo la sequenza di DNA un dei più affidabili e potenti identificatori personali²⁰. Inoltre, i risultati degli studi qui in considerazione possono dipendere dalla possibilità di combinare diverse tipologie di dati, rendendone più esplicito il significato. L'impossibilità di seguire, per esempio, il decorso della malattia o l'efficacia del trattamento depotenzia sensibilmente il significato di dati e materiali raccolti.

L'anonimizzazione, infine, rende impossibile ricontattare il partecipante, il quale, sempre nell'ottica di una sinergia fra istanze dei ricercatori e esigenze dei partecipanti, potrebbe invece essere interessato ai risultati delle analisi svolte sui propri campioni²¹.

Le debolezze di questi due strumenti, tradizionalmente posti a tutela dei partecipanti alle attività di ricerca, e, più in generale, della disciplina che definisce l'assetto degli interessi coinvolti nello svolgimento delle stesse hanno, di recente, subito un parziale riassetto, dovuto all'entrata in vigore del nuovo Regolamento per la protezione dei dati personali adottato in Europa (GDPR)²² e della conseguente normativa nazionale di adeguamento e implementazione dello stesso.

4. Il nuovo quadro normativo della ricerca fra GDPR e implementazione nazionale

Nel definire i bilanciamenti ai quali si è fatto riferimento, il GDPR, introdotto per perseguire l'obiettivo di una armonizzazione delle discipline vigenti negli Stati Membri e quello di una riduzione della frammentazione esistente, non sconvolge il quadro generale rispetto alla direttiva 95/46/CE

¹⁸ I. BUDIN-LJØSNE, H.J.A. TEARE, J. KAYE, *Dynamic Consent: a potential solution to some of the challenges of modern biomedical research*, in *BMC Medical Ethics*, 18(4), 2017, pp. 1-10.

¹⁹ B.S. ELGER, A.L. CAPLAN, *Consent and anonymization in research involving biobanks: Differing terms and norms present serious barriers to an international framework*, in *EMBO Reports*, 7(7), 2006, pp. 661-666.

²⁰ «The most accurate individual identifier is the DNA sequence itself [...]. It is clear that these available genotypes alone, available on tens to hundreds of thousands of individuals in the repository, are more accurate identifiers than demographic variables alone – the combination is an accurate and unique identifier» (The American Society Of Human Genetics, *ASHG Response to NIH on Genome-Wide Association Studies*, 2006).

²¹ M. TOMASI, *Genetica e Costituzione*, cit., in particolare pp. 242 ss.

²² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Per un quadro, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016.

che va a sostituire. Esso conferma, per esempio, l'identificazione della ricerca scientifica come un contesto particolare, all'interno del quale si svolgono trattamenti di dati, e la differenziazione di questi nelle due categorie dei dati personali e dei dati "sensibili"²³, fra i quali rientrano quelli relativi allo stato di salute e quelli genetici²⁴. Alcune previsioni, tuttavia, sono particolarmente significative – e in parte innovative – quanto alla definizione degli equilibri fra gli interessi dei titolari dei trattamenti e i soggetti-fonte.

La delicatezza di questi profili emerge con particolare evidenza da un esame delle previsioni del Regolamento in parallelo con l'interpretazione che di esse viene data nelle linee guida sul consenso, elaborate dall'Article 29 Data Protection Working Party (WP29)²⁵.

4.1. I problemi dell'uniformazione parziale

Il segmento di norme del GDPR applicabili al contesto della ricerca scientifica è stato oggetto di vivaci discussioni nel corso dei lavori preparatori; il punto di bilanciamento finale è stato interpretato in modi anche molto differenti²⁶ e reca con sé contraddizioni e complessità che si cercheranno di mettere brevemente in luce.

La descrizione di questo quadro non può che aprirsi con un riferimento a una clausola che, inevitabilmente, corrompe quell'obiettivo di uniformazione che il Regolamento si propone di raggiungere. Anche in virtù della limitata competenza dell'Unione Europea in materia, l'art. 9, par. 4 prevede la possibilità per gli Stati membri di «mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute»²⁷.

²³ L'art. 9 del GDPR si riferisce a «categorie particolari di dati personali», fra i quali rientrano «dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona» (art. 9, par. 1).

²⁴ Mette in luce gli aspetti critici di questa distinzione, auspicando, invece, una regolamentazione che distingue sulla base dell'utilizzo che viene fatto dei dati e della loro capacità identificativa effettiva, E. Dove, *The EU General Data Protection Regulation: Implications for International Scientific Research in the Digital Era*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 46, 2018, p. 1016.

²⁵ *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*, elaborate dall'organismo originariamente previsto dall'art. 29 della direttiva europea 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, oggi sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati, il gruppo di lavoro comune delle autorità nazionali di vigilanza e protezione dei dati.

²⁶ Secondo alcuni il quadro emergente mostrerebbe caratteri di eccessivo favore nei confronti della ricerca (K. PORMEISTER, *Genetic data and the research exemption: is the GDPR going too far?*, in *International Data Privacy Law*, 7(2), pp. 137-146), mentre, secondo altri, gli ostacoli posti dalla legislazione in tema di protezione dei dati personali sarebbero un notevole aggravio per i ricercatori (si veda il parere del Secretary's Advisory Committee on Human Research Protections (SACHP) negli Stati Uniti, secondo il quale «The application of GDPR requirements to human subjects research has alarmed many in our National research community, as the GDPR appears not have taken into account adequately the nature, process and demands of scientific and medical research» (SACHP, "Attachment B – European Union's General Data Protection Regulations, 13 marzo 2018, online: <https://www.hhs.gov/ohrp/sachrp-committee/recommendations/attachment-b-implementation-of-the-european-unions-general-data-protection-regulation-and-its-impact-on-human-subjects-research/index.html>).

²⁷ Sul compromesso di natura politica che ha portato a lasciare margini aperti per gli Stati membri, si veda M. TIMMERS, E-B. VAN VEEN, A.I.R. MAAS, E.J.O. KOMPANJE, *Will the Eu Data Protection Regulation 2016/679 Inhibit Critical Care Research?*, in *Medical Law Review*, 27(1), 2018, pp. 59-78.

Inoltre, l'art. 89, par. 2, con specifico riferimento ai trattamenti finalizzati ad attività di ricerca scientifica, consente al diritto dell'Unione o, più significativamente, a quello degli Stati membri di prevedere deroghe ai diritti di cui agli articoli 15 (diritto di accesso), 16 (diritto di rettifica), 18 (diritto di limitazione di trattamento) e 21 (diritto di opposizione), fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 1 dell'art. 89 (di cui si dirà), nella misura in cui tali diritti rischiano di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità specifiche e tali deroghe sono necessarie al conseguimento di dette finalità.

Se la seconda previsione introduce chiaramente la possibilità di limitare diritti individuali, il cui rispetto potrebbe costituire un freno nel perseguimento degli obiettivi della ricerca, il significato della prima resta meno limpido e potrà condurre a risultati divergenti a seconda del significato che si voglia dare al termine "limitazioni".

Quel che è certo, però, è che il complesso quadro che si andrà a descrivere deve necessariamente essere osservato con la distinta consapevolezza che l'implementazione che le normative nazionali daranno al testo del GDPR avrà un ruolo determinante nell'individuare il punto di bilanciamento che si va ricercando.

L'ordinamento italiano, per esempio, nell'adeguare il quadro normativo interno alle previsioni del GDPR, ha esercitato la facoltà di cui all'art. 9, par. 4: il d.lgs. n. 101/2018²⁸ ha inserito, nel d.lgs. 196/2003, l'art. 2 *septies*, il quale introduce ulteriori condizioni per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute. La norma prevede che l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali adotti un provvedimento generale, con cadenza biennale, destinato a dettare specifiche misure di garanzia, tenendo conto delle linee guida, delle raccomandazioni e delle migliori prassi in materia di trattamento dei dati personali, dell'evoluzione scientifica e tecnologica, nonché dell'interesse alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell'Unione. Con specifico riguardo ai dati genetici, le misure di garanzia sono determinate sentito il Ministro della salute e previo parere del Consiglio superiore di sanità, e possono prevedere, «in caso di particolare ed elevato livello di rischio, il consenso come ulteriore misura di protezione dei diritti dell'interessato, a norma dell'articolo 9, paragrafo 4, del Regolamento, o altre cautele specifiche» (art. 2 *septies*, co.6).

Il meccanismo non è nuovo e ripropone, anzi, la strategia utilizzata negli anni passati, basata sulle autorizzazioni generali, provvisorie e a tempo determinato, al trattamento dei dati "sensibili" genetici (15 dicembre 2016, n. 8) e dei dati personali per finalità di ricerca scientifica (15 dicembre 2016, n. 9). Seppure problematico dal punto di vista della costruzione di una regolamentazione uniforme per una ricerca sempre più globale, il ricorso a provvedimenti di natura "tecnica" rappresenta uno strumento agile ed efficace, capace di integrare un dato normativo di frequente eccessivamente astratto e refrattario all'adattamento al mutevole contesto reale²⁹.

²⁸ Il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101 è stato emanato in attuazione dell'articolo 13 della legge di delegazione europea 2016-2017 (legge 25 ottobre 2017, n. 163). Il nuovo quadro, integrato con le altre disposizioni vigenti rilevanti, è sintetizzato in S. STEFANELLI, *Trattamento di dati personali per scopi di ricerca scientifica*, in G. CASSANO, V. COLAROCO, G.B. GALLUS, F.P. MICOZZI (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018, pp. 319-342.

²⁹ Secondo il Garante le Autorizzazioni rappresentano uno «strumento idoneo per prescrivere misure uniformi a garanzia degli interessati, rendendo altresì superflua la richiesta di singoli provvedimenti di autorizzazione da parte di numerosi titolari del trattamento e semplificando, in maniera significativa, gli adempimenti degli obbli-

4.2. Una definizione ampia di ricerca

Muovendo verso l'analisi dei contenuti del GDPR, il primo rilievo significativo riguarda la definizione di "ricerca scientifica", la quale risulta particolarmente ampia. Il testo del Regolamento, infatti, suggerisce che il trattamento di dati personali per finalità di ricerca scientifica debba essere «interpretato in senso lato e includere ad esempio sviluppo tecnologico e dimostrazione, ricerca fondamentale, ricerca applicata e ricerca finanziata da privati» (Recital 159)³⁰, con la conseguenza che, come è stato segnalato, diversi attori – fra i quali le case farmaceutiche, le aziende che forniscono test genetici diretti al consumatore, *companies* di tecnologie digitali – potranno avvalersi delle disposizioni di particolare favore poste per coloro che trattano dati personali nel quadro della ricerca scientifica³¹.

Il WP29 prende atto delle indicazioni fornite dal Recital 159, ma tenta di ridurre la portata, precisando che la nozione di "ricerca scientifica" non potrebbe essere estesa oltre il suo significato comune, relativo a un progetto di ricerca «set up in accordance with relevant sector-related methodological and ethical standards»³².

La definizione dei confini da darsi alla nozione di ricerca scientifica è strumentale a comprendere la portata delle condizioni particolari che il GDPR riconosce ai trattamenti di dati personali condotti per tale finalità.

4.3. Le eccezioni di tempo e di scopo e il consenso ampio

La prima norma di favore nei confronti delle attività di ricerca, che mostra una attenzione del dettato del GDPR verso le reali esigenze della ricerca contemporanea, riguarda l'eccezione relativa a due dei principi generali che dovrebbero orientare qualunque tipo di trattamento di dati personali: quello della limitazione della conservazione di dati personali nel *tempo* e quello della limitazione dello *scopo* da perseguirsi mediante il trattamento. Quanto al primo profilo, l'art. 5 (Principi applicabili al trattamento di dati personali) prevede che i dati personali siano «conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati», questa durata può essere estesa, a condizione che ciò avvenga per il perseguimento di una finalità di ricerca scientifica (lett. e). In Italia, secondo le modifiche apportate con d.lgs. n. 101/2018 all'art. 99 del d.lgs. 196/2003, in adeguamento alla normativa europea, il trattamento dei dati a fini di ricerca scientifica «può essere effettuato anche oltre il periodo di tempo necessario per conseguire i diversi scopi per i quali i dati sono stati in precedenza raccolti o trattati», e «possono comunque essere conservati o ceduti ad altro titolare i dati personali dei quali, per qualsiasi causa, è cessato il trattamento nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 89, paragrafo 1, del Regolamento», purché siano imposte «garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato», che

ghi relativi ai trattamenti di dati per la conduzione di ricerche mediche, biomediche o epidemiologiche» (si vedano i considerati dell'Autorizzazione n. 9/2016).

³⁰ Le radici di questa formulazione si possono rinvenire nell'art. 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che, fra le altre cose, aspira alla creazione di uno spazio «nel quale i ricercatori, le conoscenze scientifiche e tecnologie circolino liberamente».

³¹ L. MARELLI, G. TESTA, *op. cit.*, p. 498.

³² WP29, *Guidelines*, cit., p. 27.

assicurino la predisposizione di misure tecniche e organizzative, «in particolare al fine di garantire il rispetto del principio della minimizzazione dei dati», anche attraverso la pseudonimizzazione³³.

Questa possibilità acquista particolare significato se letta in combinazione con l'altra rilevante eccezione prevista nel GDPR, relativa allo scopo cui il trattamento dei dati mira, la quale apre una finestra su una tematica particolarmente significativa per il nuovo contesto della ricerca: la problematica relativa ai cd. usi secondari. In via generale, il medesimo art. 5 prevede che i dati personali siano «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità» (lett. a). Una applicazione rigorosa di questo dettato normativo leghebbe la possibilità di svolgere attività di ricerca alla previa individuazione di specifici obiettivi. Per ammissione del Regolamento stesso, però, «[i]n molti casi non è possibile individuare pienamente la finalità del trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica al momento della raccolta dei dati» (Recital 33). Da ciò derivano almeno due corollari.

Il primo è rappresentato da una presunzione di compatibilità di ulteriori trattamenti dei dati personali a fini di ricerca scientifica con lo scopo originario, ammesso che ciò avvenga in conformità con le indicazioni di cui all'art. 89, par. 1 (sulle quali si tornerà subito).

Questa presunzione di compatibilità non deve però intendersi come automatica, ma dipende dalla valutazione di alcuni aspetti specifici, quali: i) la natura dei dati personali, in particolare nel caso in cui siano trattate categorie speciali di dati (art. 6, par. 4, c)); ii) il collegamento fra lo scopo originario e gli scopi secondari (art. 6, par. 4, a)); le ragionevoli aspettative dell'interessato in base alla sua relazione con il titolare del trattamento con riguardo al loro ulteriore utilizzo; iii) le conseguenze che l'ulteriore trattamento questo possa produrre (Recital 50); iv) il contesto nel quale i dati sono stati raccolti (art. 6, par. 4, b)).

Il secondo corollario dovrebbe essere quello dell'introduzione di una forma di consenso più ampia rispetto a quello strettamente specifico: ai sensi del Recital 33, in virtù della difficoltà di predeterminare tutti i possibili obiettivi di ricerca con precisione, «dovrebbe essere consentito agli interessati di prestare il proprio consenso a taluni settori della ricerca scientifica laddove vi sia rispetto delle norme deontologiche [ethical standards] riconosciute per la ricerca scientifica. Gli interessati dovrebbero avere la possibilità di prestare il proprio consenso soltanto a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca nella misura consentita dalla finalità prevista»³⁴.

In effetti, però, mentre ai sensi dell'art. 6 il consenso che legittima il trattamento di dati personali "ordinari" deve essere espresso «per una o più specifiche finalità» (par. 1, lett. a)), ai sensi dell'art. 9, quello che rende lecito il trattamento dei dati personali "sensibili" è un «consenso esplicito al trattamento (...) per una o più finalità specifiche» (par. 2, lett. a).

Anche in questo caso, secondo il WP29, l'apertura voluta dal legislatore europeo rischia di prestarsi a letture eccessivamente estese: il gruppo di lavoro si premura, così, di precisare che la previsione citata non debba essere considerata come "disapplicativa" dell'obbligazione relativa all'ottenimento di un consenso specifico, con la conseguenza che la scarsa chiarezza iniziale di un progetto di ricerca

³³ Più estesamente sul punto, cfr. S. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 337.

³⁴ È interessante notare che il riferimento, nella versione italiana, alle "norme deontologiche" traduce l'inglese "ethical standards". In questo ambito, la sostanziale incorporazione della dimensione etica in quella giuridica offre, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, spunti di grande rilievo.

renderebbe difficile agire nel rispetto del GDPR³⁵. Nell'interpretazione data dal WP29, nei casi in cui gli obiettivi di ricerca non possano essere «pienamente specificati», il Recital 33 consentirebbe che questi fossero descritti a livello più generale. Questa possibilità dovrebbe essere scrutinata con particolare rigore nell'ipotesi di trattamenti di categorie speciali di dati. Questo – forse poco lineare – passaggio da obiettivi “fully specified” a obiettivi “well described” dovrebbe essere compensato dall'individuazione di altri strumenti che consentano, pur tuttavia, una soddisfazione dei requisiti del consenso. Si suggerisce, ad esempio, un consenso graduale, fondato su un ideale di trasparenza, che sia in grado di seguire le successive fasi della ricerca, mano a mano che esse vengano individuate, così da garantire che, nel corso del tempo, il consenso si faccia sempre più specifico (p. 28). Il richiamo qui è al rispetto di riconosciuti standard etici per la ricerca scientifica (come per esempio il vaglio di un comitato etico, del quale si dirà più avanti) e alle garanzie alle quali viene fatto cenno, seppure in forma piuttosto vaga, nell'art. 89, par. 1 del GDPR, fra le quali la minimizzazione, l'anonimizzazione (da preferirsi laddove sia possibile ottenere i medesimi risultati rispetto alla ricerca con dati personali) e l'attivazione di misure di sicurezza dei dati.

In definitiva, secondo il WP29: «[w]hen regarded as a whole, the GDPR cannot be interpreted to allow for a controller to navigate around the key principle of specifying purposes for which consent of the data subject is asked» (p. 28). La questione dell'estensione del consenso, comunque, non pare del tutto chiarita³⁶.

4.4. Oltre il consenso?

Un ulteriore argomento, ancor più cruciale nel tentativo di definire quale sia il punto di equilibrio delineato dal GDPR fra gli interessi dei vari soggetti coinvolti nelle attività di ricerca, si individua con riferimento alla base giuridica valida per il trattamento dei dati personali. Questa, secondo alcune impostazioni, dovrebbe essere tenuta distinta da quella concernente la partecipazione alla ricerca, la quale rimarrebbe regolata da standard tradizionali di carattere etico, come quelli richiamati del Codice di Norimberga, della Dichiarazione di Helsinki e del Belmont Report, oltre che da riferimenti giuridici *ad hoc*, come, ad esempio, l'art. 16 della cd. Convenzione di Oviedo. In diverse sedi³⁷, infatti, si è suggerito che gli operatori della ricerca, dopo aver coinvolto i partecipanti sulla base della prestazione di un consenso (come si è detto, imposto o suggerito da norme estranee al GDPR), informino gli stessi che il trattamento dei dati personali a fini di ricerca avverrà su una base giuridica diversa rispetto al consenso informato³⁸. Secondo alcune interpretazioni, questa base giuridica diversa potrebbe rinvenirsi nell'art. 6 del GDPR, almeno nel caso in cui siano trattati dati “ordinari”, con riferi-

³⁵ «[I]t should be noted that Recital 33 does not disapply the obligations with regard to the requirement of specific consent. This means that, in principle, scientific research projects can only include personal data on the basis of consent if they have a well-described purpose. Where purposes are unclear at the start of a scientific research programme, controllers will have difficulty to pursue the programme in compliance with the GDPR» (WP29, *Guidelines*, cit., p. 27).

³⁶ Esprime queste perplessità E. DOVE, *op. cit.*, p. 1022.

³⁷ *Ibidem*, secondo l'Autore «although researchers likely will need consent to fulfill their research ethics obligations, they should not assume this means they should *also* rely on consent to fulfill their data protection obligations, since alternative lawful bases ultimately will be much less burdensome on them» (p. 1022).

³⁸ *Ibidem*, p. 1023.

mento al criterio del *legittimo interesse* del titolare del trattamento (art. 6, lett. f)) o a quello dell'*esecuzione di un compito di interesse pubblico* o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento (art. 6, lett. e)). Tale soluzione, secondo la quale il consenso informato rappresenterebbe solo una delle condizioni di legittimità del trattamento, è evidentemente in grado di favorire gli interessi della ricerca e di risolvere alcune disfunzioni derivanti, per esempio, dalla revoca del consenso che potrebbe costituire un serio ostacolo per il proseguimento delle attività di ricerca. Per evitare, però, che lo sbilanciamento sia assoluto e che il tecnicismo della distinzione fra consenso alla ricerca e autorizzazione al trattamento dei dati personali si risolva in uno scavalciamento delle posizioni individuali da tutelare, gli organismi di ricerca dovrebbero farsi carico di verificare che il trattamento avvenga in condizioni di trasparenza e nel rispetto dei diritti del partecipante, ammesso che ciò sia possibile.

Il novellato articolo 110 del Codice delle privacy, modificato dall'art. 8 del d.lgs. n. 101/2018, prevede che il consenso non sia necessario a fini di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico in due ipotesi: i) quando «la ricerca è effettuata in base a disposizioni di legge o di regolamento o al diritto dell'Unione europea in conformità all'articolo 9, paragrafo 2, lettera j), del Regolamento, ivi incluso il caso in cui la ricerca rientra in un programma di ricerca biomedica o sanitaria previsto ai sensi dell'articolo 12-bis del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, ed è condotta e resa pubblica una valutazione d'impatto ai sensi degli articoli 35 e 36 del Regolamento»; ii) quando «a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca». In questi casi, la normativa conferma, in linea con quanto previsto in precedenza, con la disciplina europea in materia di sperimentazione clinica di medicinali per uso umano (in particolare con il Regolamento UE n. 536/2014) e delle indicazioni del Comitato Nazionale per la Bioetica³⁹, la centralità della funzione di controllo svolta dal comitato etico territorialmente competente e la necessità che il programma di ricerca sia sottoposto a preventiva consultazione dell'Autorità Garante.

Quanto ai dati "sensibili", poi, il GDPR pone un generale divieto di trattamento, salvo prevedere alcune condizioni di legittimità, proposte in via di eccezione, fra le quali rientrano, come alternative, il consenso informato (art. 9, par. 2, lett. a)) e il perseguimento di scopi di ricerca scientifica (art. 9, par. 2, lett. j))⁴⁰. Pare dunque che, a fronte di una legittima base per il trattamento (individuabile ex art. 6), in conformità con il diritto nazionale o dell'Unione Europea e a condizione che siano rispettate le già citate garanzie di cui all'art. 89, par. 1, anche in assenza di consenso, il trattamento dei dati, proporzionato al perseguimento delle finalità di ricerca, sia da considerarsi legittimo ai sensi del GDPR.

³⁹ Il Comitato si è espresso in questo senso all'interno del parere relativo alle biobanche pediatriche, estendendo, però, il riferimento anche alle altre raccolte (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Biobanche pediatriche*, 11 aprile 2014, p. 12.

⁴⁰ Non si applica il divieto generale di cui al par. 1 dell'art. 9 se «l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche (...)» (par. 2, lett. a) o se «il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato» (par. 2, lett. j).

In coerenza con l'approccio *risk-based* che anima tutto il Regolamento, le garanzie di cui all'art. 89, salvo il generico richiamo alla pseudonimizzazione e all'anonimizzazione delle quali si è detto, non sono esplicitate, con la conseguenza che, nel caso in cui si accetti l'interpretazione proposta⁴¹, si dovrà lavorare per bilanciare gli interessi di tutte le parti coinvolte, anche nei termini dei quali si dirà in seguito.

La normativa italiana, risultante dagli interventi effettuati in adeguamento al GDPR, prevede (art. 110-*bis* del Codice della privacy) che il Garante possa «autorizzare il trattamento ulteriore di dati personali, compresi quelli dei trattamenti speciali di cui all'articolo 9 del Regolamento, a fini di ricerca scientifica o a fini statistici da parte di soggetti terzi che svolgano principalmente tali attività quando, a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca, a condizione che siano adottate misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, in conformità all'articolo 89 del Regolamento, comprese forme preventive di minimizzazione e di anonimizzazione dei dati». Pare, quindi, che il trattamento ulteriore sia possibile solo a condizione che l'interessato non sia, o non sia più, identificabile. Sono comunque sottratti a questa previsione i trattamenti che abbiano ad oggetto i dati personali raccolti per l'attività clinica da parte degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, pubblici e privati, in ragione del carattere strumentale dell'attività di assistenza sanitaria svolta dai predetti istituti rispetto alla ricerca, pur nel rispetto delle garanzie di cui all'art. 89 del GDPR (art. 110-*bis*).

4.5. Il ruolo di altre fonti

Un ultimo profilo interessante per quanto riguarda le fonti rilevanti – collegandosi a quanto già detto in apertura di paragrafo in riferimento alle norme di tipo “tecnico” – è contenuto nell'art. 40 del GDPR, il quale propone «l'elaborazione di codici di condotta destinati a contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento». Tali atti «potrebbero calibrare gli obblighi dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento, tenuto conto del potenziale rischio del trattamento per i diritti e le libertà delle persone fisiche».

Questa previsione conferma un processo di articolazione e di apertura del sistema delle fonti su diversi piani. La consueta esigenza di integrazione coerente fra figure di origine democratico-rappresentativa a livello nazionale, internazionale e sovranazionale si affianca all'interesse al ricono-

⁴¹ Intendere il consenso come limite assoluto e, dunque, come unica condizione di liceità del trattamento potrebbe promuovere una prospettiva individualistica di riduzione «dell'etica all'autonomia e (del)'autonomia alla proprietà dei dati» (discute il punto S. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 333). Meno convincenti paiono quelle interpretazioni che vedrebbero una gerarchia fra le condizioni di liceità al trattamento previste nel par. 2 dell'art. 9, con la conseguenza che la lettera j) rappresenterebbe una eccezione non rispetto al requisito del consenso tout court, ma alla specificità dello stesso. «the detachment between consent under Article 9(2)(a) and the research exemption under Article 9(2)(j) most likely serves the purpose of allowing Member States to create more lenient consent requirements when it comes to sensitive data processing for scientific research purposes» e per attivare, quindi, la già citata previsione di cui al Recital 33. In ogni caso, le questioni relative al consenso al trattamento dei dati per finalità di ricerca (e alla sua ampiezza) rimarrebbero soggette alla disciplina statale (cfr. K. PORMEISTER, *op. cit.*, pp. 137-146).

scimento, pur temperato, del valore dell'autoregolamentazione, espresso in una pluralità di documenti, riconducibili o meno al *soft law*⁴².

Su questo fronte, sta lavorando, in particolare, la rete europea Biobanking and BioMolecular Resources Research Infrastructure-European Research Infrastructure Consortium (BBMRI-ERIC), che sta elaborando una bozza di Code of Conduct for Health Research⁴³.

Questi strumenti di co-regolazione, come è stato segnalato, potrebbero rappresentare uno strumento efficace a garantire una effettiva e uniforme implementazione del GDPR e a facilitare i titolari di trattamento nel dimostrare una complessiva *compliance* allo stesso⁴⁴.

L'intervento di soggetti tecnici indipendenti potrebbe essere ritenuto, in questo contesto, particolarmente adeguato «anche tenuto conto della natura flessibile degli strumenti normativi utilizzabili (autorizzazioni generali, regolamenti, codes of practice), che consente un adattamento costante al mutare della realtà medico-scientifica»⁴⁵.

5. Una proposta di “consonanze”

Alla luce delle descritte caratteristiche delle attività di ricerca e delle evoluzioni del quadro normativo alle quali si è fatto cenno, è possibile avanzare alcuni suggerimenti relativi ai criteri, anche operativi, dei quali pare opportuno tenere conto nella costruzione di una disciplina idonea a bilanciare le esigenze individuali di libertà e protezione con l'interesse generale al progresso della ricerca scientifica.

In particolare, è possibile articolare la proposta su due linee distinte ma complementari: alcuni aspetti riguardano la dimensione individuale e, in particolare, la configurazione che dovrebbe assumere lo strumento del consenso alla partecipazione alle ricerche; altri fanno riferimento a ulteriori garanzie di natura sistematica, a carattere “integrativo” rispetto a quelle prestate dal consenso stesso.

Il quadro che si è sino a qui tracciato pare imporre, almeno in alcuni contesti, un *rilassamento* del rigore del consenso informato, quanto allo scopo delle ricerche che si intendono perseguire, non essendo queste sempre prevedibili *ex ante* con un soddisfacente grado di precisione. Questo allentamento dovrebbe, tuttavia, essere compensato dall'adempimento di doveri relativi alla comunicazione dell'eventualità di future, anche imprevedibili, ricerche e alla trasparenza, al fine di preservare un legame di fiducia e promuovere un clima collaborativo che possa fondere autodeterminazione e progresso.

In tal senso, sarà dunque necessario che il procedimento del consenso informato⁴⁶ comprenda, fra gli altri aspetti, una fase di comunicazione:

⁴² Tali atti sono stati identificati come manifestazioni di «institutionalized ethics» (L. MARELLI, G. TESTA, *op. cit.*, p. 497).

⁴³ Code of Conduct on Processing of Personal Data for Purposes of Scientific Research in the Area of Health: online, <http://www.bbMRI-eric.eu/BBMRI-ERIC/gdpr-code-of-conduct/>.

⁴⁴ E. DOVE, *op. cit.*, p. 1028.

⁴⁵ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 126.

⁴⁶ Parla del consenso come elemento di una «fattispecie procedimentale», più che un «atto a struttura lineare», G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, in RODOTÀ S., ZATTI P. (dir.), *Trattato di bioDiritto*, Milano, 2011, p. 829.

- una onesta *disclosure* circa obiettivi noti e non noti;
- l'indicazione di mezzi di eventuale aggiornamento del partecipante, il quale sarà così posto nella condizione di poter monitorare gli avanzamenti della ricerca e di poter esercitare i propri diritti⁴⁷ (come per esempio l'annotazione del dissenso rispetto al trattamento ulteriore);
- la previsione, almeno nei casi in cui siano coinvolte indagini di tipo genetico, di forme di *counseling* esauriente e comprensibile, inteso come un meccanismo procedurale indispensabile per gestire la complessità del fenomeno e per garantire la tutela dei diritti a fronte delle caratteristiche specifiche dell'informazione genetica e della sua conoscibilità⁴⁸;
- l'indicazione delle modalità secondo le quali verranno trattati campioni e dati. Questo aspetto è particolarmente delicato perché è su questo che si gioca l'imprescindibile coordinamento fra il consenso alla partecipazione alla ricerca e la condizione di liceità del trattamento dei dati personali, specialmente in tutti i casi – sempre più frequenti – nei quali la realizzazione dello scopo della ricerca si sostanzia proprio in forme di trattamento di dati;⁴⁹
- l'indicazione delle informazioni che potranno, eventualmente, essere riportate al partecipante e le condizioni alle quali ciò possa avvenire;
- il riferimento a possibili scambi e trasferimenti, anche al di fuori dell'Unione europea;
- il coinvolgimento di possibili risvolti di carattere economico (es. sviluppo di farmaci e/o brevetti). Queste garanzie a livello individuale, poi, devono trovare conforto in un sistema complessivo che sia in grado di assicurare:
 - elevati standard tecnici di organizzazione e sicurezza nella gestione dei campioni biologici e nel trattamento dei dati. Questo profilo persegue lo scopo di difendere i partecipanti rispetto a possibili usi impropri delle informazioni ricavabili dalla ricerca e a ipotesi di illegittima appropriazione da parte di soggetti esterni (come datori di lavoro o imprese di assicurazione), che si trovino in condizione di poter adottare comportamenti discriminatori o stigmatizzanti nei loro confronti;
 - la centralità delle valutazioni rese sui singoli progetti di ricerca rese da comitati etici indipendenti e specificamente competenti che, pur non potendo sostituire la valutazione morale alla base della scelta del partecipante, valutino in forma appropriata la sostenibilità etico-giuridica e il rigore scientifico dei progetti che utilizzano i dati e campioni;

⁴⁷ Le concrete difficoltà che le caratteristiche della ricerca su campioni e dati possono creare sono emerse con chiarezza nel corso della vicenda relativa al sequestro e alla vendita della biobanca creata in Sardegna dalla società SharDNA (per una ricostruzione, C. PICIOCCHI, R. DUCATO, L. MARTINELLI, S. PERRA, M. TOMASI, C. ZUDDAS, D. MASCALZONI, *Legal issues in governing genetic biobanks: the Italian framework as a case study for the implications for citizen's health through public-private initiatives*, in *Journal of Community Genetics*, 9(2), 2017). La configurazione dell'esercizio dei diritti degli interessati è stata oggetto di un provvedimento dell'Autorità Garante che ha riconosciuto il diritto all'annotazione dell'opposizione all'ulteriore utilizzo dei dati, ma non quello alla restituzione dei campioni (Garante per la protezione dei dati personali, 21 dicembre 2017, n. 561, in www.garanteprivacy.it, doc. web n. 7465896, su cui S. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 340).

⁴⁸ L'importanza dello strumento è messa in evidenza da P. SOMMAGGIO, *La consulenza (gen)etica: nuovi miti, nuovi oracoli, libertà della persona*, Milano, 2010 e L. PALAZZANI, *Gen-ius. La consulenza tra genetica e diritto*, Roma, 2011.

⁴⁹ Gli argomenti di chi sostiene che il trattamento dei dati per fini di ricerca possa trovare legittimazione in previsioni diverse rispetto a quelle che richiedono il consenso informato pare sostenibile, almeno da un punto di vista etico, e forse anche in una prospettiva costituzionale, solo in ipotesi eccezionali o del tutto peculiari.

- la trasparenza, l'accessibilità e la pubblicità dei protocolli, delle procedure e dei risultati della ricerca, così che la comunità scientifica sia posta nelle condizioni di poterne valutare la solidità e il grado di affidabilità.

Più in generale, poi, questi indicatori specifici dovrebbero poi essere auspicabilmente introdotti in un contesto ampiamente volto ad impedire che tentazioni di mera speculazione economica prevalgano sull'interesse al raggiungimento di risultati favorevoli per la salute individuale e collettiva, in una logica di complessivo rafforzamento della responsabilità nella ricerca e nell'innovazione⁵⁰.

Tutti questi profili devono essere interpretati in un'ottica *risk-based*, che tenga oggettivamente conto degli effettivi profili di rischio connessi a ciascun ambito di ricerca e a ciascuna tipologia di dati, e integrati in un sistema di norme articolato e multilivello, che sia in grado di sfruttare la duttilità di specifiche fonti. Così configurati, essi paiono utili a orientare la disciplina di una ricerca responsabile, tesa a perseguire autentici obiettivi di progresso e promozione della conoscenza e della salute, e a promuovere, allo stesso tempo, nuove e più efficaci forme di tutela degli interessi dei diversi attori coinvolti, evitando impieghi abusivi e speculativi di dati e campioni.

⁵⁰ R. VON SCHOMBERG (ed.) *Towards Responsible Research and Innovation in the Information and Communication Technologies and Security Technologies Fields. A Report from the European Commission Services, European Commission (DG for Research and Innovation)*, 2011.

“Ok Google, am I sick?”: artificial intelligence, e-health, and data protection regulation

Paolo Guarda*

ABSTRACT: The healthcare sector has been impacted by Artificial Intelligence systems for several years. This is certainly favoured by the constant development of technologies based on sophisticated machine learning and techniques that are able to find complex patterns in data. However, several critical issues hinder AI’s definitive affirmation: from a lack of clinical studies that can demonstrate its reliability and greater effectiveness with respect to traditional systems, to the criticalities related to the attribution of responsibility in the event of medical errors. In particular the application of data protection regulation to this specific scenario needs to be carefully evaluated. The correct management of this technology, through legal intervention in preventing possible dehumanization, plays a crucial role. This paper aims to investigate the impact of technologies based on AI in the healthcare sector, with particular attention to personal data protection issues.

KEYWORDS: artificial intelligence; e-Health; privacy; data protection; automated decision making.

SUMMARY: 1. Artificial Intelligence: science fiction or reality? – 2. Artificial Intelligence in the e-health sector – 3. Data protection regulation issues – 3.1 Prohibition of automated decision – 3.2 A right to explanation or only a right to be informed? – 4. Final remarks: algorithms, empathy and the importance of making mistakes.

1. Artificial Intelligence: science fiction or reality

The topic of Artificial Intelligence (AI) lies somewhere between literary and cinematic fiction and reality. For decades, novelists and film directors have told us about science fiction worlds where machines with a form of evolved intelligence interact with humans. In science fiction, AI is a recurring theme, as a simple narrative element or a central topic of history. It is generally presented in the form of advanced computers, robots or androids. To mention just a few of the countless examples: the masterpiece *AI Artificial Intelligence*, a film directed by Steven Spielberg in 2001 and based on a project by Stanley Kubrick, which tells the story of a “Mecha”, an automaton produced by a major company, with the features and behaviour of a child that is able to experience a true feeling of love for a human being; or *Ex Machina*, a film written and directed by Alex Garland in 2015, about a humanoid with feminine features endowed with true intelligence and self-awareness. Among sentient computers we may recall, for example, the “*Multivac*”, featured in some stories by

* Assistant Professor of Private Comparative Law. Mail: paolo.guarda@unitn.it. The article was subject to a double-blind peer review process.

Isaac Asimov, comparable to modern grid computing systems, and "HAL 9000" from the film *2001: A Space Odyssey* (1968) by Stanley Kubrick.

Most of the narrated scenarios turn out to be, in the end, dystopias describing forms of unintended interactions, attempts at the prevarication of machines against humans, the failure of dreams of a bright and futuristic progress. The theme is, then, often linked to the classic rebellion of the machine, in which a computer (in most cases sentient) turns against the human beings who had built it. The question that may arise now is: why do we start a paper dealing with the use of AI in the digital health sector in this way? Now, the reason is linked to the fact that, beyond the necessary literary and cinematographic exaggerations, these stories always tell what may happen when the impact of new technologies in the human context is not carefully and thoughtfully governed. The use of artificial intelligence in the health sector is no longer a mirage or the description of a visionary scenario. It is becoming more and more daily practice and is expressed in: platforms that are able to provide answers and advice increasingly supporting doctors in the treatment of particular types of diseases; telemedicine apps empowering "virtual coaching" systems that tend to replace the traditional medical-patient interaction; devices that interact as chatbots with patients and support them in various ways, providing monitoring activities of their health status too, and so on.

What do we mean by the term "Artificial Intelligence"? Not all AI is created equal, to quote a fascinating version, widely used in online contributions dealing with the issue, of one of the most famous American mottos.¹ There are, indeed, many versions, definitions and concepts of AI. Purists and technicians of the field debate on what can truly be understood as "intelligent" and what is not at all, or on what is the correct terminology to refer to this type of technology.²

For example, some virtual assistants, such as Siri or Google Assistant, are often referred to as "AI", but they may, actually, be classified as "weak" or "narrow", since they are basically designed to organize information and answer questions in a relatively limited context. In fact, these assistants implement a combination of speech recognition, natural language processing and AI to perform actions such as using voice commands to retrieve maps, search for events in the calendar and find information.³ On the other hand, other forms of AI are simply beyond current technical possibilities and appear as possible, future scenarios of application. In order to reach human levels of reasoning, AI should be equipped with recursive self-improvement and capable of identifying and solving complex

¹ The first use of this motto is traditionally traced back to Thomas Jefferson in the United States Declaration of Independence and was penned in 1776 at the beginning of the American Revolution.

² See, among others, S. LEGG, M. HUTTER, *A Collection of Definitions of Intelligence (Technical report)*, IDSIA, 2007, available at: [arXiv:0706.3639](https://arxiv.org/abs/0706.3639) (last visited 10 November 2018); S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, (2nd ed.), Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2003 (who prefer the term "rational agent" and write "*The whole-agent view is now widely accepted in the field*", p. 55); D. POOLE, A. MACKWORT, R.R. GOEBEL, *Computational Intelligence: A Logical Approach*, New York: Oxford University Press, 1998 (where the term "computational intelligence" is used as a synonym of AI); N. NILSSON, *Artificial Intelligence: A New Synthesis*, Morgan Kaufmann, 1998.

³ See J. CHUNG, *What Should We Do About Artificial Intelligence in Health Care?*, in *NYSBA Health Law Journal*, vol. 22, No. 3, 2017, 37 (available at: <https://ssrn.com/abstract=3113655>, last visited 10 November 2018).

problems on its own, without a need for human intervention. According to some commentators, this type of technology, properly called “strong” AI, has a long way to come.⁴

Without any claim to resolving the terminological dispute, we may refer to the definition proposed by the Communication of the European Commission on “Artificial Intelligence for Europe”: “*Artificial intelligence (AI) refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals*”.⁵ The term AI is, in general, applied when a machine mimics “cognitive” functions that humans associate with other human minds, such as “learning” and “problem solving”. In order to emphasize the aspects that will become relevant later on in the legal analysis, we can state that the main characteristics are: the collection of large amounts of information (this aspect evidently may be referred to as so-called Big Data) and the ability to take autonomous decisions and actions aimed at maximizing the chances of success.

This paper aims to provide an initial investigation of the impact of AI-based technologies on the healthcare sector, with particular attention to critical data protection issues and in full awareness that it will not always be possible to give reliable and conclusive answers to the questions raised. Thus, the second section will be dedicated to presenting the possible applications in the field of digital health, pinpointing the current trends, the expected or promised benefits and the aspects to be evaluated carefully. The third section will go into the details of the legal analysis highlighting the impact of AI in terms of personal data protection regulation. One of the major concerns of these instruments, the so called “black boxes”, will be highlighted: it refers to the use of algorithms, whose logics are generally hidden from users and which result in a total lack of transparency about their operational logics. Finally, the conclusions will pull the strings of the essay by focusing on cultural and social aspects of this phenomenon.

2. Artificial Intelligence in the e-health sector

The healthcare sector has been impacted by AI technologies for several years. This is certainly favoured by the constant development of technologies based on sophisticated machine-learning and AI techniques that are increasingly able to find complex patterns in data. Another phenomenon has also contributed to the explosion of this type of approach: the enormous availability of information that the era of Big Data allows.⁶ The possible sources of this information are the most disparate: Elec-

⁴ See D. GALEON, C. REEDY, *Kurzweil Claims That the Singularity Will Happen by 2045*, *Futurism*, October 5, 2017, available at <https://futurism.com/kurzweil-claims-that-the-singularity-will-happen-by-2045> (last visited 10 November 2018).

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Artificial Intelligence for Europe*, Brussels, 25 April 2018 COM (2018) 237 final.

⁶ The definition of Big Data is the subject of intense debates among scholars. The Big Data phenomenon is characterized by the so-called “three Vs”: “Volume” (large quantity of data), “Variety” (heterogeneity in the data), and “Velocity” (fast access to the data). Another two “Vs” have been added: “Veracity” (the messiness or trustworthiness of the data) and “Value” (the economic value that data may have). For a definition of Big Data, among others, see A. DE MAURO, M. GRECO, M. GRIMALDI, *A Formal definition of Big Data based on its essential features*, in *Library Review*, vol. 65, No. 3, 2016, pp. 122-135; B. MARR, *Big Data: Using Smart Big Data, Analytics*

tronic Health Records (EHRs), medical literature, clinical trials, insurance claims data, pharmacy records, data entered by patients or recorded on fitness trackers, etc.⁷ The confluence of these two factors has caused a considerable push towards the development and refinement of personalized medicine methods.

There are many expectations and hopes for applying AI techniques in the medical field. First of all, the possibility of developing predictive models with obvious advantages in terms of prevention. Secondly, the ability to put in place early diagnosis, in order to guarantee a prompt reaction using the most appropriate care. Finally, the affirmation of chatbot-based environments promises to guarantee the right information for patients, accompanying them in their care processes.

AI could be capable of solving many problems in several e-health contexts.

Intelligent virtual assistants, now embedded in smartphones or dedicated home speakers, like Microsoft Cortana and Apple Siri, but increasingly present in people's homes devices, such as voice assistants Amazon Alexa or Google Assistant, are supported by systems with powerful AI features. These tools represent today the most advanced and captivating frontier of the use of AI to facilitate everyday life. The title of this contribution was inspired by this technology which, to tell the truth, has not yet seen such a massive adoption. Voice assistants are software agents that can interpret human speech and respond via synthesized voices. Users are able to ask questions, control devices and media playback via voice, and manage other basic tasks such as email and calendars with verbal commands. There are of course several privacy and security issues inherent to voice assistants as potential future uses for these devices. They can, indeed, have an added value, especially when combined with health care apps, ensuring a greater integration of AI tools into daily medical applications, thus improving treatment efficiency, avoiding costs and minimizing the risks of false diagnosis. All of this can also evidently facilitate a more targeted pre-operative planning or support the post-operative phases.⁸

and Metrics to Make Better Decisions and Improve Performance, John Wiley & Sons, Ltd.; 1st edition (1 Feb. 2015). For further details, especially with reference to the legal issues, see, among others, B. RABAI, *I "big data" nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, 2017, vol. 3, 405-422; M. BOGNI, A. DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, in *Dir. industriale*, 2015, fasc. 2, 117; S. HOFFMAN, A. PODGURSKI, *Big Bad Data: Law, Public Health, and Biomedical Databases*, in *J Law Med Ethics*, 2013, vol. 41, Suppl 1, 56-60; J. POLONETSKY, O. TENE, *Privacy and Big Data: Making Ends Meet*, 66 *Stan. L. Rev.* 25 (2013).

⁷ See W. NICHOLSON PRICE, *Artificial Intelligence in Health Care: Applications and Legal Implications*, in *The SciTech Lawyer*, vol. 14, no. 1, 2017, p. 10.

⁸ With reference to the use of voice assistants such as Alexa, Siri and Cortana in the medical context and with particular attention to the connected privacy and security issues, see A. PFEIFLE, *Alexa, What Should We Do about Privacy? Protecting Privacy for Users of Voice-activated Devices*, 93 *Wash. L. Rev.* 421 (2018); M. E. STUCKE, A. EZRACHI, *Alexa et al., What Are You Doing with My Data?*, in *Critical Analysis of Law*, vol. 5, no. 1, 2018, 148; M.B. HOY, *Alexa, Siri, Cortana, and More: An Introduction to Voice Assistants*, in *Medical Reference Services Quarterly*, vol. 37, no. 1, 2018, 81; A. HASSOON, J. SCHRACK, D. NAIMAN, D. LANSEY, Y. BAIG, V. STEARNS, D. CELENTANO, S. MARTIN, L. APPEL, *Increasing Physical Activity Amongst Overweight and Obese Cancer Survivors Using an Alexa-Based Intelligent Agent for Patient Coaching: Protocol for the Physical Activity by Technology Help (PATH) Trial*, in *JMIR Res Protoc*, vol. 7, iss. 2, e27, 2018, p. 2, available at: <https://www.researchprotocols.org/2018/2/e27/> (last visited 10 November 2018).

Particular conditions requiring elaborate treatment plans could benefit from AI tools during specific therapies. Incorporating an artificial intelligence system capable of automatically formulating plans based on specific conditions would provide value to both physicians and patients alike. This is the case of ecosystems designed to innovate the processes of interaction between physician and patient, with an evident impact also on the organizational models that regulate the performance of health services.⁹ These intelligent systems may look for inconsistencies, errors and omissions in an existing treatment plan or may be used to formulate a treatment based on a patient's specific condition and on accepted treatment guidelines.

The intelligent agent can, furthermore, be used for finding information, for example on the Internet, relevant to a particular disease, integrating knowledge about user preferences and needs into such searches, or for automatically interpreting medical images (i.e. X-rays, angiograms, CT scans, etc.), becoming a formidable tool especially with regard to mass screens where the system could signal potentially abnormal images for detailed human attention.

Finally, expert systems and decision support systems, programmed to aggregate and store a large amount of data modelled for specific purposes, can be successfully used in the field of medical devices in applications for cardiac monitoring and automated ECG, medical imaging, clinical laboratory analysis, and so on.

A well-known tool, even though we may debate its real effectiveness, in the medical industry is the famous “IBM Watson”,¹⁰ which represents a sort of paradigmatic example of AI implemented in this sector. Watson is a point between weak and strong systems. Commonly referred to as an “expert system,” it uses AI to solve defined problems in a specialized subject area. These expert tools can leverage “fuzzy logic” to go beyond binary “yes/no” and “true/false” questions to tackle tasks such as logic games, financial investing, legal research, and medical research. Watson endorses “DeepQA” and has a software architecture that analyses, reasons about, and answers to the content fed into Watson. It can be fed by information on oncological matters – namely 300 medical journals, 200 textbooks and nearly 15 million pages of text – and scour them to present doctors with treatment options, and recommended drugs and instructions for administration. This raw capability of parsing through data is combined with “training” by doctors at institutions.¹¹

⁹ A tool of this type is represented, for example, by the “TreC_Diabete” platform, promoted by the Department of Health and Social Policies of the Autonomous Province of Trento in collaboration with the Provincial Health Care Provider (APSS) and realized under the technical-scientific management of the Bruno Kessler Foundation (FBK). “TreC_Diabete” is a system for supporting self-care and remote monitoring of patients with diabetic pathology. It features a technological platform that allows, on the one hand, to interoperate with third-party systems (eg. EHR, Medical Health Records, Hospital Information System, cloud repository, etc.) and, on the other hand, to activate applications addressed to physicians and patients. “TreC_Diabete” includes a web application aimed at health professionals (clinical dashboard) and a mobile application (for Android and iOS) for the patient (patient APP). For further description see D. CONFORTI, “*Le prescrivo una app*”: come in trentino curano i malati cronici, February 2017, available at: <https://www.agendadigitale.eu/infrastrutture/le-prescrivo-un-app-ecco-come-in-trentino-curano-i-malati-cronici/> (last visited 10 November 2018).

¹⁰ <https://www.ibm.com/watson/>.

¹¹ See J. CHUNG, *What Should We Do About Artificial Intelligence in Health Care?*, op. cit., pp. 37-38. The author also says that: “Watson, then, is far from perfect. (...) the fallibility of the people both tasked with initially programming Watson and the doctors training Watson. And some errors may simply occur randomly due to the unpredictable nature of how machines process and organize unfamiliar data” (p. 38). For further details on IBM

The premises for more extensive AI uses in health care are all there. However, some critical issues hinder its definitive affirmation. There is a lack of clinical studies that can demonstrate reliability and greater effectiveness than traditional systems in making predictions, diagnoses or suggesting appropriate therapies: this causes a certain mistrust on the part of the physicians towards their use and a limit also for policy makers in pushing for their definitive adoption.¹² Moreover, the issue related to the attribution of responsibility in the event of medical errors still presents critical aspects that have not yet been fully analysed and resolved by the legal scholarship (the intervention of lawmakers could likely provide clarity).¹³ Then there are the issues related to the protection of privacy and security on which this writing will focus.¹⁴ Finally, the ethical aspects play an essential role, not only in

Watson see J. CHUNG, A. ZINK, *Hey Watson, Can I Sue You for Malpractice? Examining the Liability of Artificial Intelligence in Medicine*, in *Asia-Pacific Journal of Health Law, Policy and Ethics*, 2017, forthcoming (available at <https://ssrn.com/abstract=3076576>, last visited 10 November 2018); W. SHIH, *Building Watson: It's Not So Elementary My Dear!*, Harvard Business School Technology & Operations Mgt. Unit Case No. 612-017, 2011, available at: <https://ssrn.com/abstract=1993074> (last visited 10 November 2018); B. COOPER, *Judges in Jeopardy! Could IBM's Watson Beat Courts at Their Own Game?*, 121 *Yale L.J. Online* 87 (2011).

¹² See E. SANTORO, *Intelligenza artificiale in Sanità, ecco tutti i nodi da sciogliere*, in *AgendaDigitale*, 2017, available at <https://www.agendadigitale.eu/sanita/intelligenza-artificiale-in-sanita-ecco-tutti-i-nodi-da-sciogliere/> (last visited 10 November 2018).

¹³ Currently there is no clear legal or regulatory regime with regards to liability for AI. Newspapers and TV reported that in June 2016 a man died while driving in autopilot mode because the sensors of the vehicle, which help to steer the car by identifying obstructions, had failed to recognize “the white side of the tractor trailer against a brightly lit sky” (see THE TESLA TEAM, *A tragic loss*, 31 June 2016, available at <https://www.teslamotors.com/blog/tragic-loss> (last visited 10 November 2018)). The US National Highway Traffic Safety Administration then opened a preliminary evaluation into the performance of the autopilot, so it is too soon to reach any conclusions. The theories of recovery under tort were usually divided by personhood: in the common law system, for instance, negligence-based tort law, such as medical malpractice or vicarious liability, generally applies to actions of persons owing a duty of care; on the other hand, the regime of product liability applies to things and generally holds the manufacturer strictly liable for defective products. Furthermore, according to US courts, robots cannot be sued: see *United States v. Athlove Industries, Inc.*, 746 F.2d 977 (3rd Cir. 1984). For further details see J. CHUNG, *What Should We Do About Artificial Intelligence in Health Care?*, *op. cit.*, 38-39. With reference, for example, to a civil law context such as the Italian legal system, the main liability regimes that apply to machines are breach of contract (*responsabilità contrattuale*), torts (*responsabilità extracontrattuale*) and product liability. The applicative difficulties remain the same however: See G. NOTO LA DIEGA, *Machine Rules. Of Drones, Robots, and the Info-Capitalist Society*, in *The Italian Law Journal*, Vol. 2, No. 2, 2016, 367, 394-400. In general with reference to liability for AI, see G. WAGNER, *Robot Liability*, June 19, 2018, available at <https://ssrn.com/abstract=3198764> (last visited 10 November 2018); N. PETIT, *Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots - Conceptual Framework and Normative Implications*, March 9, 2017, available at <https://ssrn.com/abstract=2931339> (last visited 10 November 2018); European Parliament Resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), with particular attention to paragraph 33 dedicated to “Medical Robots”; K. SHERIFF, *Defining Autonomy in the Context of Tort Liability: Is Machine Learning Indicative of Robotic Responsibility?*, December 12, 2015, available at <https://ssrn.com/abstract=2735945> (last visited 10 November 2018). With specific reference to the issues related to the liability that derives from the use of telemedicine tools, see C. BOTRUGNO, *Un diritto per la telemedicina: analisi di un complesso normativo in formazione*, in *Politica del diritto*, No. 4, 2014, 639, 658-663. Finally, some legal scholars have already detected the difficulties of adapting the current legal and regulatory system to AI and proposed that a new legal regime be created: see, among others, J.S. ALLAIN, *From Jeopardy! To Jaundice: The Medical Liability Implications of Dr. Watson and Other Artificial Intelligence Systems*, 73 *La. L. Rev.* 100 (2013).

¹⁴ See below section 3.



terms of job losses (or rather of transformation of these), but especially for the future, and in part dystopian, scenarios that the emergence of these technologies sometimes suggest.¹⁵

We may quote some general statements or white papers on AI. Among these, the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Artificial Intelligence for Europe, 25 April 2018 (COM/2018/237 final) and the recent “Universal Guidelines on Artificial Intelligence (UGAI)”, 23 October 2018 Brussels, Belgium,¹⁶ which call attention to the growing challenges of intelligent computational systems and proposals that can improve and inform their design. In its core, the purpose of the UGAI is to promote transparency and accountability for these systems. Not all systems fall within the scope of these Guidelines. The concern is with those systems that affect the rights of people. Above all else, these systems should do no harm. Furthermore, it is worth mentioning the “Declaration on Ethics and Data Protection in Artificial Intelligence” from the “2018 International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners”, adopted in Brussels on the same day, endorsing some guiding principles as its core values in preserving human rights in the development of artificial intelligence.¹⁷

AI in the health sector is an issue that concerns and primarily involves the public stakeholder, whose task is to act as an attractor of technological innovation based on the appropriate tools to complete paths of total digitalization still underway and unfinished for too long, but that are prodromal to any further path of innovation. In this regard, for example in the Italian context, the first “White Paper - Artificial Intelligence at the service of the citizen” was presented on 21 March 2018 in Rome by the AI task force of the Italian Digital Agency. The White Paper illustrates the guidelines and recommendations for the sustainable and responsible use of Artificial Intelligence in Public Administration and represents the beginning of a project path¹⁸. The White Paper identifies nine “Challenges”: Ethics, Technology, Skills, Data Roles, Legal Context, Accompanying Transformation, Preventing Inequalities, Measuring Impact, Human Being. It also draws up a handbook of recommendations to trace the next

¹⁵ As regards ethical issues in AI, see S. BAUM, *Social Choice Ethics in Artificial Intelligence*, in *AI & Society*, forthcoming, available at <https://ssrn.com/abstract=3046725> (last visited 10 November 2018); B. MITTELSTADT, P. ALLO, M. TADDEO, S. WACHTER, L. FLORIDI, *The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate*, in *Big Data & Society*, Vol. 3(2), 2016, available at <https://ssrn.com/abstract=2909885> (last visited 10 November 2018); S. BIRD, S. BAROCAS, K. CRAWFORD, F. DIAZ, H. WALLACH, *Exploring or Exploiting? Social and Ethical Implications of Autonomous Experimentation in AI*, Workshop on Fairness, Accountability, and Transparency in Machine Learning, 2016, available at <https://ssrn.com/abstract=2846909> (last visited 10 November 2018); D. HELBING, *Societal, Economic, Ethical and Legal Challenges of the Digital Revolution: From Big Data to Deep Learning, Artificial Intelligence, and Manipulative Technologies*, April 14, 2015, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2594352> (last visited 10 November 2018); P. LIN ET AL. (eds.), *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics*, Cambridge, MIT Press, 2011; C. ALLEN ET AL., *Prolegomena to Any Future Artificial Moral Agent*, in *Journal of Experimental and Theoretical Artificial Intelligence*, vol. 12, 2000, p. 251.

¹⁶ <https://thepublicvoice.org/ai-universal-guidelines/> (last visited 10 November 2018).

¹⁷ https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/icdppc-40th_ai-declaration_adopted_en_0.pdf (last visited 26 November 2018). The declaration will be open on public consultation. See also by the High Level Expert Group on Artificial Intelligence of the European Commission: *A definition of AI: main capabilities and scientific disciplines* of 18 December 2018 and *Ethics Guidelines for Trustworthy AI Working Document for Stakeholders' Consultation* of 18 December 2018.

¹⁸ <https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf> (last visited 10 November 2018).

steps for a PA - AI ready.¹⁹ With particular reference to the Challenge in the “legal context”, the focus is on: transparency of administrative acts, legal responsibility, data protection, computer security and intellectual property.²⁰

With more attention to the issue of e-health, on the occasion of the conference “*Innovation at the service of health. Towards a Manifesto for an Intelligent Healthcare*” held on 23rd October 2017, organized by I-Com, Institute for Competitiveness, a Manifesto on AI in Healthcare was presented.²¹ The text derives from the activity of representatives of institutions, businesses, and civil society. It consists of eight goals to “*accompany the country in the challenge of digital health, and ensure that Italy can seize all the many benefits that come from the use of AI solutions*”. It is worth mentioning here: point 5 “*The role of the physician must remain central to the implementation of AI, no machine will replace it. The physician-patient relationship is fundamental*”; point 6 “*Privacy, security and personal data protection represent fixed points in any fields, especially in a sensitive area as healthcare*”; and, finally, point 7 “*It is of primary importance to create the skills of the future which, thanks be to the development of AI, will be able to offer great opportunities of employment*”.

The challenge in the health sector then becomes creating services, also based on the use of AI, which allow the health administration to increasingly empower the citizen/patient. This is true not only in the moment of real and perceived need, but above all throughout the previous phase that helps, through new forms of prevention, to reduce the use of health services by reducing the need for subsequent diagnosis and treatment.

3. Data protection regulation issues

The use of AI and, in general, of the algorithms that determine its action is obviously the focus of attention also in the field of data protection.²² We have already highlighted above how some declarations have already begun to delineate the critical aspects that need to be addressed when analysing application contexts like this one.²³ European lawmakers already established with Directive 95/46/EC the existence of a right not to be subject to a decision that produces legal effects or significantly af-

¹⁹ *White Paper on artificial intelligence at the service of the citizen, id.*, 2018, pp. 72-77.

²⁰ *ibidem*, pp. 55-56. For a recent interesting study on AI in the legal context, see U. PAGALLO, M. PALMIRANI, P. CASANOVAS, G. SARTOR, S. VILLATA (eds), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems*, AICOL 2015, AICOL 2016, AICOL 2016, AICOL 2017, AICOL 2017. Lecture Notes in Computer Science, vol. 10791, Springer, Cham, 2018.

²¹ https://www.i-com.it/wp-content/uploads/2017/10/manifesto_per_una_sanita_intelligente1.pdf (last visited 10 November 2018).

²² A point of reference for the analysis carried out in this paragraph is represented by G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanization of Decision-Making - Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, in *JIPITEC*, vol. 9, No. 3, 2018, in part. at pp. 16-24, available at <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-1-2018/4677> (last visited 26 November 2018). See also S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, Vol. 7, Issue 2, 2017, pp. 76-99 (also available at <https://ssrn.com/abstract=2903469> (last visited 26 November 2018)).

²³ The European Data Protection Supervisor in the “Recommendations on the EU’s options for data protection reform” (2015/C301/01) at para 3.1 writes: “*the lack of meaningful information about the algorithmic logic which develops these profiles and has an effect on the data subject*”.

fects the data subjects, in the event that such decision was based only on an automated processing of data that had the objective of evaluating certain personal aspects of the individual.²⁴ Furthermore, the right to know the logic involved in any automated processing of data was established.²⁵

Regulation 2016/679 “General Data Protection Regulation” (GDPR)²⁶ recently chimed in on the issue by clearly defining that the person involved should not be subject to decisions taken solely by “intelligent” virtual agents. In the event that this happens, and this decision has legal effects on the subject concerned, “*or similarly significantly affects him or her*”, he/she has the right to obtain human intervention, to express his/her point of view and to challenge, if necessary, that decision. On the other hand, the data controller is subject to the obligation to provide “*meaningful information about the logic involved*” in the decision taken by the AI. Responding to this regulatory provision presents significant difficulties for the data controller as often the same logic that governs the operation of AI appears cryptic or unknown (the so-called “black boxes” phenomenon).

On this issue Art. 29 Data Protection Working Party took a position with the “Guidelines on Automated individual decision-making and adoption of the objective of Regulation 2016/679” (WP251rev.01), adopted on 3 October 2017 and last revised and adopted on 6 February 2018 (hereinafter: “Art. 29 WP on Automated decision-making”). In this document, the importance of two concepts regarding the protection of personal data is emphasized: “accountability”, the key theme of the GDPR and the new compass of data controller action, and “transparency”, a principle that should underlie all the activities relating to the processing of personal data.

From a general perspective, the pivotal aspects of the new European discipline regarding the context analysed here can be summarized in the following pivotal points. First of all, the importance of some essential principles (established by Article 5 of the GDPR) has been emphasized: “transparency”, which is not only a fundamental principle of processing, but also a real right of the data subject, since the data controller is responsible for making known “*any information and communication relating to the processing of those personal data be easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language be used*” (Recital 39 GDPR); “correctness”, strictly connected to the concept of clarity and transparency, with particular attention to the information provided to the data subject in order to make his/her adequately understanding not only the modalities of the processing but also its consequences. The “accountability” of the data controller (art. 24 GDPR) has been greatly increased, moving from a checklist logic with reference to the implementation of security measures and obligations to a case by case assessment with respect to the choices to be adopted and the demonstration of these choices (consider for example the other requirements as the record of processing activities pursuant to art. 30). Moreover, it has become essential to clarify and specify the legal basis that legitimizes the processing: the data controller is obliged to assess which is the most appropriate legal basis with respect to the processing that she intends to carry out; in this activity she is not free to

²⁴ Art. 15 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (now repealed by Regulation 2016/679 “GDPR”).

²⁵ Art. 12 letter a) and Recital 41 Directive 95/47/EC.

²⁶ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

choose the preferred legal basis, but must comply with the conditions set by GDPR with respect to the characteristics of each of the bases indicated in Articles 6 or 9 and always be able to demonstrate the correctness of the choice made. Furthermore, as already noted, the individual's right to oppose an automated processing pursuant to art. 22 GDPR has been explicitly stated. Finally, GDPR at art. 35 establishes that a "Data Protection Impact Assessment" (DPIA) is needed when there is <<a systematic and extensive evaluation of personal aspects relating to natural persons which is based on automated processing, including profiling, and on which decisions are based that produce legal effects concerning the natural person or similarly significantly affect the natural person>> (para. 3, letter a)). It is worth stressing that this provision does not refer only to evaluations that are "solely" based on automated processing: the DPIA is necessary in case of any automated profiling run by means of artificial intelligence, machine learning or other technologies capable of producing effects on individuals, even if there is a human intervention in evaluating the findings of the machines. This requirement underlines once again the importance of the accountability concept within the new European Regulation.

In the following sub-sections, the aspects qualifying the rules concerning the processing of personal data in the specific context of AI will be dealt with in detail: the prohibition of automated decisions, the (automated) processing of special categories of data and information rights.

3.1 The prohibition of automated decisions

GDPR states that: "*the data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her*" (art. 22).²⁷ The prohibition applies to decisions that are based "solely" on automated processing; the human oversight of the conclusion reached by the machine needs to be meaningful. Art. 29 Working Party recommends treating this right as a general prohibition.²⁸

The new European Regulation did not innovate significantly with respect to art. 15 of Directive 95/46/EC. But some distinctions need to be drawn. First of all, the only protection provided for the automated decision-making envisaged in the Directive was the possibility of expressing one's point of view; Article 22, para. 3, GDPR allows challenging the decision taken and exercising the right to obtain human intervention. Furthermore, GDPR explicitly includes consent as a legitimate basis that authorizes the automated decision-making processes (para. 2, letter c)). Finally, unlike the previous

²⁷ For further analysis on this general prohibition, see G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanization of Decision-Making*, *op. cit.*, pp. 17-19.

²⁸ Art. 29 WP on Automated decision-making, p. 12. The first interpretation in favour of a general prohibition of algorithmic decisions was provided by the French *Loi n° 78-17* of 6 January 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, at art. 10. As for the contemporary legal framework, for example, Italian lawmakers established this prohibition in Art. 14 "Definition of profiles and the personality of the data subject". The Italian Privacy Code (legislative decree 30 June 2003, n. 196, as amended by the implementing legislative decree 10 August 2018, n. 101) no longer includes provisions in this regard as art. 22 GDPR is intended to be directly applicable.

provision of the law, it is no longer necessary for the data subject to request the contract in order to legitimize the automated decision-making process.²⁹

First of all, we may stress the fact that there is an express reference to profiling as an example of automated processing. The definition of “profiling” is provided by art. 4, pt. 4, GDPR: it “means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person’s performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements”. Art. 29 Working Party has observed that “(a)utomated decisions can be made with or without profiling; profiling can take place without making automated decisions”.³⁰ This opinion clarified that a mere classification of an individual on the basis of known characteristics does not per se trigger profiling, but it will depend on the purpose of the classification.³¹ Therefore, the simple classification of individuals does not configure this concept, but rather the usage of data that the controller is willing to perform. This definition could continue to preserve aspects of indeterminacy since statistical data are always processed by companies to make business decisions, otherwise there would not be any reason to collect them.

Another keyword of this provision is represented by “legal effects”. The abovementioned right may be enforced only if the decision produces legal effects concerning one “or similarly significantly affects him or her” (art. 22, para. 1, GDPR).³² The notion of “legal effect” is quite straightforward, including all the scenarios where a decision affects a person’s rights based on laws or contracts. By this perspective, the term “similarly” may narrow the scope of the provision, and be seen as meaning that one does not have the right to object to algorithmic decision-making if the effect is not similar to a legal effect (e.g. significant distress or missed professional opportunities as a consequence of being permanently banned from a popular social network). Art. 29 Working Party’s guidelines indicate that “similarly” means that “the threshold for significance must be similar”.³³ Therefore, in order for a decision to fall within the scope of art. 22, it is sufficient that it profoundly affects the individual as much as a decision affecting his or her rights would. The concept is broad enough to encompass a vast number of scenarios, from e-recruiting to online behavioural advertising, as well as consumer manipulation.³⁴

²⁹ See S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, *op. cit.*, p. 13.

³⁰ Art. 29 WP on Automated decision-making, p. 8.

³¹ See the example provided by Art. 29 WP: *id.*, p. 7: “a business may wish to classify its customers according to their age or gender for statistical purposes and to acquire an aggregated overview of its clients without making any predictions or drawing any conclusion about an individual. In this case, the purpose is not assessing individual characteristics and is therefore not profiling”.

³² An author observes that: “This addition goes in the opposite direction to the one taken when the draft GDPR was first published and it had been suggested that art. 22 should cover not only decisions producing legal effects or which significantly affect data subjects, but also the “collection of data for the purpose of profiling and the creation of profiles as such””, in G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanization of Decision-Making*, *op. cit.*, p. 18.

³³ Art. 29 WP on Automated decision-making, p. 10.

³⁴ See G. NOTO LA DIEGA, *Some considerations on intelligent online behavioural advertising*, in *Revue du droit des technologies de l’information*, vol. 66-67, 2017, p. 53.

Several aspects of this discipline are not yet fully clear. For example, even the term “*solely*” may give rise to different interpretations about its real applicative scope. In the past it was quite easy to understand its meaning, since only a limited number of organizations adopted significant algorithmic decisions and the technologies used were so rudimentary that human intervention was necessary in order to review the data processed. The development of technologies based on AI has now made the border between completely automated processing and one in which human intervention plays a significant role somewhat opaque and elusive.

However, GDPR at art. 22, para. 2, provides some exceptions to this general prohibition on making automated decisions. The latter shall not apply if the decision is: a) necessary for entering into or for the performance of a contract between the data subject and a data controller;³⁵ b) authorized by the law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests (i.e. the case of fraud prevention or money laundering checks); c) based on the data subject's explicit consent. The applicability of these exceptions is not straightforward.

Automated decision-making that involves special categories of data (pursuant to art. 9, para. 1³⁶) is only allowed under certain conditions and if suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests are in place (art. 22, para. 4). The first condition allowing the processing is addressed if the data subject has given explicit consent to the processing of those personal data for one or more specified purposes (art. 9, para. 2, letter a)). Another possibility is provided by a need for reasons of “substantial public interest”, on the basis of Union or Member State law which shall be proportionate to the aim pursued, respect the essence of the right to data protection and provide for suitable and specific measures to safeguard the fundamental rights and the interests of the data subject (art. 9, para. 2, letter g)). With particular reference to the digital health context, the information relating to these specific categories of data also includes “data concerning health”, as defined in art. 4, pt. 15.³⁷ The main basis that may legitimize the processing, and deactivates the prohibition referred to in the first paragraph of art. 22, within this particular scenario appears then to be represented by explicit consent, with all the difficulties related to the information obligations connected to the processing which will be delved into in the following sections. How could an informed consent be obtained in relation to a process that is inherently non-transparent (a “black-box”)? Providing a completely positive answer to this question, on which we will try to add further information, is very difficult.

³⁵ According to the EU data protection authorities, the interpretation of “*necessity*” to enter into a contract has to be interpreted narrowly: “*the controller must be able to show that this profiling is necessary, taking into account whether a less privacy-intrusive method could be adopted. If other effective and less intrusive means to achieve the same goal exist, then it would not be ‘necessary’*”, Art. 29 WP on Automated decision-making, p. 23.

³⁶ Art. 9, para. 1, GDPR: “*Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited*”.

³⁷ Art. 4, pt. 15, GDPR: “*‘data concerning health’ means personal data related to the physical or mental health of a natural person, including the provision of health care services, which reveal information about his or her health status*”.

Finally, there should be measures in place to safeguard the data subject’s rights and freedoms and legitimate interests. Art. 22, para. 3 of the GDPR establishes that, in case of decisions needed for entering into or performing a contract (par. 2, let. a)) or based on the data subject’s explicit consent (para. 2, letter c)), *“the data controller shall implement suitable measures to safeguard the data subject’s rights and freedoms and legitimate interests, at least the right to obtain human intervention on the part of the controller, to express his or her point of view and to contest the decision”*. Thus, this paragraph states that individuals will in any case have the right to obtain human intervention to express their point of view and to contest the decision. This provision would apply also to a possible telemedicine scenario. Where a “virtual coach” module is implemented, the application of this provision would lead to the consequence that even if the process of management of the information related to the pathology provided, directly or by means of smart items (glucometers, cardiographers, etc.), by the patient, and for the supply of directly applicable medical advice, was completely automated, the patient shall always have the possibility to obtain the intervention of a human operator (physician or nurses depending on the context) who has the necessary authority and knowledge to evaluate and, if needed, modify the decision made. The system should also, finally, allow the patient to express her point of view and possibly challenge the decision provided.³⁸

3.2 A right to explanation or only a right to be informed?

An “original sin” that afflicts AI, especially in contexts where the processing of personal data becomes pivotal, is linked to the fact that the *how* and the *why* of their functioning does not appear so clear or immediately understandable. Typically, these techniques cannot, indeed, explain the process that led them to reach the conclusion they did.³⁹ Not only: since they often base themselves on machine-learning methodologies, where more data are available, these data can be incorporated in order to improve future predictions, but also and above all to modify the same algorithms that make the system work. Therefore, the algorithms that are at the heart of these digital systems are not only opaque but also likely to change over time.⁴⁰

In these contexts, the expression “black boxes” is used to explain this phenomenon.⁴¹ The term, often quoted in computer science and engineering, indicates a system that, similarly to a “black box”, is essentially describable in its external aspects, i.e. only for how it reacts at output to a given input, but whose internal functioning is not visible or is unknown. Three different types of black boxes can be identified.⁴² The “organizational black box” emphasizes the fact that algorithms are often implemented by private, profit-maximizing entities that operate under minimal transparency obligations: therefore

³⁸ See Art. 29 WP on Automated decision-making, p. 27: *“Human intervention is a key element. Any review must be carried out by someone who has the appropriate authority and capability to change the decision. The reviewer should undertake a thorough assessment of all the relevant data, including any additional information provided by the data subject”*.

³⁹ See J. BURRELL, *How the Machine “Thinks”: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms*, in *Big Data & Soc’Y*, 2016, vol. 3, p. 1, 5.

⁴⁰ See W. NICHOLSON PRICE, *Artificial Intelligence in Health Care*, *op. cit.*, p. 10.

⁴¹ See F. PASQUALE, *Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, 2015.

⁴² See G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanisation of Decision-Making*, *op. cit.*, pp. 9-10.

there are no incentives or real obligations to clarify the way information is processed. Then, there are the “technical black boxes” linked to the fact that AI often makes the rationale of decisions intrinsically difficult to achieve (i.e. you may consider the so-called “neural networks” that are modelled on the human brain). Finally, the “legal black boxes” related to intellectual property rights that can have an impact on the management, and transparency, of these technologies.⁴³

This intrinsic lack of transparency has strong repercussions on the accountability issue, a principle that we have seen inspiring and characterizing the GDPR approach. Ensuring fair, lawful and transparent processing becomes, therefore, very difficult considering how much these systems operate machine-learning environments integrated into more general flows of operations, involving data coming from different sources, and with different degrees of reliability, human intervention and deployment of machine-learning products and services.⁴⁴

Transparency may be quoted as one of the founding principles of GDPR. The processing of personal data must be made as intelligible as possible for the data subject. The main instrument is the information notice. Directive 95/46/EC only provided for the right of access, which included the logic used in the decision algorithm (art. 12, letter a), Directive). With GDPR processing can be considered fair and transparent only if specific information is provided, which essentially concerns three aspects (articles 13 and 14 GDPR): the data controller must explain the existence of a decision-making algorithm; the data subject must be informed of the logic used; the algorithm must be opened in order to provide “meaningful information about (...) the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject” (art. 13, para. 2, letter f), GDPR).

The right to explanation can have different meanings, depending on the context to which it refers:⁴⁵ “system functionality”, which represents the logic, the meaning, the expected consequences and the general functionalities of an automatic decision-making system (e.g. system’s requirements specification, decision trees, criteria, etc.); “specific decisions”, which concerns the rationale, the reasons, the individual circumstances of a specific automated decision (e.g. weighting of features, machine-defined case-specific decision rules, etc.). Furthermore, we can refer to the moment in which the explanation intervenes: *ex ante* explanation that takes place before the automated decision-making process has been put in place (in this case only the system functionality can be addressed); *ex post* explanation that occurs after an automated decision-making process has been implemented (this can address both system functionality and the rationale of the specific decision).

A right to explanation can be founded on three legal bases.

It may derive from safeguards against automated decision-making, as set by art. 22, para. 3, GDPR: “the data controller shall implement suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests, at least the right to obtain human intervention on the part of the controller, to express his or her point of view and to contest the decision”. Some have critically observed that the right to explanation would not be explicitly mentioned in the articulation of GDPR but would

⁴³ *Id.*, pp. 11-16.

⁴⁴ See D. KAMARINOU ET AL., *Machine Learning with Personal Data*, in *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 247*, 2016, p. 22; C. KUNER ET AL., *Machine learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?*, in *International Data Privacy Law*, 2017, vol. 7, issue 1, p. 1.

⁴⁵ See S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, *op. cit.*, p. 6-7.

find room only in the Recital 71: “*In any case, such processing should be subject to suitable safeguards, which should include specific information to the data subject and the right to obtain human intervention, to express his or her point of view, to obtain an explanation of the decision reached after such assessment and to challenge the decision*”.⁴⁶

The right in question can also be supported on the basis of the notification duties under Articles 13 and 14 commented upon by Recitals 60-62. In particular art. 13, para. 2, and art. 14, para. 2, state that the data controllers need to “*provide the data subject with the following further information necessary to ensure fair and transparent processing*”. Coming to our issue, according to art. 13, para. 2, letter f) and art. 14, para. 2, letter g), this information includes: “*the existence of automated decision-making, including profiling, referred to in Article 22(1) and (4) and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject*”.

According to Article 29 Working Party the explanation of the logic involved would include details on the rationale behind, or the criteria relied on, in reaching the decision, without necessarily always attempting a complex explanation of the algorithms used or a disclosure of the full algorithm. The clarification on the level of details is important because otherwise individuals might understand the logic followed by the machine and act in such a way that they can take unfair advantages.⁴⁷ It is not possible to adopt a privacy information notice that would cover any type of machine learning or artificial intelligence technology. It should outline the main characteristics considered in reaching the decision, the source of this information and their relevance.

Finally, another reference to the right to explanation in GDPR may be pinpointed in the right of access established in art. 15 GDPR, which uses the same wording of art. 13, para. 2, letter f), and 14, para. 2, letter h) with reference to the fact that the data subject is allowed to use automatic decision-making and to obtain meaningful information about the significance, envisaged consequences, and logic involved.⁴⁸

As already mentioned, some scholars have criticized GDPR as it would entail a right to be informed, but not an explicit and specific right to explanation.⁴⁹ Other authors have instead emphasized the fact that articles 15 and 22 should be subject to will be open on public consultation extensive interpretation in order to be able to meet the need to give real meaning to the principle of transparency; they have therefore proposed a legibility stress test for the holder of the treatment.⁵⁰ We can hereby join

⁴⁶ *Id.*, pp. 7 ff. (the authors held that the omission of a right to explanation from Article 22 appears to be intentional, p. 11).

⁴⁷ See Art. 29 WP on Automated decision-making, p. 25.

⁴⁸ Watcher et al. claim that: “(…) *as with notification duties in Articles 13-14, and regardless of when it is invoked by the data subject, the GDPR’s right of access only grants an explanation of automated decision making addressing system functionality, not the rationale and circumstances of specific decisions*”. S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹ *Id.*, *passim*; L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a ‘right to explanation’ is probably not the remedy you are looking for*, 16 *Duke L. & Tech. R.* 18 (2017).

⁵⁰ See G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, vol. 7, issue 4, p. 243; J. POWLES, H. HODSON, *Google DeepMind and healthcare in an age of algorithms*, in *Health Technol.*, 2017, vol. 7, p. 351.

the position of other scholars stating that the rights of information provided by GDPR with reference to automated decision-making processes (as to the significance and consequences of the decision) may, indeed, be interpreted in such a way as to be considered a real right to explanation.⁵¹ Reasoning on the contrary could be dangerous and, above all, lead to a lowering of the guarantees recognized to the data subject, wasting the potential effect of the new European regulation in terms of protection of personal data.

4. Final remarks: algorithms, empathy and the importance of making mistakes

Medical practice has always used technology to improve the effectiveness and efficiency of its actions. Artificial intelligence represents, in order of time, the last chapter of this relationship. This technology seems to guarantee increasingly personalized medicine, and, hopefully frees from the possibility of making human mistakes.

Thus the adoption of AI in e-health promises several desirable results, but also hides possible dystopian scenarios. In this context, the law plays a fundamental role as it allows to govern in a “human” way a technology that could instead lead to phenomena of dehumanization.

Scholars such as Rodotà speak of “dictatorship of the algorithm”, evoking a phenomenon that is now global and not reserved only to the medical field. The question is linked to the relationship between collected data and decision, and, therefore it impacts on the relationship that is established between the person and the power of the information holders. The algorithm draws, indeed, the ways of functioning of large areas of our social organizations, and thus redistributes powers. It incarnates, from a certain perspective, the new forms of power and modifies its quality. When the algorithm becomes the very foundation of the power exercised by a specific individual or, rather, organization (see the case of Google) and all that concerns it is wrapped up in the utmost secrecy, then we are really facing the new version of the *arcana imperii*.⁵² This widespread awareness should lead us to adopt at least the “precautionary principle” and build an appropriate institutional framework, questioning whether and how the algorithm society can be truly democratic.⁵³

The issue has cultural and social implications too. The patient-doctor relationship traditionally relies on orality and is based on a purely human relationship. Such a relationship is based precisely on the cognitive ability to understand and feel those people's emotions in the specific situation that afflicts them. Often in the rhetoric that accompanies these new technologies, however, empathy is seen as a *bias* and therefore an argument in favour of decision systems exclusively based on non-human agents.⁵⁴ Like empathy, also “mistaking” plays a fundamental role. The successful television series *Westworld*⁵⁵ is about an amusement park populated by androids created to allow visitors a realistic and sometimes violent western-themed experience. Dr. Robert Ford, the creative director of the

⁵¹ See G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanization of Decision-Making*, op. cit., pp. 23-24.

⁵² The term “*arcana imperii*” literally means the “secrets of power” or the “principles of power” or “state”. It is found in two passages of the work of Tacitus, specifically in the *Historiae* (I, 4) and in the *Annales* (II, 36).

⁵³ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012, in part. 312-340.

⁵⁴ See G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanization of Decision-Making*, op. cit., p. 11.

⁵⁵ Famous US television series produced by Jonathan Nolan and Lisa Joy for HBO, based on the film *The World of Robots* (*Westworld*, 1973), written and directed by Michael Crichton.

park, played by the famous Anthony Hopkins, who continually updates the androids with the so-called “memories” to make them more and more like humans, at a certain point says: *“Mistakes’ is the word you’re too embarrassed to use. You ought not be. You’re the product of a trillion of them. Evolution forged the entirety of sentient life on this planet using only one tool: the mistake”*. It is, actually, needed to accept that these systems can be wrong and that they learn, together with us, by their errors.

AI must be informed by those “human, too human” aspects that characterize our actions in health care scenarios. It must be inspired by the deontology of the medical profession. Otherwise, if fed only by reports and cases, it will risk deviant diagnosis and therapies: splendidly rational, but not necessarily the best for the patient. AI represents a sort of mirror of ourselves and, at the same time, a possible tool to restore our ethics.⁵⁶

Acknowledgements

I would like to thank Chiara Di Natale, Rossana Ducato, Federica Giovanella, Rachele Zanchetta for their valuable feedback. All errors remain my own.

⁵⁶ In G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanization of Decision-Making*, op. cit., p. 33: *“In order to better understand how to make the human-algorithm cooperation work best, it has become crucial to shift the focus from the definition of algorithms, artificial intelligence etc. to the understanding of what makes us human”*.

Nuovi modelli procreativi, diritto allo *status* e principi di ordine pubblico

Andrea Sassi, Stefania Stefanelli*

NEW REPRODUCTIVE MODELS, LEGAL STATUS AND PUBLIC ORDER PRINCIPLES

ABSTRACT: The essay analyzes the legal position in the Italian legal system of the child born of same sex couples, including through surrogacy. In this context, the value of the individual represents the lowest common denominator of the persons' rights and this should be considered the current scope of the international public order concept.

KEYWORDS: protection; child; status; surrogacy; public order

SOMMARIO: 1. Diritto allo stato e ordinamenti civili – 2. Nascita da gestazione per altri – 3. Ordine pubblico differenziato – 4. Accertamento della filiazione e protezione della persona umana.

1. Diritto allo stato e ordinamenti civili

Il tema della procreazione e della successiva costituzione dello stato di figlio ha conosciuto negli ultimi decenni una notevole evoluzione, derivante anche dall'impiego di tecniche procreative sempre più complesse a cui partecipano vari attori, tutti in qualche modo potenzialmente legati al nato. Esso, più di altri, risente degli orientamenti culturali della società e dei cambiamenti che la percorrono, essendo centrale nell'esistenza e nello sviluppo della personalità di ciascun individuo¹.

Il sistema attuale, come risultante dall'ultima riforma, attuata dal compilatore con l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con il successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014², è il frutto del

* Andrea Sassi: Professore Ordinario di Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Perugia. Mail: andrea.sassi@unipg.it. Stefania Stefanelli: Professore Associato di Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Perugia. Mail: stefania.stefanelli@unipg.it. Ferme restando unitarietà dell'approccio e condivisione delle soluzioni giuridiche, i paragrafi 1 e 3 sono di Andrea Sassi e i paragrafi 2 e 4 di Stefania Stefanelli. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Sugli aspetti di ordine sociologico, C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2016, p. 60 ss.

² Cfr., di recente, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 2013; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, II ed., Torino, 2018.

Per un commento organico alla riforma del 2012-2013, R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013; C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437 ss.; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013; M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; G. BUFFONE, *Le novità del "decreto filiazione"*, Milano, 2014; G. CHIAPPETTA (a cura di), *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014; R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La filiazione*, Napoli, 2014; U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte e II parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 540 ss. e 675 ss.; C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2015; S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma*



bilanciamento degli interessi dei singoli soggetti che partecipano ai rapporti familiari. Detto bilanciamento consente la realizzazione dei diritti fondamentali che vengono in rilievo e qualificano il rapporto di filiazione.

Il rinnovamento della concezione giuridica della filiazione è avvenuto in varie direzioni. Le novità più salienti possono essere riassunte secondo due filoni principali: il mutamento del concetto di *status filiationis* e la centralità nel sistema dell'interesse allo *status* del figlio.

Riguardo al primo aspetto, il mutamento deriva essenzialmente da una duplice rinnovata prospettiva: anzitutto, la funzione dello *status* non è più vista come espressione di un interesse pubblico assoluto, posto a tutela dell'unità e del patrimonio della famiglia legittima, ma piuttosto come posizione giuridica concernente la singola persona o il singolo componente il nucleo familiare; in secondo luogo, la relativa legittimazione non proviene più dall'appartenenza al predetto nucleo familiare, che peraltro si compone e scompone sulla base dell'affettività, ma è conseguenza dell'accertamento di un legame intersoggettivo che unisce il figlio al genitore o ai genitori, siano essi biologici o affettivi: ciò che abbiamo definito "individualismo dello *status*"³.

Sicuramente più rilevante il secondo profilo, relativo all'interesse del nato ad acquisire lo stato di figlio e alla sua centralità all'interno del sistema, profilo che si esplica in almeno quattro direzioni: il riconoscimento del diritto fondamentale del nato alla genitorialità o, meglio ancora, alla bigenitorialità, secondo quanto dispone l'art. 30, 1° comma, Cost.; il fondamento dell'accertamento diretto della filiazione visto in prospettiva filiale, con la conseguenza che esso può ricondursi non solo alla verità biologica, ma anche alla scelta consapevole del genitore e all'affettività consolidata, come dimostra il divieto di rimozione dello stato inveridico contenuto nell'art. 9, l. n. 40/2004 e la previsione di imprescrittibilità delle azioni di stato riguardo al figlio, che così, salvo rare eccezioni, diviene l'unico legittimato a scegliere se mantenere o meno lo stato giuridico esistente; il riconoscimento del diritto all'ascolto e, soprattutto, della qualità di parte del minore, e, quindi, del suo ruolo centrale nelle azioni di stato, espressione di un suo peculiare interesse distinto da quello degli altri legittimati, meritevole di tutela attraverso la nomina di un curatore speciale⁴; l'attuazione dell'interesse del figlio al pieno riconoscimento

(*I parte e II parte*), in *Studium iuris*, 2015, pp. 277 ss. e 389 ss.; per le voci enciclopediche, l'unica aggiornata alla riforma è di M. SESTA, *Filiazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Ann.*, VIII, Milano, 2015, p. 445 ss.

Le opere sulla filiazione che precedono la riforma del 2012-2013 hanno sempre trattato disgiuntamente filiazione "legittima" e "naturale", sia per le differenze presenti in fase di costituzione sia, soprattutto, per quelle concernenti gli effetti e i rapporti familiari. Una diversa visione si rinviene soltanto nella nostra, *La filiazione*, cit., già dalla I ed. (Milano 2007), ove lo stato di filiazione è trattato unitariamente e viene utilizzata la terminologia di figlio "matrimoniale" e "non matrimoniale", adottata poi dal legislatore della riforma e dalla dottrina successiva che se ne è occupata. Per un quadro unitario, sebbene fornito sempre nell'ottica della tradizionale distinzione tra filiazione "legittima" e "naturale", cfr. G. FERRANDO, *Filiazione legittima e naturale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 295 ss.; M. SESTA, *La filiazione*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, Torino, 2011, p. 3 ss.; G. COLLURA, L. LENTI, Man. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, II, II ed., Milano, 2012.

³ A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 41 ss.

⁴ Il minore è portatore di un proprio interesse anche nell'ambito del procedimento giurisdizionale, con la conseguenza che la sua audizione non è atto istruttorio, come può essere l'escussione di un teste, e il mancato ascolto costituisce una violazione del principio del contraddittorio e dei principi che regolano il giusto processo (Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, c. 903; in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415, con nota di F. DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento*

dello stato acquisito all'estero e alla relativa registrazione negli atti di stato civile, ai sensi del d.P.R. n. 396/2000.

Proprio su quest'ultima questione intendiamo concentrare l'attenzione, vista l'estrema attualità del dibattito scaturito a seguito dei fondamentali recenti interventi giurisprudenziali che hanno disegnato un quadro improntato all'attuazione dell'interesse del figlio ad ottenere anche in Italia, e sulla base di quello esistente in un ordinamento estero, uno stato giuridico in grado di tutelarlo adeguatamente nel rispetto dei suoi diritti alla genitorialità, alla parentela, all'identità, all'affettività. Infatti, un'eventuale limitazione dei contenuti dello stato di figlio (e quindi dei diritti fondamentali ad esso connessi) può avvenire soltanto nell'interesse del minore, del resto in linea con il disposto dell'art. 24 C.d.f.U.E., secondo cui in tutti gli atti relativi al minore stesso, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, il suo interesse superiore deve essere considerato preminente. Deriva che sull'applicazione delle situazioni giuridiche soggettive inerenti lo stato della persona non vi può essere alcuna

giudiziale; in *Fam. dir.*, 2010, p. 364, con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*; concetti ribaditi più di recente, ad esempio, da Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1839; in *Giur. it.*, 2014, p. 294, con nota di L. AIROLA TAVAN, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi da dovere del giudice a diritto del figlio*; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Fam. dir.*, 2014, p. 389; Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *leggiditalia.it*; Cass., S.U., 10 febbraio 2017, n. 3555, *ivi*; Cass., 7 marzo 2017, n. 5676, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1211, con nota di richiami di G. CASABURI, che, nel ribadire l'obbligatorietà da parte del giudice di procedere all'ascolto del minore ultradodicesimo (presunto capace di discernimento) in tutti i procedimenti che lo concernono, qualifica tale interesse come diritto di rango costituzionale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni ed opzioni; per i giudici di merito, v. almeno App. Catania, 12 dicembre 2013, in *leggiditalia.it*; Trib. Roma, 9 settembre 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3285). Per la giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Fam. dir.*, 2011, p. 545, con nota di F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*; in *Foro it.*, 2011, I, c. 1289; in *Giur. it.*, 2012, p. 270, con nota di G. GRISI, *Chi rappresenta e difende il minore infrasedicesimo, parte del giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c.? Ombre e luci di una sentenza interpretativa di rigetto*. Un ampio e ponderato quadro delle tutele del minore è offerto da F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 271 ss.; sulla sua posizione nell'ambito del processo v. A. BERNARDINI DE PACE, *La navigazione della legge 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti*, *ivi*, p. 38 ss.; G. SAVI, *Il ruolo processuale del minore*, *ivi*, p. 295 ss.; ID., *L'atto processuale dell'ascolto ed i diritti del figlio minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1345 ss.; in giurisprudenza, Trib. Milano, 6 maggio 2015, in *Avvocati fam.*, 1, 2016, p. 38, con nota di G. SAVI, *Partecipazione del difensore all'ascolto del minore delegato ad un consulente tecnico d'ufficio* (che si sofferma in particolare sul delicato ruolo del difensore).

Nel diritto tedesco, anche a seguito della *FGG-Reform* (17 dicembre 2008) e del ruolo assunto dal minore nel processo, unitamente a quello dell'assistenza e della mediazione, v. almeno, per le opere generali, J. GERNHUBER, *Familienrecht*, VI ed. a cura di D. Coester-Waltjen, München, 2010, spec. p. 576 ss.; più di recente, D. SCHWAB, *Familienrecht*, XXIV ed., München, 2016, p. 236 ss., spec. p. 309 ss.; R. BALLOFF, *Kinder von dem Familiengericht. Praxishandbuch zum Schutz des Kindeswohls unter rechtlichen, psychologischen und pädagogischen Aspekten*, II ed., Baden-Baden, 2015; più specificamente, ID., „Vom Gehilfen zum Vermittler?“ – *Die Rolle des Sachverständigen im Verfahren*, in *FF*, 2008, p. 98 ss.; ID., *Die Beauftragung des Sachverständigen in Kindschaftssachen*, in *FPR*, 2011, p. 12 ss.; E. STÖBER, *Das neue Verfahren in Kindschaftssachen*, in *FamRZ*, 2009, p. 656 ss.; S. WILLUTZKI, *Die Subjektstellung des Kindes im Elternkonflikt*, in *ZKJ*, 2009, p. 237 ss.; ID., *Das Verfahren in Kindschaftssachen*, *ivi*, p. 305 ss.; R. GREGER, *Mediation in Kindschaftssachen – Kosten, Akzeptanz, Nachhaltigkeit*, in *FPR*, 2011, p. 115 ss.; B. HOFFMANN, *Aufgaben des Jugendamtes im Kontext familiengerichtlicher Verfahren*, *ivi*, p. 304 ss.; A. SCHNITZLER, *Rechtsanwälte im Familienverfahren, Familiengericht und Jugendamt*, *ivi*, p. 300 ss.; con particolare riferimento alla capacità processuale del minore, N. HEITER, *Verfahrensfähigkeit des Kindes in personenbezogenen Verfahren nach dem FamFG*, in *FamRZ*, 2009, p. 85 ss.; C.M. LEEB, *Der Verfahrensbeistand – „Anwalt des Kindes“*, in *ZKJ*, 2010, p. 391 ss.

differenziazione operata da una legge interna, che, inevitabilmente, creerebbe una discriminazione non giustificabile (cfr. Parte II, T.f.U.E.).

Il problema più rilevante riguarda la possibilità di registrazione dell'atto di nascita formato all'estero nei registri di stato civile, attività possibile soltanto in presenza di determinati requisiti.

Anzitutto va chiarito che, sulla base del diritto applicabile (artt. 16 e 65, l. n. 218/1995), sono "provvedimenti" le sentenze e gli atti amministrativi che autoritativamente incidono sulle situazioni giuridiche, nelle materie indicate, ed in particolare quelli costitutivi o dichiarativi di stati familiari, capacità e diritti della personalità. Il riconoscimento è possibile se: producono effetto nell'ordinamento dello Stato la cui legge è richiamata (anche se pronunciati in altro Stato); per i provvedimenti giurisdizionali, sono rispettati i diritti fondamentali della difesa; gli effetti non siano contrari all'ordine pubblico c.d. internazionale, tradizionalmente riferito al limite al riconoscimento di atti e discipline straniere⁵. Inoltre, anche per l'art. 18 d.P.R. n. 396/2000 sull'ordinamento dello stato civile, non possono essere trascritti nei registri di stato civile italiani (cittadinanza, nascita, morte, matrimonio e unione civile) gli atti formati all'estero se sono contrari all'ordine pubblico.

Ciò posto, le fattispecie emblematiche che si sono presentate conducono ad una differenziazione tra omoaffettività femminile e maschile. Esse concernono: *a)* il nato da procreazione medicalmente assistita nell'ambito di unione omoaffettiva di due donne, di cui una ha fornito l'ovulo, fecondato da gamete di donatore, e l'altra ha assunto il ruolo di gestante; *b)* il nato da procreazione medicalmente assistita e con ricorso a maternità surrogata nell'ambito di unione omoaffettiva di due uomini, di cui uno ha fornito il gamete unito ad ovulo di donatrice.

Sub a), il primo caso riguarda un bambino nato in Spagna, partorito da cittadina spagnola, e concepito *in vitro*, con ovulo della compagna, cittadina italiana, e gamete di donatore anonimo, in cui si pone questione se l'atto di nascita spagnolo, che indica due madri è contrario all'ordine pubblico italiano (artt. 16 e 65, l. n. 218/1995; e art. 18 d.P.R. n. 396/2000), visto che la l. n. 40/2004 vieta l'applicazione delle tecniche sulle coppie dello stesso sesso e sanziona penalmente la gestazione per altri⁶.

Sul tema, il riferimento è costituito da un fondamentale arresto della Cassazione⁷, secondo cui: deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e

⁵ Per un ampio quadro, V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in *Articolo29.it*; ID., *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss. Sul punto, con specifico riferimento alla filiazione, R. CLERICI, *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, Torino, 2011, p. 663 ss. In relazione alla maternità surrogata, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, spec. p. 127 ss.

⁶ Cfr. Trib. Pordenone, 2 luglio 2018, in *IlFamilarista.it*, 2018, con nota di S. STEFANELLI, *Omoaffettività femminile ed esclusione dalle tecniche di P.M.A.*, che ha sollevato la questione di costituzionalità in merito al divieto di accesso alla p.m.a. per coppia omoaffettiva di donne.

⁷ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 297, con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Vita not.*, 2017, p. 131, con nota di S. DI GESU, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*; su cui S. STEFANELLI, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 83 ss.; I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *Genius*, 1, 2017, p. 70 ss. Sulla stessa linea, più di recente, si colloca Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2280, con osservazioni di G. CASABURI; in *Guida dir.*, 28, 2017, p. 54, con nota

anche di generare figli, atteso che l'esclusione delle coppie formate da persone dello stesso sesso dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita costituisce soltanto «una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate»; non può essere accolto alcun paradigma discriminatorio; vi è indifferenza dello *status filiationis* al legame tra i genitori; esiste una tutela della famiglia come luogo di affetti concreti; sono principi di ordine pubblico quelli che la Costituzione impone al legislatore ordinario, e solo quelli con essa compatibili desunti dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (ai sensi degli artt. 10, 11, 117 Cost.), essendo preclusa la facoltà di introdurre con legge ordinaria disposizioni analoghe alle straniere di cui si discute l'applicazione; esiste il diritto del bambino a conservare il legame di filiazione legittimamente acquisito nello Stato di nascita, che corrisponde a legami affettivi duraturi, garanzia della sua identità personale, rispetto alla quale è determinante la certezza giuridica della propria situazione soggettiva e familiare, cui conseguono anche la cittadinanza, i diritti ereditari, la libertà di circolazione nel territorio nazionale; esiste altresì il diritto del bambino ad uno *status filiationis* corrispondente alle sue origini biologiche; esiste, infine, un diritto fondamentale alla bigenitorialità.

Detti concetti sono stati ribaditi, più di recente, in un caso analogo, con decisione del Tribunale di Perugia, poi confermata in appello⁸, in cui erano identiche le circostanze del concepimento e della nascita, mentre, diversamente dalla fattispecie decisa dal giudice di legittimità in cui il nato aveva la cittadinanza spagnola trasmessagli da una delle madri ai sensi della legge nazionale⁹, in questa entrambe le donne erano soltanto cittadine italiane, sicché l'atto di nascita spagnolo non aveva consentito l'attribuzione della cittadinanza *iure soli*, e solo la trascrizione nei registri di stato civile italiano avrebbe permesso la trasmissione di quella italiana e, quindi, di quella europea *ex art. 20 T.f.U.E.* Nella specie, il difetto di trascrizione è dunque ancora più grave perché, in conseguenza del mancato perfezionarsi del titolo acquisitivo dello *status* nell'ordinamento italiano, il bambino non acquista né la cittadinanza, né l'iscrizione all'A.I.R.E., con la conseguenza che manca l'attuazione concreta del principio di acquisto della capacità giuridica di cui all'art. 1 c.c., così come l'accesso agli strumenti sociali predisposti per i cittadini, sia, più in radice, l'identità personale.

Questione ancora più delicata si ha relativamente alla seconda ipotesi, ricordata *sub b)*, concernente il nato da procreazione medicalmente assistita nell'ambito di un'unione omoaffettiva di due uomini¹⁰,

di M. FINOCCHIARO, *Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*; in *Fam. dir.*, 2018, p. 5, con nota di F. LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*.

⁸ Trib. Perugia, 26 marzo 2018 e App. Perugia, 22 agosto 2018, letti in originale. Il decreto del Tribunale è pubblicato in *Foro it.*, 2018, I, c. 1948, con osservazioni di G. CASABURI.

⁹ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

¹⁰ In giurisprudenza, sul riconoscimento e la trascrizione dell'atto straniero di attribuzione di *status* verso entrambi i partecipanti al progetto procreativo v., in senso favorevole, almeno App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Giur. it.*, 2017, p. 2367, con nota di A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*; in *Fam. dir.*, 2017, p. 669, con nota di M.C. BARUFFI, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 935, con note di G. FERRANDO, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, e di C.E. TUO, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*; più di recente, App. Venezia, 16 luglio 2018, in *leggiditalia.it*.

stante il necessario ricorso alla gestazione per altri (maternità surrogata)¹¹, che, come è noto, è vietata nel nostro sistema, ma ammessa in vari ordinamenti esteri. Sul tema, a breve, si pronunceranno le Sezioni Unite della Cassazione¹².

Detta modalità di gestazione, ovviamente, non è prerogativa delle coppie omoaffettive, ed anzi le fattispecie più rilevanti che si sono presentate concernono coppie eterosessuali. L'analisi, che sarà oggetto di approfondimento nel prossimo paragrafo, merita quindi di essere svolta a prescindere dall'orientamento sessuale dei partecipanti al progetto procreativo.

2. Nascita da gestazione per altri

Il tema della tutela del nato da gestazione per altri, e della conseguente attribuzione delle situazioni giuridiche soggettive che derivano dall'accertamento dello stato di figlio, è nel nostro sistema molto delicato, giusta la scelta del legislatore di vietare la maternità surrogata, sanzionandola anche penalmente (art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004).

Va subito chiarito che, in generale, si tratta di opzione ragionevole, fondata sul principio di dignità della donna, che, proprio per questo, si giustifica in caso di sfruttamento, ma non si comprende in presenza di prestazione superetica, cioè mancante di contenuto patrimoniale ed effettuata per puro spirito di altruismo, come avviene nella c.d. "donazione di organi"¹³.

Il tema della gestazione per altri è stato di recente affrontato dalla Corte costituzionale¹⁴, con riferimento ad un caso di impugnazione *ex art.* 263 c.c. del riconoscimento operato dalla madre affettiva in una pratica effettuata da coppia eterogenitoriale e realizzata in India attraverso ovodonazione.

Dalla lettura delle ragioni giuridiche su cui la Consulta fonda la propria decisione si ricavano due principi fondamentali: *a)* la centralità dell'interesse del minore in tutte le procedure che lo riguardano; *b)* la non automaticità dell'esclusione dello stato acquisito dal nato da gestazione per altri per contrarietà

¹¹ Sull'argomento e sulle ragioni dell'impiego della locuzione "gestazione per altri" in luogo di altre quali "maternità surrogata" o "surrogazione di maternità", ci permettiamo di rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 142 ss.

¹² Cfr. l'ordinanza di rimessione, Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Foro it.*, 2018, I, c. 782; le Sezioni Unite si pronunceranno sul ricorso avverso App. Trento, 23 febbraio 2017, cit.

¹³ L'individuazione e l'inquadramento giuridico della categoria delle prestazioni "superetiche" o "supererogatorie" si deve ad A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 11 ss. Il principio è altresì alla base della ragionevolezza dell'opzione legislativa in ordine alla esclusione della responsabilità da procreazione, prevista in via generale dall'art. 30 Cost., per il "donatore" di gameti, secondo quanto dispone l'art. 9, ult. comma, l. n. 40/2004: sul punto si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 361. Preziosi spunti di riflessione sul tema che ci occupa, si ricavano dalla lettura di S. MARCHI, *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, (Fandango) Roma, 2017, p. 31 ss., ove il caso in cui una giovane donna che, a seguito della perdita del feto a pochi giorni dalla nascita nella prima gravidanza, aveva subito l'asportazione dell'utero e di un'ovaia; e la madre (allora quarantaseienne) si chiede perché non abbia potuto lei aiutare la figlia e il genero nella realizzazione del loro desiderio di genitorialità (oltre che del suo personale ad essere nonna), partorendo per questa un figlio geneticamente riconducibile alla coppia. Ed è certamente difficile trovare una seria argomentazione al diniego.

¹⁴ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, c. 5; in *Fam. dir.*, 2018, p. 699; in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2017, p. 263 ss., con nota di A. SASSI, *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato* (consultabile anche in *rivistadirittoeprocesso.eu*); in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*.

all'ordine pubblico, esclusione che dev'essere sempre valutata dal giudice nel caso concreto, tenendo conto del primo principio.

Sub a), è significativo il fatto che nella parte motiva, correttamente, la Corte costituzionale dedichi ampio spazio al profilo generale della rilevanza dell'interesse del minore nelle azioni di stato, relegando la questione della gestazione per altri alle righe finali: ciò evidenzia inequivocabilmente, in una interpretazione costituzionalmente orientata, la preminenza del richiamato interesse anche nella predetta modalità di gestazione, interesse che deve sempre guidare l'interprete nella soluzione del caso, pur in presenza dell'elevato grado di disvalore che l'ordinamento italiano riconnette ad essa.

Sub b), il discorso è più complesso. Meritano particolare attenzione le affermazioni del giudice delle leggi, riportate in chiusura della parte motiva, che qualificano il bilanciamento tra interesse del minore e giudizio di riprovevolezza, riservato dal sistema alla gestazione per altri, come corretto approccio ermeneutico nella soluzione del caso concreto, in particolare indirizzando l'attività dell'interprete anche sul diverso strumento dell'adozione in casi particolari (artt. 44 ss., l. n. 184/1983). Detto strumento, tuttavia, consente la costituzione di un legame giuridico tra il nato e il genitore intenzionale dai contenuti meno pregnanti e più limitati: si tratta, infatti, di un'ipotesi che abbiamo definito di adozione "genitoriale", in cui – al contrario dell'adozione c.d. legittimante, piena o "parentale", ove il contenuto del rapporto filiale è speculare a quello del figlio biologico – l'adottato instaura rapporti giuridici soltanto con l'adottante e non riguardo ai parenti di questo, mantenendo, al contempo, i rapporti con la famiglia di origine o la possibilità di costituirli¹⁵.

Il giudice si trova quindi ad operare un bilanciamento nella singola fattispecie vagliata tra due situazioni: da un lato, l'attuazione dell'interesse del minore alla genitorialità e, quindi, ad uno stato giuridico di figlio che gli assicuri una tutela più ampia possibile e, dall'altro, la limitazione del ricorso alla gestazione per altri come strumento generativo, limitazione conseguente all'ordine pubblico. La prima, tuttavia, risulta essere sempre preminente anche nell'ottica della Corte costituzionale, come si ricava, sia dalla struttura della motivazione della sentenza, come detto tutta imperniata sulla rilevanza del richiamato interesse, sia, più specificamente, dai suoi contenuti, che ne ribadiscono l'importanza, con specifico riferimento alle fonti, anche di rango costituzionale, di diritto interno e sovranazionale.

Ciò detto, occorre stabilire quali criteri osservare per operare nella fattispecie concreta un corretto bilanciamento, nel rispetto delle fonti nazionali e sovranazionali.

Ci sembra che dalle affermazioni del giudice delle leggi e dai principi regolatori della materia, orientati quanto più possibile alla tutela del nato e all'attuazione del suo diritto a divenire "figlio", si possano ricavare alcune regole di applicazione pratica, distinguendo due ipotesi di gestazione per altri: una, compiuta in un Paese estero, nel rispetto delle norme poste dal sistema ivi presente; altra, potenzialmente realizzabile anche in Italia, al di fuori delle regole giuridiche.

Riguardo alla prima, in una interpretazione costituzionalmente orientata, non vi può essere dubbio sull'integrale recepimento della posizione vantata dal figlio in conseguenza della formazione del proprio atto di nascita secondo l'ordinamento estero¹⁶, sulla base del preminente interesse del minore al

¹⁵ A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 279 ss., spec. p. 343 ss.

¹⁶ In questo senso, V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 10 s., il quale evidenzia (nt. 9) che, nel ragionamento della Consulta, la non meritevolezza riguarda il contratto di maternità surrogata onerosa, senza escludere il riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero, ove pure esso trovi il suo

riconoscimento o al mantenimento dello stato giuridico verso il genitore intenzionale. Con il ricorso all'adozione genitoriale, gli si imporrebbe la costituzione di uno stato giuridico deteriore, in cui vengono meno i rapporti parentali con gli altri appartenenti al nucleo familiare (ascendenti o collaterali), senza alcuna possibilità (nemmeno teorica) di poter instaurare relazioni con l'autore o gli autori della procreazione, essendo precluso, nelle varie legislazioni, il riconoscimento di un legame giuridico sia verso i fornitori di gameti che verso la partorientente¹⁷: di conseguenza, il suo diritto alla genitorialità può essere attuato soltanto verso il genitore intenzionale e il mancato riconoscimento o la rimozione dello stato verso questi può avvenire soltanto quando dalla sua esistenza possa derivare un pregiudizio al figlio.

Nell'altra ipotesi, viceversa, l'interesse del minore alla genitorialità ben può essere efficacemente realizzato, almeno in via tendenziale, attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, che, non recidendo i rapporti ingenerati con la famiglia biologica, non preclude al nato un'eventuale ricerca della verità, consentendogli, allo stesso tempo, di soddisfare immediatamente il diritto alla genitorialità verso il genitore intenzionale.

La soluzione proposta appare coerente anche sul piano equitativo. È evidente che al ricorso alla gestazione per altri praticata legalmente, sebbene in uno Stato estero, deve conseguire anche nel nostro sistema la tutela prevista per chi ha ivi acquisito lo stato di figlio, tutela che il ricorso a pratiche illecite non può e non deve, almeno di regola, garantire in pari grado, fermo restando, anche in questa ipotesi, l'attuazione concreta dell'interesse del minore all'instaurazione di un rapporto giuridico di filiazione in grado di tutelarlo adeguatamente, poiché, se si ritenesse diversamente, si darebbe ingresso ad un esito sanzionatorio ricadente essenzialmente su un soggetto debole, che in nessun modo ha concorso a

presupposto in un tale contratto. Aspetto che viceversa non coglie S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, p. 95 s., sostenendo che l'interesse all'emersione alla verità della procreazione prevarrebbe sempre, impedendo la trascrizione dell'atto di nascita formato nei Paesi che consentono la g.p.a., in quanto mancherebbe «l'accertamento legale della genitorialità e non [sarebbe] stato ancora attribuito al minore alcuno stato». Cfr., nel senso opposto, l'orientamento della S.C., che, in sede penale, a conferma dei provvedimenti di merito, esclude il delitto di alterazione di stato nel caso di maternità surrogata, proprio con riferimento alla richiesta di trascrizione del titolo estero, perché la condotta si realizza quando lo stato è già costituito, appunto in forza dell'atto straniero: Cass., 10 marzo 2016, E.F. ed altri, cit., per la quale il ricorso all'estero alla g.p.a. non integra il reato di cui all'art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, e la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita non integra quello di alterazione di stato in quanto detta richiesta si realizza nel momento in cui si è perfezionata l'efficacia costitutiva della dichiarazione di nascita all'estero; di conseguenza riconosce che è possibile costituire al nato lo *status* di figlio della coppia, attraverso la trascrizione del titolo. Tra i giudici di merito, cfr. T. Milano, 15 ottobre 2013, A.C. e S.B., in *penalecontemporaneo.it*, 2014; G.i.p. T. Trieste, 4 ottobre 2013, A e B, in *De Jure*; G.i.p. T. Trieste, 6 giugno 2013, C e D, in *biodiritto.org*; G.i.p. T. Varese, 8 ottobre 2014, U.C. e S.C., in *penalecontemporaneo.it*, con nota di T. TRINCHERA, *Maternità surrogata all'estero e responsabilità penale: il dibattito prosegue con una sentenza del Tribunale di Varese che si adegua ai principi espressi dalla Corte EDU e assolve gli imputati*. In dottrina, M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persona*, Torino, 2014, p. 441. Per l'esclusione del delitto di alterazione di stato quando l'atto di nascita sia già formato, v. anche Cass., 24 ottobre 2002, P., in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 565, con nota di S. CORBETTA, *Successivo falso riconoscimento di figlio naturale: artt. 567 o 495 c.p.?*; in *Guida dir.*, 16/2003, p. 91.

¹⁷ Cfr. ancora A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 146 ss.

determinare il sorgere della situazione vagliata, ricreando quella automaticità dell'effetto ablativo che anche la Consulta ha in varie occasioni stigmatizzato¹⁸.

Del resto, ciò che la dottrina più attenta (anche prima dell'emanazione della l. n. 40/2004), con felice intuizione, ha definito "filiazione per scelta"¹⁹, cioè a dire fondata sull'intenzione e sulla volontà di divenire genitori, ha trovato ingresso legale nel nostro sistema – a tutela del figlio – nella procreazione eterologa (quasi sempre presente nella gestazione per altri, in cui la puerpera ben difficilmente è madre biologica del nato). In sostanza, ora la responsabilità può fondarsi, oltre che sulla trasmissione genetica, anche su una scelta di affettività compiuta dal genitore, affettività rilevante per il diritto e posta dal sistema a fondamento del divieto di accertamento negativo contenuto nell'art. 9, l. n. 40/2004 e, specularmente, del diritto del figlio ad acquisire lo stato su di essa fondato²⁰.

In altri termini, il fatto che il sistema attuale, a tutela dell'interesse del minore, secondo il citato art. 9, l. n. 40/2004, attribuisca valenza all'affettività e all'intenzionalità anche al di fuori della filiazione adottiva, con possibilità di operare un accertamento diretto della filiazione verso il genitore intenzionale nella procreazione medicalmente assistita, legittima un tale approccio ermeneutico in tutti i casi in cui il riconoscimento o il mantenimento giuridico del rapporto corrisponde all'interesse preminente del minore. Non essendo più soltanto la discendenza ingenua l'unico criterio per l'attribuzione diretta dello stato di figlio, la rigida distinzione tra filiazione fondata sulla generazione e filiazione adottiva basata sull'affettività è venuta meno, con la conseguenza che lo stato di figlio matrimoniale o non matrimoniale può oggi prescindere dalla trasmissione dei geni.

In definitiva, accertamento diretto della filiazione e adozione sono divenuti meri strumenti costitutivi dello stato di figlio, che vanno sempre visti nell'ottica della concreta realizzazione del suo preminente interesse e debbono trovare alternativamente impiego nelle fattispecie concrete esclusivamente in vista dell'attuazione del predetto interesse.

3. Ordine pubblico differenziato

Il riconoscimento nell'ordinamento italiano dei diritti del nato all'estero da gestazione per altri dipendono inevitabilmente dalla nozione accolta di ordine pubblico internazionale e, soprattutto, dalla soluzione della questione se detta nozione sia o meno idonea ad incidere sui diritti fondamentali connessi allo stato di figlio.

In punto, la Cassazione ha da ultimo ritenuto – riguardo all'efficacia di provvedimenti di autorità straniere – che la nozione di ordine pubblico è circoscritta e inerisce ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nella C.d.f.U.E. e non si spinge a ricomprendere principi su cui si fondano le norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa²¹.

¹⁸ Cfr., in particolare, Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

¹⁹ E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss., ora in *Id.*, *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 487 ss.; *Id.*, *Intento e procreazione*, in *dimt.it*, 2014, ora in *Id.*, *Lo spazio dei privati*, cit., p. 577 ss.

²⁰ Si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 359 ss. e 408 ss.

²¹ Cfr., in particolare, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; Cass., 21 novembre 2013, n. 1302, in *leggiditalia.it*; e, più di recente, Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

Sebbene i risultati pratici cui detto orientamento perviene nelle fattispecie concrete, connotate dalla tutela di diritti fondamentali dell'individuo, siano pienamente condivisibili, la questione merita a nostro avviso un approccio lievemente più ampio sul piano dogmatico. Del resto, già le S.U. – come evidenziato nell'ordinanza di rimessione resa nella fattispecie che ci occupa²² – hanno proposto per una nozione più estesa di ordine pubblico nel caso di istituto non regolato dall'ordinamento italiano (*punitive damages*)²³, nozione che a maggior ragione deve valere in un'ipotesi espressamente vietata, quale quella della maternità surrogata.

In generale, quindi, ogni qual volta che ci si trovi dinanzi ad un divieto avente rilevanza (anche) penale, appare più corretto ritenere che esso sia ricompreso nella nozione di ordine pubblico, atteso che l'esercizio della discrezionalità legislativa si fonda su un interesse pubblico, che conduce alla previsione di una fattispecie criminosa. Tuttavia, la scelta legittimamente compiuta dal legislatore in ordine al divieto di porre in essere determinati comportamenti o pratiche, pur ragionevole in quanto posto a tutela di un interesse pubblico, non può essere messa sullo stesso piano dell'esigenza di protezione di diritti fondamentali della persona, contemplati da fonti di rango costituzionale nazionali e/o sovranazionali²⁴.

Deriva che occorre stabilire quali siano le conseguenze dell'applicazione di norme inderogabili di ordine pubblico, derivanti da discrezionalità legislativa, nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti, se cioè da detta applicazione possano derivare lesione e/o limitazione di diritti fondamentali, soprattutto con riferimento a soggetti terzi. In questo caso, è evidente che un approccio ermeneutico che non tenga conto della gerarchia di valori porrebbe il principio di ordine pubblico in contrasto con i fondamenti del sistema, che, come tali, non tollerano alcuna limitazione o compressione.

Corretto, pertanto, appare l'indirizzo delle S.U. che, in presenza di diritti patrimoniali, accoglie una nozione di ordine pubblico più ampia, sì da ricomprendervi "Costituzioni e tradizioni giuridiche" (che «con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo»), con la conseguenza che l'atto straniero «deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre

²² Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, cit.

²³ Cfr. Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613; in *Giur. it.*, 2017, p. 1787, con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Danno e resp.*, 2017, p. 419, con note di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, di G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, di P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*.

²⁴ In proposito, vengono alla mente le affermazioni della dottrina più autorevole, che, a proposito dell'influenza della Corte costituzionale sui rapporti civilistici nel decennio appena trascorso, osserva come l'inderogabilità delle norme vada letta alla luce di un rinnovato principio di ordine pubblico costituzionale fondato sulla tutela della persona umana e sui suoi diritti inviolabili: P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016 (Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2018, spec. p. 662; e, in precedenza, ID., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, spec. p. 184 s., ove si afferma che «non è il formale contrasto con una o più norme interne a livello ordinario a costituire violazione dell'ordine pubblico, ma il contrasto con le esigenze di fondo di tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi dell'Unione Europea, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»²⁵. Tuttavia, proprio questa stessa nozione di ordine pubblico, attraverso il riferimento primario ai principi costituzionali, implica che, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico sotteso (anche) alla sanzione penale passi necessariamente in secondo piano, atteso il bilanciamento ermeneutico tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nella C.d.f.U.E.²⁶. Dall'applicazione del principio di ordine pubblico derivano dunque effetti differenziati a seconda della rilevanza degli interessi in giuoco.

L'impostazione proposta, del resto, si colloca nel solco tracciato dalla Corte costituzionale, soprattutto in un importante arresto concernente una fattispecie analoga, in cui il diritto allo stato del nato da incesto soccombeva a seguito del comportamento degli autori della procreazione (sanzionato anche penalmente): per il giudice delle leggi «non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto», non potendo il diritto del figlio essere limitato, a meno che «ricorrono costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse»; l'eventuale mancata costituzione del rapporto comporterebbe, vista nell'ottica filiale, una violazione del principio di responsabilità da procreazione sancito dall'art. 30, 1° comma, Cost.²⁷.

²⁵ Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: § 6 della parte motiva.

²⁶ Cfr. Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; Cass., 21 novembre 2013, n. 1302, cit.

²⁷ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Guida dir.*, 48, 2002, p. 44, con nota di M. FINOCCHIARO, *Ammessa l'azione giudiziale di paternità anche per i casi di filiazione incestuosa. Superato l'ultimo pregiudizio ancestrale in contrasto con la sensibilità moderna*; in *Giur. cost.*, 2002, p. 4058, con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*; e *ivi*, 2003, p. 446 ss., la nota di G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*; in *Vita not.*, 2002, p. 1353, con nota di F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; in *Giur. it.*, 2003, p. 868; in *Famiglia*, 2003, p. 845, con note di G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, e S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione del figlio incestuoso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 543, con nota di M. DI NARDO, *La filiazione incestuosa al vaglio della consulta. I limiti di accertamento giudiziale del rapporto*; in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 622; in *Fam. dir.*, 2003, p. 119, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*; in *Foro it.*, 2004, I, c. 1053; e commentata da A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza 492/02 della Consulta*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 96 ss.; e da C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002)*, in *altalex.it*. Alcuni passi della sentenza, viste le analogie con il caso che ci occupa, meritano di essere riportati integralmente. Scrive la Corte: «Dalla disciplina testé indicata deriva, in danno della prole nata da genitori legati dai rapporti familiari indicati dall'art. 251 del codice civile, una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti; una discriminazione compendiata, anche nel lessico del legislatore, nell'espressione "figli incestuosi". La violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali, è evidente e non richiede parole di spiegazione. Nessuna discrezionalità delle scelte legislative, con riferimento al quarto comma dell'art. 30 della Costituzione, che abilita la legge a dettare norme e limiti per la ricerca della paternità, può essere invocata in contrario: non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto». E ancora: «il figlio nato da un rapporto tra le persone indicate nell'art. 251, per ottenere l'adempimento dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione nei suoi confronti, si trova nella necessità di proclamare

In definitiva, si può affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale comprende generalmente anche le norme inderogabili in cui al bene della vita da esse protetto viene attribuita una tutela rafforzata, anche di rilevanza penale, tutela che connota un interesse pubblico sotteso ed è espressione della tradizione giuridica domestica (*ordine pubblico discrezionale*); tuttavia, l'applicazione delle regole inderogabili di diritto interno non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione e nella C.d.f.U.E., che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (*ordine pubblico costituzionale*).

Poste queste premesse di carattere generale, occorre analizzare le conseguenze del necessario bilanciamento tra principi di ordine pubblico in presenza di gestazione per altri.

La distinzione sistematica tra ordine pubblico costituzionale e discrezionale impone, a nostro avviso, di scindere il piano dell'indagine concernente la pratica della gestazione da quella riguardante le situazioni giuridiche soggettive del nato e, in particolare, il suo diritto ad acquisire uno *status* di figlio che rispetti nella misura più ampia possibile il suo interesse alla genitorialità, all'identità, all'affettività.

Consegue che in relazione alla pratica della gestazione per altri, a prescindere dall'applicabilità della sanzione penale (che la giurisprudenza ha comunque escluso per la coppia che vi ricorre, se praticata all'estero, sulla base dell'art. 7 c.p. o, quantomeno, in applicazione della disciplina dell'errore sulla legge penale²⁸), si deve ritenere la piena operatività del divieto, con conseguente inazionabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, di qualsiasi provvedimento straniero che riconosca eventuali diritti ad essa connessa, quali, ad esempio, la richiesta del compenso pattuito o l'esecuzione di obblighi previsti

egli stesso la propria condizione di discriminato; a meno che, comprensibilmente, non preferisca invece rinunciare a ciò che a lui, come a ogni figlio, è dovuto, con la conseguenza paradossale, oltretutto, che i genitori – essi sì “incestuosi” – andrebbero totalmente indenni da quella responsabilità alla quale, con la procreazione, sono soggetti, secondo ciò che è sancito come principio, valido rispetto a ogni genere di prole, dall'art. 30, primo comma, della Costituzione (v. sentenza n. 166 del 1998)». Infine, in prospettiva più ampia: «La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione. E proprio da tale ultima disposizione, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle “formazioni sociali”, tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani».

I principi enunciati dalla Consulta sono oggi viepiù attuali, laddove la legittimazione non deriva più dall'appartenenza alla famiglia, ma dall'accertamento di relazioni intersoggettive: v. *infra*, § 4.

²⁸ Cass., 10 marzo 2016, E.F. ed altri, in *Foro it.*, 2016, II, c. 286; in *Dir. pen. e processo*, 2016, p. 1085, con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità. Contra*, L. D'AVACK, *Maternità surrogata: un divieto “inefficace”?*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 157, per il quale «le attività compiute in Italia possono ben essere qualificate come parte dell'azione, ex art. 6, comma 2, c.p.»; App. Messina, 18 luglio 2016, S. ed altro, letta in originale, che riforma la pronuncia di primo grado, ritenendo che «l'art. 12 nel suo complesso non abbia inteso sanzionare penalmente i genitori che pure abbiano avuto un ruolo nel compimento delle varie pratiche vietate dalla legge, anche perché la pena pecuniaria prevista (...) appare incongrua se rapportata ai privati». È interessante notare come, al contrario, pur nella vigenza del divieto di procreazione eterologa non fosse punibile il donatore e chi facesse ricorso alla donazione di gameti, a mente dell'8° comma dello stesso art. 12. Sul profilo, più ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 139 ss.

dal relativo contratto²⁹. Viceversa, il riconoscimento verso il nato delle situazioni giuridiche soggettive connesse allo stato di figlio, trattandosi di diritto fondamentale espressamente riconosciuto dalla Costituzione italiana (artt. 30 e 31) e dalla C.d.f.U.E. (art. 24), va visto esclusivamente in ottica filiale³⁰.

Se si ritenesse diversamente, confondendo i due profili, si arriverebbe alla assurda conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione. Ciò significherebbe considerare il nato come soggetto alle conseguenze giuridiche del reato o, più precisamente, come oggetto delle stesse: ragionando per assurdo, infatti, egli o, se si preferisce, la sua posizione giuridica (ma la sostanza non muta, vertendosi in tema diritti fondamentali, come tali personalissimi) verrebbero equiparati ad un "prodotto del reato", che costituisce il risultato, il frutto direttamente ottenuto dal colpevole a seguito dell'attività illecita, cioè la "cosa" proveniente dal reato stesso³¹, e che, nel nostro sistema, si riferisce soltanto ai beni materiali, inerendo essenzialmente alla confisca (art. 240 c.p.), cioè ad una misura di sicurezza a carattere patrimoniale.

Al di là dell'accostamento, sicuramente forte ma emblematico, è evidente che i diritti del nato riconducibili all'ordine pubblico costituzionale non possono essere condizionati dalla circostanza che la gestazione sia avvenuta con modalità contrarie all'ordine pubblico discrezionale. In termini più espliciti, la prima tipologia di ordine pubblico, prevalente su quella derivante da discrezionalità legislativa, impone di ritenere che un'eventuale limitazione dei contenuti dello stato di figlio (e quindi dei diritti fondamentali ad esso connessi) possa avvenire soltanto nell'interesse del minore, del resto in linea con il disposto dell'art. 24 C.d.f.U.E.

Una diversa interpretazione, che non tenga conto di un ordine pubblico differenziato, si porrebbe in contrasto anche con l'art. 67, 1° comma, T.f.U.E. La norma, peraltro espressamente richiamata dalle S.U. a sostegno della nozione di ordine pubblico accolta³², costruendo lo spazio giuridico interno sul «rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri», pone al centro del sistema proprio i predetti diritti fondamentali dell'individuo (a cui si aggiungono gli ordinamenti giuridici e le tradizioni domestiche), con la conseguenza che

²⁹ Sui profili negoziali, di recente, A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, p. 103 ss.

³⁰ Cfr. V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 10; M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *Articolo29.it*, p. 7; Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*; Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cui espressamente rinvia Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., ribadendo che l'ordine pubblico «non può passare come una carta bianca per giustificare qualsiasi misura, poiché incombe sullo Stato l'obbligo di farsi carico dell'interesse superiore del bambino, indipendentemente dalla natura del legame parentale, genetico o di diverso titolo»; Corte EDU, G.C., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit., alla luce del precetto di cui all'art. 23, reg. n. 2201/2003, il quale «stabilisce espressamente che la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi tenendo conto del preminente interesse del minore».

³¹ V. ad esempio, di recente, Cass., 16 dicembre 2014, Li.Ma., in *leggiditalia.it*; e Cass., 24 ottobre 2013, A.G., *ivi*, che altresì distinguono il prodotto dal profitto, rappresentato dal lucro, ossia dal vantaggio economico che si ricava dalla commissione del reato, e, infine, dal prezzo, riferito al compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a delinquere, riprendendo l'orientamento inaugurato da Cass., S.U., 3 luglio 1996, C., in *Foro it.*, 1997, II, c. 404, con nota di G. CANZIO, *Patteggiamento e confisca: ancora un intervento delle Sezioni Unite*.

³² Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: § 6 della parte motiva.

l'ordine pubblico interno, in rapporto di autonomia ma anche di coesistenza con quello dell'Unione³³, dev'essere improntato al loro pieno rispetto.

Ma l'approccio fondato sulla prospettiva del nato e del suo diritto fondamentale ad acquisire uno stato di figlio in grado di offrire una tutela più ampia possibile, si giustifica anche sotto altro profilo.

Nella prospettiva genitoriale, come rilevato all'inizio del presente lavoro, vi sono differenze rilevanti tra omoaffettività maschile e femminile: mentre nella prima il ricorso alla gestazione per altri è – almeno oggi – necessario, in quella femminile è soltanto possibile, qualora entrambe le partecipanti al progetto procreativo non possano o non vogliano assumere il ruolo di gestante. Ma è evidente che nell'ottica filiale, almeno tendenzialmente, occorre assicurare una uniformità di trattamento tra soggetti: il nato non può essere discriminato sul piano giuridico, con particolare riferimento ai propri diritti fondamentali, dalla circostanza di essere parte di un diverso progetto procreativo, sulla base del sesso dei genitori e dell'orientamento sessuale di questi.

Il principio enunciato, del resto, è conforme anche al sistema riservato dall'ordinamento italiano all'attribuzione della genitorialità. Al contrario che in altri Paesi, in cui, riguardo alla maternità, si attribuisce una rilevanza decisiva alla gestazione e alla riferibilità del parto, il nostro legislatore ha correttamente compiuto scelte differenti, non esistendo una specifica disposizione in tal senso e, quindi, un principio di ordine pubblico correlato. Viceversa, da una lettura sistematica dell'art. 269 c.c., si ricava che – contrariamente a quanto affermato dai ricorrenti come tesi difensiva, riportata nella ricordata ordinanza di rimessione resa nella fattispecie che ci occupa³⁴ – la riferibilità del parto costituisce soltanto un mezzo di prova della maternità, sempre superabile dal controllo della discendenza genica (2° comma, a mente del quale la paternità, ma anche la maternità, si provano con ogni mezzo)³⁵.

La stessa Corte costituzionale nell'ultimo rilevante arresto, proprio con riguardo alla maternità, ha in via ermeneutica ribadito l'importanza della verità biologica della generazione, che si esprimeva nella fattispecie concreta nell'impugnazione del riconoscimento operato dalla donna per difetto di discendenza ingenerata³⁶. Infatti, qualora vi fosse stata corrispondenza genetica tra il nato e la madre giuridica,

³³ Cfr., in maniera specifica, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, spec. p. 350 ss.; in giurisprudenza, Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: § 6 della parte motiva.

³⁴ Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, cit., § 2.5.8, che riporta la tesi del P.G. App. Trento e del Ministero degli Interni, secondo cui soltanto la nozione di padre rimarrebbe alla sola relazione costituita dalla discendenza genetica, sicché non sarebbe possibile la coesistenza di due.

³⁵ Il principio è chiaramente e correttamente esplicitato in Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. In dottrina, sia consentito rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 351 ss., spec. p. 391 ss.

³⁶ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., ove si esclude, con riferimento alla contestata maternità e al rilevante interesse del minore allo stato di figlio, che l'accertamento della verità biologica e genetica costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento, pur esistendo un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione. Il principio della rilevanza della verità biologica, del resto, ha di recente caratterizzato l'attività della Consulta, che ha riconosciuto la possibilità di accedere alla ricerca della predetta verità, con effetti acquisitivi o privativi dello stato, attraverso la rimozione di condizioni di ammissibilità dell'azione e di limiti alla ricerca della prova: per un quadro generale, A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 438 ss.; più specificamente, in relazione all'ammissibilità della dichiarazione giudiziale di genitorialità per il figlio nato fuori del matrimonio, Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, 2006, I, c. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Fam. dir.*, 2006, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione*

L'impugnazione non avrebbe sicuramente avuto esito, essendo provata la discendenza a prescindere dalle circostanze della nascita³⁷: come ricordato, il più recente orientamento della S.C. correttamente ritiene che la riferibilità del parto costituisce, non già il criterio di attribuzione della maternità, ma soltanto un mezzo di prova della discendenza, sempre superabile attraverso la prova ematogenetica, unica idonea ad accertare inequivocabilmente la verità biologica (artt. 269, 2° e 3° comma, c.c.)³⁸.

4. Accertamento della filiazione e protezione della persona umana

In conclusione, occorre verificare se l'inquadramento sistematico prospettato, teso a differenziare le aspettative del nato dalle modalità di procreazione e/o di gestazione, si inserisce coerentemente nel sistema di accertamento della filiazione, come risultante dall'introduzione della l. n. 40/2004 e dalle modifiche di recente apportate dalla l. n. 219/2012 e dal d.lgs. n. 154/2013, disciplina su cui, per scelta del compilatore, non ha inciso l. n. 76/2016, dettata in materia di unioni civili.

L'indagine merita di essere svolta sotto tre profili strettamente interrelati: a) teleologico; b) sistematico; c) relativo al diritto fondamentale alla genitorialità.

dell'interesse del minore; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di G.F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di A. D'ALESSIO, *Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 172, con nota di A. ASTONE, *La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica*; riguardo alla prova della discendenza, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Guida dir.*, 30/2006, p. 30, con nota di M. FIORINI, *Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1367, con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Fam. dir.*, 2006, p. 461, con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*; in *Giur. it.*, 2007, p. 1381; in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 628, con nota di M.D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*, che ha parzialmente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 235 c.c., poi abrogato dall'art. 106, d.lg. n. 154/2013, relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio: v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 264 ss.; e, per i profili attuali, Id., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 250 ss.; sull'importanza dell'accertamento veridico della discendenza nella realtà attuale, G. CHIAPPETTA, P. GAUDIO, V. VITTORIO, F. MANDATO, A. DE RASIS, L. GRAVINA, M. LOIRA, *Gli status filiationis ed il favor veritatis*, in G. CHIAPPETTA (a cura di), *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli, 2011, spec. p. 355 ss.

³⁷ In questo caso, diversamente da quanto sostenuto (G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, cit., p. 451, seguita da M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, cit., p. 5), discutendosi della veridicità della discendenza e della conseguente rimozione degli effetti dell'accertamento risultante dall'atto di nascita formato all'estero e trascritto in Italia, lo strumento dell'azione di stato appare essere stato correttamente impiegato, essendo l'unico in grado di fornire un accertamento poizore (suscettibile di giudicato) e, come tale, soggetto a regole peculiari, poste a presidio, non solo della verità biologica, ma anche dello stato acquisito e dell'affettività; viceversa, lo strumento della rettificazione (art. 95, d.P.R. n. 396/2000) soccorre relativamente al procedimento di registrazione, cioè, ad esempio, allorché occorre decidere se procedere a registrare o meno l'atto formato all'estero, ovvero se registrarlo solo parzialmente: cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 24 ss., 63 (nt. 136), 163 s., 232 ss., 370.

³⁸ Sul punto, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 391 ss., spec. p. 392 s.; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

Sub a), va evidenziata la funzione svolta nell'ordinamento attuale dall'accertamento della filiazione. Esso porta a compimento il sistema civile posto a protezione della persona umana, che trova attuazione secondo tre livelli, a seconda dell'attività giuridica compiuta in merito all'esistenza della persona stessa e ai suoi rapporti con altri soggetti cui è legata da discendenza biologica o affettiva.

Così, esiste: 1) una tutela di base derivante dalla nascita come fatto giuridico e, quindi, dal venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode dello statuto della persona umana previsto dalle Convenzioni internazionali e dalle Costituzioni dei vari Stati, nonché dalle fonti primarie di quei sistemi che realizzano l'integrazione regionale, come quello dell'Unione Europea; 2) una tutela connessa all'accertamento della nascita e all'iscrizione del nato nei registri dello stato civile, di modo che l'evento nascita sia noto nell'ambito del sistema dato, così da attribuire i segni distintivi della persona e dare concreta attuazione al principio della capacità giuridica, enunciato nell'ordinamento italiano dall'art. 1 c.c., oltre a consentire l'accesso agli strumenti sociali predisposti per i residenti nel Paese; 3) una tutela legata all'accertamento della discendenza (biologica o affettiva), a seguito del quale il nato diviene giuridicamente figlio di uno o due soggetti determinati, verso i quali egli ha i diritti derivanti dall'esistenza dello *status* di filiazione³⁹.

Tale approdo muove da lontano, da quella dottrina che, a partire dalla metà degli anni sessanta del secolo scorso, assegnando una valenza particolare ai titoli costitutivi dello stato giuridico, attribuiva al concetto di *status* il significato e la funzione attuali di tutela della persona, contribuendo così in maniera determinante a superare le tesi che lo vedevano piuttosto come espressione ed attuazione di un interesse pubblico assoluto, a tutela essenzialmente dell'unità e del patrimonio della famiglia legittima⁴⁰. In sostanza, lo *status* costituisce il fondamento dello statuto della persona umana: in mancanza di esso le situazioni giuridiche che ad essa si sogliono normalmente riferire non possono trovare concreta attuazione.

Sub b), la riforma del 2012-2013, attraverso la parificazione dello stato giuridico dei figli (art. 315 c.c.), ha definitivamente consacrato la costruzione dello *status* come non più fondato sull'appartenenza ad un gruppo familiare, ma derivante dal riconoscimento di una o più relazioni intersoggettive, da cui discende la relativa legittimazione (c.d. individualismo dello *status*)⁴¹.

La richiamata costruzione giuridica, del resto, è diretta conseguenza dei mutamenti che percorrono la società in merito ai concetti di famiglia e genitorialità. Oggi, infatti, il diritto alla discendenza prescinde non solo dalla formazione di una famiglia, ma anche dall'instaurazione di legami con chicchessia, essendo il genitore tale a prescindere dai rapporti praticati, dal suo orientamento sessuale, dal fatto che (giuridicamente) esista un altro genitore di sesso diverso o dello stesso sesso.

³⁹ Ci permettiamo di rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 7 ss. La tutela differenziata a seconda della posizione giuridica del nato non è certo cosa nuova e affonda le proprie radici nella cultura giuridica europea sin dal diritto attico, ove la personalità si acquisiva successivamente alla nascita con la partecipazione alla vita sociale, che principiava essenzialmente con l'attribuzione del nome: cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 510 ss.

⁴⁰ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, spec. p. 171 ss.; sino ai recenti ID., *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 145 ss.; ID., *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012-2013, ID., *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 245 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, spec. p. 12 ss.

⁴¹ Sull'evoluzione del concetto di *status*, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 67 ss.

In altri termini, la nozione di relazione di coppia è profondamente mutata sia sul piano sociale che su quello giuridico. Il mutamento è avvenuto in almeno due direzioni fondamentali strettamente interrelate: 1) l'indebolimento della eterosessualità come fondamento di una relazione; 2) la non necessità di prole ai fini della serietà del vincolo coniugale, essendo il legame non più fondato sul progetto procreativo ma sull'affettività e non essendo più sentito il primo come il fine ultimo dello stare insieme⁴².

⁴² Cfr. A. PALAZZO, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015, *passim*; sugli aspetti di carattere sociologico, C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2016, spec. p. 60 ss., la quale sottolinea, tra l'altro, come nell'odierna realtà la mancanza di figli non toglie valore alla coppia.

Viceversa, nell'evoluzione della nostra cultura, l'esigenza di assicurare una discendenza è preminente, consentendo la perpetuazione della specie, quindi, della comunità familiare e, in prospettiva più ampia, della società civile. È quanto si ricava dall'analisi del pensiero su cui fondano le radici della civiltà giuridica che ci appartiene: da Aristotele (*Etica Nicomachea*, VIII, 14, 1162a, 15, trad. italiana con introduzione e note di C. Natali, III ed., Roma-Bari, 2003, p. 347), a proposito del concetto di "amicizia", considera la comunità familiare, fondata sulla naturale inclinazione del genere umano all'accoppiamento ai fini della perpetuazione della specie, come presupposto necessario per la nascita e lo sviluppo della città e, quindi, dello Stato. Ma tali concetti si rinvergono in generale in tutto il panorama dell'analisi dell'esistenza umana, da Platone (nelle opere della maturità) a Kelsen: entrambi, infatti, considerano la relazione omosessuale come "asociale", e il secondo, studiando le teorie di Freud, giunge ad affermare che detta relazione, se recepita in una norma positiva, finirebbe con l'impedire la sopravvivenza della società (v., sul punto, le importanti analisi di A. PALAZZO, *Omoaffettività e jus in Italia e in Europa*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2014, p. 45 ss., consultabile anche in *rivistadirittoeprocesso.eu*; Id., *Eros e Jus*, cit., p. 12 s.). Del resto, il matrimonio cristiano, «che non senza difficoltà comincia ad entrare nell'uso del Duecento», è visto come il tentativo di porre rimedio alla concupiscenza e la copula tra uomo e donna è accettata al fine della procreazione [così J. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, trad. italiana di F. Cataldi Villari, II ed., Roma-Bari, 2008, p. 27; preziosi spunti di riflessione si rinvergono negli studi di altri storici, soprattutto francesi, che si sono occupati della questione: G. DUBY, *I peccati delle donne nel Medioevo*, trad. italiana di G. Viano Marogna, V ed., Roma-Bari, 2008, p. 105 ss.; Id., *Medioevo maschio. Amore e matrimonio*, trad. italiana di M. Garin, Roma-Bari, 1988; v. anche G. DUBY, M. PERROT (a cura di), *Storia delle donne*, II, *Il Medioevo* a cura di C. Klapisch-Zuber, trad. italiana, VIII ed., Roma-Bari, 2009, ove, in particolare, i contributi di C. CASAGRANDE, *La donna custodita*, p. 98 ss.; P. L'HERMITE-LECLERCQ, *Le donne nell'ordine feudale*, p. 265 ss.; C. FRUGONI, *La donna nelle immagini, la donna immaginata*, p. 424 ss.]. In effetti, sino al secolo XI la Chiesa si era adeguata all'assunto secondo cui "*consensus fecit nuptias, non concubitus*", ma in seguito – con la riforma gregoriana [operata da Papa Gregorio VII (1073-1083)] e della conseguente netta distinzione della comunità in chierici e laici, ribadita e approfondita nel I Concilio Lateranense del 1123, nonché del recepimento del modello di matrimonio in uso presso i popoli germanici (longobardi *in primis*), pervaso dall'idea di sottomissione della donna, il cui consenso non aveva valore – si fa strada una diversa concezione, secondo la quale, oltre alla manifestazione del consenso, è necessaria la *copula carnalis* (cfr. ancora J. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, cit., p. 28 ss.). Il principio, del resto, è affermato esplicitamente da Graziano nella *quaestio* II della *Causa XXVII* del Decreto, che distingue tra *matrimonio iniziato* (che sorge col consenso) e *matrimonio rato* (che si stabilisce, invece, col successivo intervento della copula, portando così a completamento la fattispecie sul piano giuridico): v. M. CONCETTI, *La posizione di Graziano sul matrimonio*, in F. REALI (a cura di), *Graziano da Chiusi e la sua opera. Alle origini del diritto comune europeo*, (Edizioni Lui) Chiusi, 2009, p. 223 ss., spec. p. 226 ss. La costruzione sopra richiamata è stata integralmente recepita dall'ordinamento canonico nel *codex* del 1917, che collocava il fine della procreazione al centro del sistema matrimoniale (can. 2013); costruzione in parte superata dal nuovo *codex* del 1983, che pone sullo stesso piano il *bonum coniugum* e la *generatio atque educatio prolis* (can. 1055): v. ancora A. PALAZZO, *Eros e Jus*, cit., p. 29 ss. E un tale modello di matrimonio è alla base della cultura giuridica europea, come si ricava anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana [Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361, con note di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, e *ivi*, c. 1701, con nota di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi)*; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2010, p. 979; in *Fam. dir.*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Giur. it.*,

Da tutto ciò deriva l'irrelevanza dello stato giuridico del genitore e dei suoi orientamenti di vita privata e familiare sulla posizione del figlio, che è tale sulla base di una relazione intersoggettiva che prescinde dall'esistenza di altri rapporti, ormai non più causa legittimante, ma mera conseguenza dell'accertamento dello stato (art. 74 c.c.).

Sub c), il diritto alla genitorialità è un diritto della personalità che trova fondamento diretto e tutela costituzionale negli artt. 2 e 30 Cost.⁴³. In particolare, ai sensi del citato art. 30, 1° comma, che lo connota come «dovere e diritto dei genitori», esso può configurarsi sotto un duplice profilo: 1) il diritto dell'adulto, che, a sua volta, si esplica in due modi contrapposti, positivo e negativo: quello ad avere una prole (anche indipendentemente dalla trasmissione dei propri geni), così da realizzare completamente la propria personalità e appagare il desiderio di paternità o maternità; quello della madre alla non genitorialità (che spiega effetto anche nella sfera giuridica del padre), tramite l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza ai sensi della l. 22 maggio 1978, n. 194, o l'esercizio dell'anonimato; 2) il diritto del figlio, per il suo pieno sviluppo, ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o meglio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati.

E proprio nella prospettiva filiale è fortemente orientato l'impianto della nostra Carta fondamentale agli artt. 2 e 30, che possiedono contenuto precettivo laddove impongono ad entrambi gli autori della procreazione l'attuazione del diritto fondamentale del "nato" ad essere "figlio". Questo, infatti, ha interesse a crescere con i genitori – secondo quanto dispone il citato art. 30 – preferibilmente biologici, ovviamente in un ambiente sano, che consenta uno sviluppo pieno della sua personalità e inclinazioni,

2011, p. 537, con nota di P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179, con nota di F.R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso* e della Corte di giustizia dell'Unione [cfr., in particolare, Corte giust., 31 maggio 2001, C-122/99 e C-125/99, in *Racc.*, 2001, I-04319, nella quale si afferma che «l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di "funzionario coniugato" persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio», su cui A. PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in A. PALAZZO, A. PIERETTI (a cura di), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 73 s.].

L'elemento procreativo, quasi sempre unitamente all'intimità della coppia, appartiene alla normalità del matrimonio in svariate culture, anche differenti. Ma il primo prescinde dalla seconda ed è sempre rilevante anche ai fini della discendenza: in talune realtà africane la moglie avrà figli al di fuori del rapporto coniugale essendo il marito impegnato altrove per l'attività guerresca, si potrà sposare simbolicamente con un uomo che porti il nome del marito morto senza lasciare eredi, ovvero ha la possibilità di comprare una donna che abbia figli da attribuire al defunto marito; si ammette l'incesto, consentendo al cadetto del defunto di prenderne il posto, ma i nuovi nati saranno figli dello scomparso (c.d. levirato), o all'ultragenita di subentrare nel rapporto coniugale alla moglie prematuramente scomparsa (c.d. sororato). Su tali interessanti aspetti, R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, p. 254 ss.; v. anche C. SARACENO, *Coppie e famiglie*, cit., p. 71.

⁴³ V. sul punto, ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 15 ss. e 46 ss.

come, del resto enunciato anche nel Titolo I della l. adozione⁴⁴. Il limite alla bigenitorialità è dato dall'interesse preminente del figlio⁴⁵.

Ciò posto, attualmente l'accertamento della filiazione prescinde dalla rigida dicotomia – che per decenni ha costituito il fondamento del sistema – tra filiazione biologica, fondata sulla discendenza ingenerata, e filiazione adottiva, basata sull'affettività e sulla necessità per il minore di crescere in un ambiente familiare sano. Oggi, infatti, la verità biologica, sebbene sia il preminente, non è più il criterio esclusivo per l'accertamento diretto della filiazione⁴⁶, alla luce del mutato quadro normativo e dei fondamentali arresti del giudice delle leggi e di quello di legittimità.

Sotto il profilo delle fonti, da un lato, l'introduzione della l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita (artt. 8 e 9) ha dato ingresso alla possibilità di costituire in via diretta lo stato di figlio a prescindere dalla trasmissione di geni anche al di fuori delle ipotesi di adozione⁴⁷, e, dall'altro, la "scelta" nella costituzione dello stato di filiazione è attribuita al genitore soltanto in prima battuta (e soprattutto alla madre, attraverso l'esercizio del diritto all'anonimato o, se coniugata, attraverso la possibilità di dichiarare il figlio come matrimoniale o meno, impedendo in quest'ultimo caso il

⁴⁴ Cfr., di recente, Cass., 9 giugno 2017, n. 14436, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2291: la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva omesso di considerare la capacità di recupero genitoriale del padre biologico anche quando le condizioni abitative ed economiche di questo erano migliorate e si erano avviate verso una condizione di stabilità, orientandosi in ogni caso verso la dichiarazione di adottabilità.

⁴⁵ Ancora una volta è il diritto dell'Unione Europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il richiamato art. 24 C.d.f.U.E., al 3° comma, sancisce il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori e il reg. n. 2201/2003 si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto nella crisi dei rapporti familiari. L'importanza di garantire il diritto alla bigenitorialità del figlio si rinviene soprattutto in quei casi, sempre più frequenti, in cui uno solo dei genitori possiede la cittadinanza dell'Unione (o altro stato giuridico che ne consenta la permanenza all'interno dei confini). In proposito, la Corte di giustizia, in applicazione della c.d. "clausola Zambrano" [su cui, ampiamente, R. CIPPITANI, *Libre circulación de los miembros de la familia en la interpretación del Tribunal de Justicia*, in *Urbe et ius*, 14 (2015), p. 81 ss. (consultabile anche in *urbeetius.org*)], ha anche di recente ribadito l'esigenza per il minore di accedere ad un rapporto affettivo con entrambi i genitori, anche qualora l'esercizio della responsabilità genitoriale venga comunque assicurata dal genitore cittadino: Corte giust., G.S., 10 maggio 2017, C-133/15, in *Leggitalia.it*. Sull'applicazione di questi principi nell'ordinamento italiano, anche alla luce del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (conv. in l. 13 aprile 2017, n. 46) per la protezione internazionale e il diritto all'unità familiare dei cittadini stranieri, nonché del reg. UE n. 603/2013 (c.d. regolamento di Dublino), M. ACIERNO, *Le novità introdotte dal d.l. n. 13 del 2017 convertito nella l. n. 46 del 2017 nei giudizi riguardanti la protezione internazionale e il diritto all'unità familiare dei cittadini stranieri*, in *Giudice donna*, 1/2017, consultabile in *giudicedonna.it*.

⁴⁶ Come si è ricordato (*retro*, § 2), la dottrina più autorevole già da tempo ha posto l'attenzione sulla "scelta" come strumento tecnico di attribuzione della genitorialità: E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, cit., p. 487 ss.; Id., *Intento e procreazione*, cit., p. 577 ss.

⁴⁷ Come abbiamo avuto occasione di sottolineare (S. STEFANELLI, *Atto di nascita formato all'estero e genitorialità omosessuale*, in *Articolo29.it*), l'esplicito consenso è titolo della filiazione ex artt. 8 e 9, l. n. 40/2004 anche rispetto alle coppie omosessuali, nonostante a questi difetti, come osservava Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit., la potenzialità procreativa, e, dunque, non potrebbe discutersi, per costoro, di sterilità o infertilità. La prospettiva determinante non è, infatti, quella dei diritti della coppia, ma quelli del nato «nei confronti di chi si sia liberamente determinato ad accoglierlo» (Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3042; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 53, con nota di E. PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del nato da fecondazione eterologa*), diritti che non tollerano disparità di trattamento in ragioni delle condizioni e dell'orientamento sessuale dei genitori, in quanto presidiati, come ha insegnato la stessa Consulta, non solo dall'art. 29, ma anche dall'art. 2 Cost.

funzionamento del sistema di matrimonialità di cui agli artt. 231 e 232 c.c.), mentre è soltanto il figlio che, a tutela della sua affettività e della propria identità, rimane l'unico legittimato senza limiti di tempo all'accertamento della verità biologica⁴⁸. Qualora lo stato giuridico non corrisponda per qualsivoglia ragione a quello biologico, soltanto quest'ultimo (se minore di età, rappresentato nelle forme previste dalla legge) è arbitro del proprio destino, compiendo un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali tutelati dal sistema, quali quello alla verità biologica, ma anche l'altro a mantenere lo stato acquisito e, dunque, rapporti sociali e affettività consolidati. Le azioni di stato, siano esse volte all'accertamento diretto della filiazione o a quello indiretto, sono tutte imprescrittibili riguardo al figlio, che può decidere in qualsiasi momento di mutare il proprio stato giuridico verso l'adulto⁴⁹, o di acquisirlo se questo manca (accertamento diretto), ma anche legittimamente di conservarlo, obbligando il genitore biologico soltanto al mantenimento (accertamento indiretto, *ex art. 279 c.c.*)⁵⁰.

Sul piano ermeneutico, il ruolo della Consulta, divenuto vieppiù rilevante a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, ha condotto nell'ultimo lustro al riconoscimento di un diritto alla genitorialità a tutto tondo, sia nella prospettiva filiale che in quella genitoriale, fondato sulla tutela del benessere e dell'identità personale, espressione generale del diritto all'integrità psico-fisica dell'individuo, diritto che trova esplicitazione in talune precipue direzioni: *a)* conoscenza delle origini e ricerca della verità biologica; *b)* sviluppo della propria personalità, che nei confronti del genitore si risolve anche nella possibilità di avere una discendenza biologica o affettiva a prescindere dalla effettiva capacità di generare e dall'instaurazione di legami giuridici con chi, eventualmente, ha scelto di condividerne il progetto procreativo⁵¹.

Orientamento ribadito anche dal giudice di legittimità. Così, nell'adozione in casi particolari del figlio del partner *ex art. 44, lett. d)*, l'adozione nella coppia omoaffettiva (*c.d. stepchild adoption*) è il preminente interesse del minore alla costituzione dello stato nei confronti di un soggetto che lo accudisce e verso il quale si sono costituiti legami affettivi forti e duraturi ad aver guidato il giudice verso la corretta soluzione del caso⁵²; nell'ipotesi in cui due donne, condividendo il progetto genitoriale, abbiano

⁴⁸ Sull'interesse del figlio a mantenere lo stato acquisito indipendentemente dalla rispondenza alla verità biologica, oltre alla recente Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., v. per la giurisprudenza di legittimità spec. Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Giur. it.*, 2017, p. 5; in *Foro it.*, 2017, I, c. 119; su cui F. SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 851 ss.

⁴⁹ In questo caso lo stato inveridico verso il genitore affettivo dev'essere rimosso, salvo il reclamo nelle ipotesi di cui all'art. 239, 1° e 3° comma c.c., tramite le azioni di disconoscimento *ex art. 243 bis c.c.* o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c., a seconda che la nascita sia avvenuta o meno in matrimonio.

⁵⁰ V., ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 15 ss. e 397 ss.

⁵¹ V. ancora A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, cit., spec. p. 438 ss., ove si individuano due filoni di indagine: il primo riguarda l'accesso alla procreazione e la tutela della salute di gestante ed embrione, che ha portato ad incidere in modo sostanziale sulla l. n. 40/2004 attraverso l'eliminazione di numerosi divieti in essa contenuti, concernenti essenzialmente la diagnosi preimpianto e il diritto a divenire genitori anche in presenza di patologie o malformazioni che lo impediscono naturalmente; il secondo si riferisce propriamente alla costituzione del rapporto filiale e ai suoi effetti, e ha consentito il pieno sviluppo dell'identità della persona, che si esplica essenzialmente nella possibilità di ricerca della verità biologica, ma anche nella tutela del benessere psico-fisico dell'individuo, dell'affettività e della certezza dello stato acquisito.

⁵² Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2342; in *Giur. it.*, 2016, p. 2573, con nota di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità e rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di I. RIVERA, *La sentenza della*

fornito l'una il materiale genetico e l'altra l'utero portando a termine la gestazione, è proprio la trasmissione dei geni a consentire il riconoscimento della piena genitorialità della prima, con la costituzione dello *status* in aggiunta a quello già esistente in capo alla partoriente ed esclusione dell'inquadramento della fattispecie nella gestazione per altri sul presupposto del comune programma procreativo⁵³; nel caso di richiesta di rimozione dello stato inveridico è sempre l'accertamento del concreto interesse del minore (che va sempre e comunque valutato nelle azioni di stato) a dover condurre l'interprete verso una decisione che tenga conto di tutti gli interessi in giuoco, rigettando la domanda ablativa quando dal suo accoglimento possa derivarne un pregiudizio⁵⁴; principio consacrato, a chiusura del processo ermeneutico disegnato dalla Cassazione, dalla stessa Corte costituzionale nell'ultima sentenza relativa alla contestata maternità del nato da gestazione per altri, che chiaramente attribuisce al giudice, chiamato a decidere del singolo caso, la scelta dello strumento giuridico più idoneo a realizzare l'interesse del nato alla costituzione dello stato di figlio, con esclusione dell'applicazione automatica delle norme sull'adozione in casi particolari, che costituisce soltanto uno dei possibili strumenti, peraltro ad efficacia limitata⁵⁵.

In definitiva, attribuendosi rilevanza all'intersoggettività e alla volontà dei genitori e del figlio, con la nuova concezione viene meno la centralità del *favor veritatis* come insuperabile criterio di attribuzione della discendenza familiare, in modo da soddisfare in maniera il più possibile compiuta i suoi bisogni primari, che non è detto si realizzino sempre attraverso l'accertamento della discendenza biologica. In sostanza, la riforma ha aperto la strada all'applicazione da parte del giudice di più criteri di individuazione della genitorialità, che possono essere applicati secondo un minimo comune denominatore, rappresentato dall'interesse primario del nato. Quindi, e in ultima istanza, è proprio questo l'interesse avuto di mira dall'ordinamento, interesse che di volta in volta può essere attuato attraverso l'accertamento della verità biologica con effetti acquisitivi o privativi dello stato, o, di contro, mediante la tutela dell'affettività consolidata e/o dello stato attribuito, anche se da altri ordinamenti. Detto interesse, tutelato dal sistema e inerente ai diritti fondamentali dell'individuo, permea il principio di ordine

Corte di cassazione n. 21692/2016 e il superiore interesse del minore; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. ATTADEMO, *La "stepchild adoption" omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), L. n. 184/1983 e nella L. n. 218/1995*; in *Fam. dir.*, 2016, p. 1025, con nota di S. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*.

⁵³ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. Il provvedimento della S.C., come in precedenza ricordato (§ 2), supera definitivamente la tesi secondo cui è soltanto la partoriente la madre giuridica del nato, correttamente affermando che la riferibilità del parto (art. 269, 3° comma c.c.) costituisce soltanto uno dei mezzi di prova della maternità – che può essere data con ogni mezzo, al pari di quella della paternità (art. 269, 2° comma, c.c.) – e non un principio fondamentale dell'ordinamento; assunto ribadito in motivazione, più di recente, da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

⁵⁴ Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, cit.; quanto enunciato dalla sentenza rappresenta la sintesi della nostra concezione dell'accertamento dello stato di filiazione (seguendo A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. 251 ss.); questa la massima: la tutela dell'interesse concreto del minore è centrale anche nell'azione di disconoscimento della paternità ed in generale in quelle di stato, atteso che la ricerca della verità biologica (c.d. *favor veritatis*) non ha preminenza assoluta, in quanto, in un'ottica di bilanciamento, debbono garantirsi anche la certezza e la stabilità degli *status*, nonché i rapporti affettivi sviluppatasi all'interno della famiglia e l'identità così acquisita dal figlio, non necessariamente correlata al dato genetico, anche allorché l'azione sia stata proposta da un curatore speciale nominato dal p.m. Conf., Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1532.

⁵⁵ Come ha riconosciuto la stessa Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.: spec. § 4.3 della parte motiva.

Essays

pubblico costituzionale nella materia che ci occupa e rappresenta la guida che l'interprete deve seguire nella soluzione del caso concreto posto alla sua attenzione.



I paradigmi normativi dell'amministrazione psichiatrica. Servizi territoriali e strumenti per l'autodeterminazione terapeutica a quarant'anni dalla *Legge Basaglia*

Francesco Dalla Balla*

LEGAL PARADIGMS OF THE PSYCHIATRIC ADMINISTRATION

ABSTRACT: The paper tries to bring a systematic unity of the legal institutes ruling the therapeutic treatment for mental illness. With reference to the structure of public health services, the extension of contractual liability as prescribed by art. 1218 (Italian civil code), might allow to avoid that the lack of a positive law could lead to a lack of rights. The fact that the therapeutic treatment can be imposed to the patient just to ensure public safety is not in compliance with article 32 (of the Italian Constitution) and with the principle of solidarity. The case of the "tutor and administrator of incapable" deciding whether agreeing on the treatment or not must be subsumed under article 32 paragraph 2 of the Italian Constitution, Public administration's "weak identity" in the psychiatric environment affects the health professionals' liabilities.

KEYWORDS: involuntary psychiatric hospitalization; informed consent; public health service; legal guardian; law n. 833/1978

SOMMARIO: Premessa – 2. Processi di deistituzionalizzazione amministrativa: il ruolo dell'organizzazione territoriale tra riserva di legge e *know-how* sanitario – 3. Tutela della salute e libertà personale: una premessa – 4. Riserva di legge e ruolo dell'amministrazione: a che serve un t.s.o.? – 5. Alle origini del problema: negoziazione e consenso – 6. La fuga dal diritto amministrativo: il ruolo della rappresentanza civile alla luce dell'art. 32 Cost. – 7. Il soccorso urgente – 8. In conclusione.

1. Premessa

I muri, spesso scrostati e fatiscenti dei manicomi continuano ad influenzare con prepotenza l'assetto urbanistico di molti centri cittadini. L'«istituzione totale» che in essi operava – consentendo alla *città dei sani* di esorcizzare la *mainofobia* ancestrale latente in ogni società, nella quale «chi è sano (o si ritiene tale) odia e respinge [...] nel malato la propria patologia»¹ – è oggi smantellata.

La legge n. 180/1978 (poi assorbita dalla l. n. 833/1978), con cui il Parlamento sancì l'abolizione degli ospedali psichiatrici, fu onerata della pretesa ideologica di ostentare il sovvertimento dei presupposti politici e culturali che avevano consentito la nascita e la sopravvivenza dell'ordinamento manicomiale,

* Dottorando in Diritto, mercato e persona, Università Ca' Foscari di Venezia. Mail: francesco.dallaballa@unive.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ F. GIBERTI, R. ROSSI, *Manuale di psichiatria*, Padova, 2009, p. 4.

in primis il monopolio amministrativo nella gestione socio-sanitaria del paziente psichiatrico. A quarant'anni di distanza, tuttavia, è alquanto dubbio che l'articolato della riforma abbia ancora il potenziale sistematico per esaurire la disciplina di riferimento del settore, in quanto la debolezza strutturale del relativo impianto normativo ha favorito la ricerca di strumenti giuridici alternativi, cui ancorare la legittimazione dell'intervento sanitario. Di qui l'esigenza di una ricomposizione sistematica degli istituti che, a vario titolo, concorrono al bilanciamento tra libertà, salute, sicurezza e coercizione, legittimando la terapia del paziente psichiatrico.

Si esordirà quindi valutando lo stato di salute delle architravi che sorreggono l'impianto della riforma del 1978, considerando se il ruolo acquisito dal consenso e la scelta di organizzare il servizio su base territoriale impongano di abbandonare il malato dissenziente per il quale non sussistano gli estremi emergenziali prescritti per il trattamento coercitivo.

2. Processi di deistituzionalizzazione amministrativa: il ruolo dell'organizzazione territoriale tra riserva di legge e know-how sanitario

Il paradigma detentivo ha storicamente rappresentato il canone di reazione alla scarsa fiducia nella capacità diagnostica, predittiva e contenitiva dei freniatri². Benché originariamente privo di una base giuridica idonea ad assicurare il rispetto del principio di legalità³, nell'ordinamento manicomiale ogni

² L'estensione dell'ordinamento giuridico piemontese, conseguente all'unificazione, aveva posto fine a quei tentativi d'avanguardia e sperimentazione, che pur avevano contraddistinto alcune esperienze preunitarie come, ad esempio, il Granducato di Toscana. Il Granducato si era dotato di una normativa in materia di salute mentale sin dal 1774, deputando (tra i primi in Europa, in un'epoca in cui la follia era ancora patrimonio delle carceri e delle opere pie) lo «Spedale di Santa Dorotea» alla cura dei «Maniaci di Stato», che vi potevano essere ricoverati a spese dello Stato, per ordine dell'autorità, ma solo a seguito della visita compiuta dai «pubblici Professori», chiamati a verificare caso per caso «se realmente sia in grado di dover essere rinchiuso» (documento CXXXV, tratto dalla raccolta «Bandi e ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana», Firenze, 1795, ottenuto per g.c. della biblioteca della Camera di Commercio di Livorno). Con la «Riforma dei Tribunali Civili e Criminali per l'amministrazione della retta giustizia nel Granducato di Toscana» (spesso definita «*Motuproprio*») del 3 agosto 1838 fu imposta dal granduca Leopoldo II l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. In particolare il capo CXII, del «Capitolo II», dedicato ai «Tribunali di Prima Istanza», stabiliva che «anche la semplice reclusione di una persona per causa di demenza negli Spedali» non avrebbe potuto «aver luogo che in forza di un decreto che l'autorizzi del Tribunale di Prima Istanza del domicilio della persona stessa dopo una sommara verifica in Camera di Consiglio» sul «fatto della demenza, e sulla istanza che ne sia stata fatta da alcuno di quelli che ne hanno diritto per la interdizione, o dal Regio Procuratore». Ai sensi del successivo paragrafo CXIII, inoltre, all'autorità di polizia era attribuito il potere di «sequestrare» in via cautelare la «persona affetta da demenza», ma solo a condizione che non risultasse parimenti efficace la «custodia domestica» e che entro 24 ore «le carte e notizie giustificative» fossero prodotte al Regio Procuratore per la convalida del Tribunale di Prima Istanza. Analogamente la dimissione «del recluso dall'Ospizio o Spedale in cui si trovi, attesa la salute del medesimo riacquistata» doveva essere richiesta «dall'Amministrazione dello Spedale, o Ospizio, o dalle persone che abbiano diritto d'interessarsene» allo stesso «Tribunale di Prima Istanza, sentito il Procuratore Regio» («Riforma dei Tribunali Civili e Criminali per l'amministrazione della retta giustizia nel Granducato di Toscana» del 3 agosto 1838, riportata nella raccolta «Leggi del Granducato di Toscana», Stamperia Granducale, 1838, vol. 25, p. 63).

³ Agli albori del regno d'Italia i manicomi operativi sul territorio nazionale esercitavano forti poteri coercitivi, benché lo Stato sabauda non si fosse mai dotato di una specifica legislazione di settore. Le fonti dell'epoca ritraggono una realtà amministrativa medioevale, nella quale un coacervo di provvedimenti locali, in spregio di qualunque esigenza di legalità e, più in generale, ai principi minimi dello Stato di diritto in materia di uso legittimo

considerazione in ordine alla legittimazione del trattamento sanitario era assorbita dalla pervasiva disciplina organizzativa dell'intervento pubblico. A seguito della travagliata⁴ approvazione della l. n. 36/1904 e del successivo regolamento di attuazione di cui al r.d. n. 615/1909, lo statuto dell'*amministrazione psichiatrica* svolse un'efficacia assorbente rispetto alla condizione giuridica del malato mentale: in forza dell'azione contenitiva dei manicomi non potevano esprimersi le pulsioni delinquenziali, venivano risolte con vitto e alloggio le problematiche sull'autonomia economica e l'esclusione dal circuito produttivo, veniva annullata la capacità contrattuale e di gestione patrimoniale (cfr. art. 420 c.c. nella formulazione previgente alla l. n. 180/1978), scompariva il problema della partecipazione del folle alla vita politica (cfr. art. 2, comma 1, sub 1, della l. n. 1058/1947 successivamente ripreso dal d.P.R. n. 223/1967⁵). La premessa ideologica per cui «ogni pazzo» doveva essere considerato «un pazzo criminale in potenza»⁶ giustificava le metodiche repressive del manicomio che, non dissimilmente dal campo, perseguiva «il mandato istituzionale di custodire corpi indesiderati, corpi oggetto», decaduti dall'essere centro di imputazioni giuridiche e morali⁷.

L'impostazione della relazione di cura in termini di posizione di controllo impediva di isolare un interesse autonomo dell'utente nella relazione con l'amministrazione, in quanto «il secondo polo del rapporto [il folle] non esiste, se non come oggetto da inglobare e incorporare nel sistema generale»⁸. L'ampia discrezionalità esercitabile dall'amministrazione per la reclusione del paziente psichiatrico, in applicazione delle clausole generali di cui all'art. 1 della l. n. 36/1904, integrate dall'art. 39 del r.d. n. 615/1909, veniva finalisticamente indirizzata dalla norma mediante la fluida concatenazione di posizioni di garanzia nella profilassi preventiva della società⁹: la legge non escludeva l'eventualità di un progresso clinico tale da consentire la dimissione del paziente, ma connotava quest'ipotesi con

della forza, andavano a decretare i presupposti, le modalità e le procedure per la reclusione, anche vitalizia, del malato: le prescrizioni recate dai regolamenti prefettizi di pubblica sicurezza, ai sensi della l.n. 2248/1865, si intersecavano con gli atti emanati dalle Deputazioni provinciali e gli statuti o regolamenti interni degli stessi manicomi. In questo modo «ogni regione, ogni provincia» e, in taluni casi, finanche ogni singola struttura, «seguiva le regole proprie, spesso tutt'altro che fisse e razionali» (A. GILARDONI, voce *Manicomi*, in *Dig. it.*, Torino, 1927, vol. XV, p. 586). Dove non c'era un manicomio, si supplica con il ricorso al sistema carcerario (L. BONACOSSA, *Osservazioni sulla proposizione di legge del medico collegiato Bernardino Bertini riguardante la custodia e la cura dei mentecatti e considerazioni sullo stato attuale de' pazzi in Piemonte*, Torino, 1849, p. 15; R. CANOSA, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità a oggi*, Milano, 1979, p. 22).

⁴ Sulle vicissitudini che precedettero l'approvazione della l. n. 36/1904 cfr. A. GILARDONI, voce *Manicomi*, cit., p. 607 e ss., Camera dei Deputati, 10 maggio 1890, resoconto stenografico p. 2744 e ss. (in particolare interventi degli on. Imbriani Poerio, Nicotera e del Ministro dell'Interno Crispi); R. CANOSA, *op. cit.*, p. 120 e ss.; A. SCARTABELLATI, *L'umanità inutile*, Milano, 2001, p. 111.

⁵ Cfr. F. DALLA BALLA, *Come vota il civilmente incapace?*, in *Forum di Quaderni costituzionali-Rassegna*, 9, 2014, p. 1 (1/2/2019); *Id.*, *Interdizione giudiziale e diritto di voto: cronaca di una questione irrisolta*, in T. PASQUINO (a cura di), *Antologia di casi giurisprudenziale*, Torino, 2015, p. 18.

⁶ A. SCARTABELLATI, *op. cit.*, p. 116.

⁷ P. CIPRIANO, *Il manicomio chimico*, Milano, 2015, p. 202.

⁸ F. BASAGLIA, *Postfazione*, in E. GOFFMAN, *Asylum. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1974.

⁹ La responsabilità omissiva impropria assolveva ad un ruolo residuale, considerato che erano espressamente codificati i reati di omessa custodia in manicomio d'infermi di mente (art. 714 c.p.), omessa custodia privata (art. 715 c.p.), omessa denuncia della fuga d'infermi di mente dal luogo di cura (art. 716 c.p.), omessa denuncia di malattie di mente o di gravi infermità psichiche pericolose (art. 717 c.p. e art. 153 t.u.l.p.s.).

specifiche cautele procedurali e sostanziali. Solo il direttore era autorizzato a rilevare l'avvenuta «guarigione» del malato e deciderne il «licenziamento» provvisorio, assumendo ogni responsabilità per i fatti eventualmente conseguenti all'errata prognosi (art. 3, comma 3° della l. n. 36/1904 e art. 64, comma 1°, del r.d. n. 615/1909). Il medico doveva contestualmente redigere una relazione dettagliata sullo stato di salute «del licenziato che egli ritiene guarito» (art. 64, comma 2°, del r.d. n. 615/1909) da trasmettere immediatamente al Procuratore del Re, affinché fosse presentata istanza al Presidente del Tribunale per l'emissione del decreto di rimessione in libertà (art. 3, comma 4°, della l. n. 36/1904).

Dapprima, timidamente, con la l.n. 431/1968¹⁰, poi in maniera più decisa, con le ll.nn. 180/1978 e 833/1978, il legislatore ha riscoperto la necessità di de-reificare il malato psichiatrico, facoltizzando una sua partecipazione volontaria nella costruzione del rapporto terapeutico¹¹. L'abrogazione di un dettato normativo solido e pervasivo, com'era quello derivante dal combinato disposto della l. n. 36/1904 e del regio decreto n. 615/1909, tuttavia, ha ceduto il passo ad una legislazione scarna, che si è limitata ad occupare uno spazio angusto nella complessità dei problemi posti dall'analisi della patologia psichiatrica¹². Ad eccezione di alcune enunciazioni di principio («gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono di norma volontari») e dei pochissimi accenni all'organizzazione, infatti, la disciplina della l. n. 180/1978 concerneva prevalentemente le modalità d'accesso coatto ai servizi sanitari, alle quali erano direttamente dedicati sette degli undici articoli complessivi, modello in seguito confermato dagli artt. 33 e ss. della l. n. 833/1978 con piccole limature.

Nella *ratio* originaria delle ll.nn. 180/1978 l'inversione di tendenza implicava la rinuncia ad un diritto amministrativo speciale dell'assistenza psichiatrica, la cui disciplina organizzativa doveva essere unificata alle altre branche della medicina¹³, confluendo nell'alveo della pianificazione sanitaria nazionale¹⁴

¹⁰ Pur non stravolgendo il volto totalitario dell'istituzione manicomiale (A.M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla l. n. 36 del 1904 alla l. n. 833 del 1978*, in *Riv. It. Med. Leg.*, Milano, 1, 1981, p. 119), la previsione del ricovero volontario del paziente, ad opera della l. n. 431/1968 (art. 4), rompe una serie di dogmi culturali, come l'equiparazione *tout-court* tra la malattia psichiatrica e la pericolosità, l'inconciliabilità di malattia e coscienza, il divieto di interruzione volontaria del trattamento (G. PIFFERI, *L'istituto dell'ammissione volontaria nella legislazione psichiatrica*, in *N. Rass. Idg.*, n. 11-12/1972, p. 869). In questa prospettiva il paziente non è più *corpo da rinchiudere*, ma il titolare di un diritto ad ottenere dall'amministrazione prestazioni di assistenza e cura. Con l'istituzione dei centri territoriali di igiene mentale (art. 3), cadeva il postulato dell'ineluttabilità della segregazione, a favore dell'importanza del territorio «come fattore sia di interpretazione sia di intervento in tema di igiene mentale: si riconobbe che in moltissime affezioni il disadattamento personale aveva radici in un errato inserimento familiare e sociale del soggetto, oltre che in una negativa disposizione del gruppo verso il singolo» (A. M. VECCHIETTI, *op. cit.*, p. 119). Sennonché, la riforma patì l'inevitabile scotto dell'innesto in un contesto consolidato, nel quale l'impronta totalitaria dell'istituzione manicomiale e la formazione culturale degli operatori sostanzialmente ne vanificò l'impatto pragmatico (R. CANOSA, *op. cit.*, p. 170; L.R. MOSHER, L. BURTI, *Psichiatria territoriale*, Torino, 2002, p. 189).

¹¹ R. MASONI, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2016, p. 405.

¹² In riferimento alla partecipazione dell'incapace alla vita politica, a seguito dell'intervento abrogativo dell'art. 11 della l. n. 180/1978 cfr. F. DALLA BALLA, *Come vota il civilmente incapace?*, cit., p. 4.

¹³ L.R. FENUCCI, *La normativa psichiatrica in Italia*, in G. GIUSTI (a cura di), *Trattato di medicina legale*, Padova, 2009, vol. I, p. 259.

¹⁴ L'art. 7 della *legge Basaglia* sanciva la competenza in capo alle Regioni sia per quanto riguarda «le funzioni amministrative concernenti l'assistenza psichiatrica in condizioni di degenza ospedaliera», sia in riferimento alla programmazione ed organizzazione «dei presidi e dei servizi psichiatrici e di igiene mentale» extraospedalieri. Ai sensi della successiva legge di istituzione del Servizio sanitario nazionale queste operazioni sarebbero dovute avvenire mediante la programmazione a cascata che riservava allo Stato il compito di definire «le linee generali

e garantendo l'integrazione dei servizi secondo attraverso il modello dipartimentale (art. 6, comma 4, della l. n. 180/1978). L'incapacità delle amministrazioni regionali di adeguarsi al nuovo corso dell'assistenza psichiatrica¹⁵, esemplificata dalla prassi delle porte girevoli¹⁶, indusse lo Stato a tornare sui propri passi, codificando una disciplina organizzativa comune attraverso i c.d. «progetti obiettivo»¹⁷. Solo in questo modo, l'elemento organizzativo, contestualizzato nell'ambito della programmazione sanitaria nazionale¹⁸, veniva ad assumere una dimensione compiutamente prestazionale, suscettibile di susunzione nei livelli essenziali di assistenza¹⁹ e quindi giuridicamente pretensibile dall'utente.

Naturalmente, l'adeguamento delle amministrazioni all'assetto descritto dagli ormai datati *Progetti-obiettivo* non esaurisce (o non dovrebbe esaurire) la complessità sistematica del rapporto tra articolazione organizzativa del servizio, obblighi dell'amministrazione e responsabilità.

Spostare l'asse dell'intervento dal ricovero ai servizi territoriali²⁰ ha imposto la necessità di rifondare l'apparato di riferimento, in modo da garantire la rispondenza ai principi statuiti dalla riforma. Innanzitutto, la rottura del nesso tra amministrazione sanitaria, funzioni di polizia e custodia ha sortito la

di indirizzo e le modalità di svolgimento delle attività istituzionali del Servizio sanitario nazionale [...] in conformità agli obiettivi della programmazione socioeconomica nazionale» (art. 53 della l. n. 833/1978), approvando con legge il piano sanitario nazionale, ai cui contenuti avrebbero dovuto dar seguito i piani sanitari regionali.

¹⁵ L. CANOVA, *Considerazioni sul percorso legislativo dell'assistenza psichiatrica (dalla legge 180 al Progetto-obiettivo)*, in P. L. SCAPICCHIO, M. TRABUCCHI (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, Bologna, 1999, pag. 86. L'analisi non intende negare l'importanza rivoluzionaria della riforma psichiatrica o non attribuire il giusto riconoscimento ai faticosi camminamenti, intrapresi da medici, pazienti e famiglie per la costruzione dal basso di un nuovo modello di assistenza. Sono infatti note le sperimentazioni antimanicomiali di Gorizia, Arezzo, Colorno Perugia, alcune delle quali nate ben prima della legge n. 180/1978 (P. CIPRIANO, *Basaglia e le metamorfosi della psichiatria*, pag. 65; P.L. SCAPICCHIO, *Struttura e funzioni del dipartimento di salute mentale: l'integrazione dei servizi territoriali psichiatrici nella sanità riformata per una politica della salute mentale in Italia*, in P. L. SCAPICCHIO, M. TRABUCCHI (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, Bologna, 1999, pag. 12), tuttavia si condivide la posizione secondo cui l'assenza di una disciplina organizzativa dell'assistenza psichiatrica e le «larghe maglie» della legge n. 180/1978 non consentirono l'effettiva e generalizzata declinazione della «nuova filosofia» nella quotidianità dei servizi (L. CANOVA, *op. cit.*, pag. 90). Il dato venne d'altronde sottolineato dagli stessi estensori del d.P.R. 7 aprile 1994, «Progetto obiettivo Tutela della salute mentale 1994-1996», descrivendo il generale ritardo nella predisposizione dei servizi territoriali e lo stato di abbandono dei pazienti, nell'ambito del quale l'organizzazione amministrativa rimaneva la grande incompiuta del processo di deistituzionalizzazione.

¹⁶ Con il decreto l. n. 168/1981, il legislatore, riconoscendo le difficoltà incontrate nella transizione verso un modello di assistenza territoriale introdusse alcune misure emergenziali destinate a pompare nuova linfa e legittimazione nelle decadenti vestigia dei manicomi: a) fu prorogato il termine perentorio previsto dall'art. 64, comma 1, per la liberazione di tutti i pazienti reclusi nei manicomi (art. 3); b) fu consentita la riammissione di coloro che fossero stati nel frattempo dimessi (c.d. porte girevoli), su richiesta dei servizi psichiatrici territoriali o dell'articolazione organizzativa a tal fine preposta dalla u.s.l. (art. 4).

¹⁷ *Progetto obiettivo Tutela della Salute Mentale 1994-1996*, Consiglio dei Ministri, deliberazione del 30 marzo 1994, emanata con d.P.R. del 7 aprile 1994, in G.U. del 22 aprile 1994, n. 93; *Progetto obiettivo Tutela della salute mentale 1998-2000*, d.P.R. 1° novembre 1999, in attuazione a d.P.R. 23 luglio 1998, *Approvazione del Piano sanitario nazionale per il triennio 1998-2000*, in G.U. Serie Generale n. 288 del 10 dicembre 1998–Suppl. Ordinario n. 201.

¹⁸ Cfr. art. 1, comma 11, lett. e) del d. lgs. n. 502/1992; D.P.R. 1° marzo 1994, *Piano Sanitario Nazionale 1994-1996*, in G.U. 23 luglio 1994, n. 171, punto 5).

¹⁹ D.P.R. 1° marzo 1994, *Piano sanitario nazionale 1994-1996*, in G.U. 23 luglio 1994, n. 171, punto 5.

²⁰ S. Rossi, *La salute mentale tra frammentazione e ricomposizione dell'identità dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2, 2015, p. 467.

marginalizzazione dell'attività autoritativa e l'attenuazione dell'enfasi legislativa nella demarcazione delle competenze e nella perimetrazione delle responsabilità. La ridefinizione dell'attività medico-psichiatrica in termini di erogazione all'utente di un servizio specialistico, anziché di controllo di una fonte di pericolo, ha attenuato la necessità di una tipicità legale stringente nella definizione dei soggetti e dei contenuti dell'intervento sanitario.

La gestione extraospedaliera del paziente implica tuttavia uno sforzo organizzativo di non poco conto, nel quale le esigenze di flessibilità ed il ruolo della tecnica ostano ad una analitica predeterminazione normativa. L'allocatione delle prestazioni sanitarie in un contesto prevalentemente diverso dal ricovero, infatti, non significa depotenziare la pervasività dell'intervento psichiatrico, rinunciando ad interfacciarsi con la globalità delle esigenze emergenti nella multidimensionalità esistenziale del paziente.

L'intervento territoriale non si risolve nella prescrizione farmacologica: la presa in carico impone al servizio di non abbandonare il paziente, programmando un piano di cura relativizzato alle fragilità proprie della patologia psichica, nella quale la sofferenza e la richiesta d'aiuto non emergono con la stessa immediatezza che caratterizza i sintomi fisici. L'intervento psichiatrico territoriale richiede l'adozione di protocolli adeguati per monitorare il decorso della patologia e prevenire lo stato di scompenso, l'integrazione dell'atto terapeutico con misure di protezione sociale e familiare funzionali a salvaguardarne la sfera esistenziale, l'approntamento di strumenti propedeutici alla costruzione del rapporto fiduciario e all'acquisizione del consenso etc... Si tratta di prestazioni che, pur aventi un contenuto prevalentemente organizzativo, rientrano a pieno titolo nel contratto terapeutico e vanno ricondotte agli obblighi discendenti dalla presa in carico, non potendo essere sottratte alla libera disponibilità dell'*équipe* curante. L'organizzazione dell'intervento territoriale è quindi insuscettibile di predeterminazione giuridica che irrigidisca l'applicazione delle *leges artis* e interferisca con la sacralità del rapporto medico-paziente.

La letteratura medica ha d'altronde rivendicato l'importanza dell'«elemento organizzativo» quale momento di diretta «realizzazione della pratica della medicina», confidando che «il management e [...] i professionisti» che operano nei servizi sanitari divengano essi stessi gli «attori del processo di progettazione organizzativa»²¹. Qualificare l'organizzazione del servizio in termini di declinazione casistica del sapere medico implica una parziale assimilazione alle prestazioni sanitarie in senso proprio, sottratte alla tipizzazione legislativa statica. Con la riconduzione dell'elemento organizzativo al piano prestazionale, da un modello improntato all'«*agire legale*» si passa all'«*agire efficace*»²². Analogamente a quanto accade per la prescrizione farmacologica, chi, quando e come debba occuparsi delle attività preventive, è questione che afferisce alla competenza degli operatori, cosicché l'elemento organizzativo smette di essere il presupposto dell'attività istituzionale dell'ente e ne diviene uno dei prodotti. Affidando ai servizi psichiatrici territoriali le «funzioni preventive [...] relative alla salute mentale», l'art. 34 della l. n. 833/1978 ha scaricato sulle articolazioni extraospedaliere un onere organizzativo gravoso. Tuttavia, l'assenza di *standard* assistenziali giuridicamente predeterminati ed azionabili ha sortito, nei

²¹ A. CICHETTI, I. PICONI, *Gli assetti organizzativi per l'assistenza sanitaria: modelli soluzioni e forme istituzionali nel Ssn*, in A. CICHETTI (a cura di), *I dipartimenti ospedalieri nel servizio sanitario nazionale*, Milano, 2013, p. 39.

²² L. ZAPPALÀ, *La responsabilità dirigenziale dei sanitari*, in S. ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, tomo I, p. 582.

fatti, una deresponsabilizzazione dell'amministrazione sanitaria, in quanto a) non consente al paziente (o al suo rappresentante) di qualificare in termini prestazionali e giuridicamente vincolanti la pretesa di essere monitorato periodicamente e stabilmente nell'*excursus* patologico; b) non offre ai consociati una base tipica per la responsabilizzazione di un garante, cui imputare i fatti lesivi eziologicamente connessi allo scompensamento patologico del malato preso in carico e non adeguatamente seguito in sede territoriale.

Incrociando le risultanze sistematiche, sarebbe questo lo scotto da pagare per l'arretramento del formante legale nella pianificazione organizzativa dell'intervento sanitario: perseguire un modello elastico, decentrato e recettivo delle pratiche di *clinical governance* elaborate dalla ricerca di settore implicherebbe la parziale riconduzione delle scelte organizzative alle valutazioni specialistiche dell'*equipe* curante, riducendo gli standard prestazionali azionabili dall'utente.

Nel trattamento psichiatrico extraospedaliero, esiste un'inevitabile «connessione tra il diritto alla salute e l'organizzazione del servizio sanitario che, per così dire, *simul stabunt simul cadent*»²³, delineando il diritto dell'utente in termini assai più incisivi rispetto all'esistenza di un interesse legittimo, benché ancora poco valorizzati in sede giurisprudenziale²⁴. In questo contesto, la tendenza imperante considera il rilievo eziologico della mancata predisposizione di misure organizzative esclusivamente in riferimento ai fatti avvenuti presso le strutture di ricovero. Ed infatti l'obbligo prestazionale di predisporre «misure sanitarie extraospedaliere» – previsto dall'art. 34, comma 4, della l. n. 833/1978 per le finalità preventive e curative di cui al relativo comma primo – non può essere riduttivamente assolto con la mera attivazione di plessi ambulatoriali fisicamente separati dalle strutture di degenza. Ne deriva l'opportunità di un'estensione casistica dei confini dell'art. 1218 c.c., con un vaglio rigoroso dell'obbligo contrattuale di garantire «un'adeguata ed efficiente attività di organizzazione»²⁵. In questo senso, si condivide l'esigenza, autorevolmente rammentata in dottrina, che la stessa giurisprudenza – specie nel giudizio di responsabilità – si faccia garante della «stretta, inestricabile, osmotica interrelazione tra le situazioni fondamentali dell'individuo [...] e la stessa organizzazione del servizio pubblico»²⁶.

Al contrario, la tendenza giurisprudenziale dominante ammette la responsabilizzazione del servizio per le carenze organizzative unicamente per i fatti avvenuti in costanza del ricovero²⁷. Sono così rimasti isolati gli sporadici tentativi di tutelare la posizione dell'utente, contemperando la maggiore discrezionalità pianificatoria riconosciuta agli operatori, mediante l'irrobustimento del nesso tra efficacia organizzativa e responsabilità²⁸. Secondo la giurisprudenza tradizionale, infatti, ove non sussistano le

²³ M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, istituti di tutela ed organizzazione del servizio sanitario*, in *FEDERALISMI.IT – Osservatorio di diritto sanitario*, p. 17 (1/2/2019).

²⁴ B. DE RISIO, *La responsabilità dello psichiatra*, in F. PECCENINI (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007, p. 264.

²⁵ R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno e responsabilità*, Milano, 1, 2005, p. 35; A. CUCCIA, *La responsabilità dell'azienda sanitaria da deficit organizzativo*, in S. ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, tomo II, p. 1140.

²⁶ M. NOCCELLI, *op. cit.*, p. 17.

²⁷ G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, p. 78.

²⁸ In dottrina, O. GRECO, R. CATANESI, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Padova, 1990, p. 52; M. BARALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. pen.*, 12,

condizioni attuali per un t.s.o., al servizio psichiatrico non può essere imputato l'abbandono del malato dissenziente²⁹. Ciò ha depotenziato l'incentivo giuridico offerto dalla responsabilizzazione per le carenze organizzative nella rete territoriale, consentendo la derubricazione tra le priorità di investimento e concorrendo a perpetuare «il vuoto istituzionale nella cura e vigilanza degli infermi»³⁰ in ambito territoriale.

In sintesi, la configurazione territoriale dei servizi psichiatrici ha ampliato considerevolmente i margini di discrezionalità dell'amministrazione sanitaria nella definizione delle modalità operative della presa in carico e della risposta al bisogno. Tuttavia, occorre che a questa libertà delle forme – che investe anche e soprattutto l'elemento organizzativo – consegua un irrobustimento dei binari di responsabilità per le carenze organizzative nella rete extraospedaliera, onde evitare che il *self-restraint* del diritto riduca i margini di giustiziabilità della qualità delle prestazioni rese, pregiudicando la posizione dell'utente.

3. Tutela della salute e libertà personale: una premessa

È evidente la potenziale interferenza del trattamento obbligatorio, suscettibile di esecuzione coercitiva, con il bene giuridico salvaguardato dall'art. 13 Cost.: a differenza dei provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza, il prelevamento del paziente e la sua reclusione rappresentano unicamente le precondizioni strutturali per la somministrazione coattiva della terapia rifiutata, l'imposizione dei relativi effetti collaterali, l'approntamento degli strumenti più idonei a neutralizzare le resistenze del malato, con una compressione plurioffensiva di diritti fondamentali del degente, quali l'autodeterminazione terapeutica, la libertà fisica, morale e spirituale, la privacy.

L'impiego dei criteri che legittimano la limitazione della libertà personale ai fini del bilanciamento per la previsione di trattamenti coercitivi è recepito nella giurisprudenza della Corte EDU³¹, mentre è stata a lungo dibattuta nella letteratura giuridica nazionale. Ai sensi dell'art. 13 Cost., le limitazioni alla libertà personale sono consentite esclusivamente previa soddisfazione della riserva assoluta di legge, su autorizzazione dell'autorità giudiziaria, che a sua volta implica il diritto alla difesa «in ogni stato e grado del procedimento» (art. 24, commi 2 e 3), l'obbligo di motivazione, il ricorso straordinario per Cassazione ex art. 111, comma 7°, Cost. e l'accesso a meccanismi di riparazione degli errori giudiziari. L'analisi sulla rilevanza e l'impatto del principio di libertà personale in materia di trattamenti sanitari annoverano una bibliografia sconfinata ed una pluralità di ricostruzioni dottrinali che attraversano tutte le possibili sfumature del concetto in esame³². La tendenza ormai stabilizzata distingue l'applicabilità dell'art. 13 in relazione al fatto che si tratti di trattamenti sanitari meramente obbligatori ovvero

2008, p. 4647; E. Pozzi, *Il fatto e le sue conseguenze: posizione di garanzia e legge 180*, in *Psichiatria di Comunità*, 7, 2008, p. 219; in giurisprudenza Trib. Trieste, sent. 23 novembre 1990, in *N.G.C.C.*, 1993, p. 986.

²⁹ Cass. civ. sent. 13 giugno 2008, n. 16803, in *Danno e responsabilità*, 9-9, 2008, p. 923.

³⁰ S. ROSSI, *La responsabilità dello psichiatra*, in N. TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità medica*, Torino, 2016, p. 689.

³¹ Corte EDU, sent. 5 ottobre 2010, caso H.L. v.s. U.K.

³² A. PACE, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Encl. dir.*, Milano, 1974, vol. XXIV, p. 287.

suscettibili di esecuzione coercitiva³³. L'assunto è avvalorato dall'indagine diacronica della giurisprudenza costituzionale che, sebbene mai chiamata a raffrontare il disposto della l. n. 833/1978 con il principio di libertà personale, ha lasciato intendere che la natura sanitaria – quindi aprioristicamente benefica – del provvedimento coercitivo, non lo sottrae dall'obbligo di rispettare le garanzie sostanziali e procedurali prescritte in tema di *habeas corpus*³⁴. Su posizioni analoghe si è arrestato anche l'orientamento della Corte di Cassazione³⁵.

È quindi pacificamente superata l'autorevole ipotesi – per quanto non coerente con le risultanze del dibattito in Assemblea costituente³⁶ – che riteneva i trattamenti coercitivi sottratti all'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., in quanto implicanti un provvedimento a contenuto necessariamente benefico, privo di finalità afflittiva e stigmatizzante³⁷.

Benché, ad esempio in materia di t.s.o. extraospedaliero e diritto alla difesa tecnica del beneficiario, la l. n. 833/1978 presenti ancora rilevanti lacune, l'interpretazione consolidata non consente di ricondurre alla discrezionalità legislativa l'applicazione delle tutele del giusto processo e della nomofilachia per l'uniformazione dei presupposti provvedimentali. D'altra parte, escludere l'applicabilità dell'art. 13 in ragione della finalità terapeutica significherebbe attribuire alla *Legge Basaglia* un effetto perverso: concepita per ricondurre la cura della salute mentale dal piano dell'ordine pubblico ad una dimensione esclusivamente sanitaria, la riforma avrebbe così depotenziato l'apparato di tutele preposto alla

³³ P. CAPOTI, *Misure di prevenzione e trattamenti sanitari*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Trattato di bio-diritto- Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 1259; L. SILVESTRI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, Roma, n. n. 2/2006, p. 214; C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, Università degli Studi di Trento, 1995, p. 214; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 609; E. CAVASINO, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. VI, p. 5962; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione*, in *Diritto e società*, 4, 1979, Padova, p. 889; L. MEZZETTI, A. ZAMA, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 1999, vol. XV, p. 336; A.A. NEGRO, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, Genova, 2016, p. 54; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, p. 61 e 95; M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999, p. 339; G.L. FONTANA, *Art. 35*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1, 1979, p. 1265; M. LUCIANI, voce *Salute*, in *Encl. giur.*, 1991, vol. XXVII, p. 10; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1969, vol. II, p. 961; A. CLARIZIA, voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, in M. S. GIANNINI, G. DE CESARE (a cura di), *Dizionario di diritto sanitario*, Milano, 1984, p. 571; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 326; G. SCACCIA, *Articolo 32*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna, 2018, p. 218.

³⁴ Corte cost. sentt. n. 74/1968, 29/1973, 223/1976, 471/1990.

³⁵ Cass. civ. sent. 10 aprile 2008, n. 17718, in *Dejure* (1/2/2019).

³⁶ Anche in sede costituente si pose il problema della superfluità del 2° comma dell'art. 26 del *Progetto* (Art. 26: «La Repubblica tutela la salute, promuove l'igiene e garantisce cure gratuite agli indigenti. /Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge. Sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana.»). La questione fu risolta nel senso per cui, essendo la categoria giuridica dei trattamenti sanitari obbligatori più ampia delle sole misure coercitive, apparve infine più opportuno mantenere la specificazione ad oggi codificata – in termini leggermente diversi ma identica sostanza – nel comma 2°, primo periodo, dell'art. 32 (cfr. *Resoconto stenografico della seduta del 24 aprile 1947 dell'Assemblea costituente*, interventi degli on. Maffi e Arata).

³⁷ G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, vol. 2, p. 51; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 296; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, p. 170; C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, p. 689).

limitazione della libertà personale del malato. Senza ledere il principio di uguaglianza, il quadro di garanzie costituzionali non può essere diversamente tarato a seconda che il destinatario soggiogato con l'uso della forza sia sano o malato, specie se l'esercizio del potere autoritativo trovi causa esplicita in una condizione psicopatologica, implicante un maggior bisogno di protezione e le necessità di disporre di un garante terzo per procedere all'azione dei diritti.

Ne consegue che, ai fini dell'intervento coercitivo sul paziente, la Costituzione vieta che i contenuti dispositivi del provvedimento possano essere distratti dalle attribuzioni dell'a.g.

4. Riserva di legge e ruolo dell'amministrazione: a che serve un t.s.o.?

A norma degli artt. 34 e ss. della l. n. 833/1978, il trattamento sanitario obbligatorio è un atto dell'autorità giudiziaria³⁸, i cui effetti possono essere interinalmente anticipati da un provvedimento amministrativo complesso, co-determinato dai medici – a cui spetta il potere di iniziativa e l'asseverazione tecnica delle risultanze istruttorie – e validato dal Sindaco.

L'esercizio autoritativo di pratiche sanitarie non contrattualizzate rappresenta il frangente più delicato e caratterizzante delle prestazioni offerte a tutela della salute mentale, conseguentemente non omologabili alle attività di cura in ambito medico-chirurgico³⁹.

La tesi che si andrà ad esporre mira ad analizzare l'istituto della coercizione terapeutica, mettendo in luce come l'attuale apparato normativo che regola la condizione giuridica del paziente psichiatrico risenta di un'ambiguità strutturale intrinseca, conseguente all'adozione di un «paradigma debole», nel quale il legislatore – per distruggere il *moloch* dell'istituzione totale – ha negato la configurabilità di un diritto amministrativo della salute mentale e, conseguentemente, ha mancato di conferire all'apparato istituzionale territoriale una precisa *mission* socio-politica. È indice inequivoco di questa tendenza il conferimento di poteri provvedimentali esecutori, irrualmente senza codificarne lo scopo, né i soggetti tenuti all'esecuzione⁴⁰. Il passaggio ad una regolamentazione attuativa così sintetica ha irragionevolmente indotto la dogmatica a sostenere l'applicazione diretta della fonte costituzionale per l'integrazione a rime obbligate del dato primario.

³⁸ Cass. civ. sent. 10 aprile 2008, n. 17718, in *Dejure* (1/2/2019).

³⁹ «Il medico, quando fa lo psichiatra, non è un medico [...] come gli altri», E. POZZI, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁰ G. PELAGATTI, *op. cit.*, p. 111; A. REALDON, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 1980, p. 12; R. CELLI, *Esperienze del corpo dei vigili urbani di Roma*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale, tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980 su «La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978»*, Milano, 1981, p. 119; F. DALLA BALLA, *Amministrazione e cura*, Università degli Studi di Trento, 2016, p. 143. In giurisprudenza Pretore di Monfalcone, sent. 2 giugno 1980, n. 160, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 1980, pp. 911; T.A.R. Sicilia (Catania), sent. 3 aprile 1987, n. 331, in *Foro It.*, 1981, parte III, p. 319; T.A.R. Sicilia – Catania, sent. 6 maggio 2005, n. 799, in www.leggiditalia.it (1/2/2019); Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sent. 6 marzo 2008, n. 187, in www.leggiditalia.it (1/2/2019); Tribunale di Mantova – Sezione Prima, comunicazione del 12 gennaio 2012, in www.ilcaso.it (1/2/2019). In ambito amministrativo cfr. Ministero dell'Interno – Direzione generale della pubblica sicurezza – Servizio di polizia amministrativa e sociale, sez. V, circolare n. 10/5812/14700 (2) del 1° ottobre 1979, consultata presso l'Ufficio territoriale del Governo di Belluno; Ministero della Salute – Direzione generale ospedali – Div. III, circ. n. 900.3/SM-E1/896 del 21 settembre 1992; Ministero dell'Interno – Gabinetto del Ministro, 24 agosto 1993, prot. n. 5300/M/10(1)/Uff.3°; Ministero dell'Interno – Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale affari generali prot. n. 559-C.17053.14700 (1), del 13 ottobre 1995.

Complessa in ordine all'interpretazione dell'art. 32, comma 2°, è la questione della finalizzazione del trattamento sanitario imposto. I costituenti prescelsero una formulazione che esaltasse la formale unitarietà del bene giuridico protetto (*la salute*), a fronte della pluralità di interessi ad esso presupposti («fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»). Una simile impostazione carica la norma di un forte significato simbolico e programmatico, che contribuisce ad indirizzare il legislatore nel garantire una tendenziale convergenza nella definizione degli interventi a tutela della dimensione individuale e plurale del bene (così accade, ad esempio, in riferimento alle politiche in materia di salubrità ambientale, di sicurezza nei luoghi di lavoro, di prevenzione e screening precoce).

Al contempo, nel momento in cui l'ordinamento adotta una definizione fortemente soggettivante del concetto di salute, fino a farne conseguire il diritto a non essere curato, predispone le basi per un conflitto latente con l'interesse alla salute pubblica. La Costituzione indica nel legislatore statale⁴¹ il soggetto preposto – nelle forme di cui all'art. 32, comma 2°, Cost. – al bilanciamento tra l'*habeas corpus* e la soglia di tollerabilità del rischio per la salute collettiva.

In modo pressoché unanime⁴², la dottrina ha sottolineato come la formulazione dell'art. 32 Cost. sembri prefigurare una stretta coesione tra l'istituto del trattamento obbligatorio e la protezione sanitaria

⁴¹ La Corte costituzionale ha sussunto la regolazione del diritto di autodeterminazione terapeutica tra i principi fondamentali della materia «tutela della salute» di cui all'art. 117, comma 3, Cost., affermando che l'imposizione o il divieto di taluni trattamenti presuppongono condizioni di eguaglianza ed uniformità, che possono essere soddisfatte soltanto dall'intervento dello Stato (cfr. Corte cost. sentt. n. 438/2008 e 5/2018). Coerentemente, è stata attratta dalla potestà statale l'introduzione dell'obbligo vaccinale (cfr. Corte cost. sent. n. 5/2018). Tuttavia, in materia di t.s.o. coercitivi esiste una netta prevalenza, che collega l'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato», l'«ordinamento civile», l'«ordine pubblico e sicurezza» e la «giurisdizione e norme processuali», agli effetti dell'art. 117, comma 2. Innanzitutto, il sindaco dispone a.s.o. e t.s.o. come ufficiale di Governo, quindi come organo dell'amministrazione statale (Cass. civ. sent. 16 aprile 2004, n. 7244, in www.leggiditalia.it, 1/2/2019). In secondo luogo, ai sensi dell'art. 13 Cost., la privazione della libertà personale è un potere esclusivamente spettante all'autorità giudiziaria. L'urgenza che legittima a fini cautelari il provvedimento amministrativo non esautorà l'a.g.o. dall'esercizio delle proprie attribuzioni, ma si limita a consentire l'anticipazione interinale degli effetti coercitivi dell'atto giudiziale. Ed infatti, rimane impregiudicata la facoltà del giudice di validare e stabilizzare gli effetti provvisori, ovvero di riconsiderare i presupposti, l'opportunità e i contenuti del provvedimento amministrativo provvisorio, travolgendo *ex tunc* gli effetti della decisione. Concordemente, l'istituto del trattamento obbligatorio ha una forte incidenza nella determinazione del contenuto del principio di libera disposizione del proprio corpo, positivizzato all'art. 5 c.c. ed afferente alla materia di cui all'art. 117, comma 2°, lett. l) (G. PELAGATTI, *op. cit.*, p. 29). Pertanto, benché afferenti al comune ambito dei trattamenti sanitari obbligatori ex art. 32, comma 2, Cost., in caso di t.s.o. coercitivo non può essere riconosciuto alle Regioni lo stesso margine di manovra consentito in tema di vaccinazioni obbligatorie (A. PATANÈ, *Obbligo di vaccinazione e riparto di competenze legislative*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 2018, p. 276). La coercizione terapeutica non può essere perciò ricondotta ai soli *livelli essenziali delle prestazioni* (S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 262; E. CAVASINO, *op. cit.*, p. 5963), in quanto, in riferimento alla potestà di cui all'art. 117, comma 3, lett. m), la Corte costituzionale ha avallato la possibilità che la legislazione regionale offra ai cittadini un livello di garanzia ulteriore, più ampio, di quello definito dallo Stato (Corte cost. sentt. 387/2007 e 271/2008; G. CARPANI, D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di tutela della salute*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, p. 104), circostanza che non sembra compatibile con la disciplina dei presupposti del trattamento coercitivo.

⁴² G. ALPA, E. RESTA, *Le persone e la famiglia. 1.*, Torino, 2006, p. 85; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 386; F. BUZZI, A.L. VERGINE, *Rifiuto di cure e limiti all'applicazione dell'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1983, p. 64; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2018, p. 30; L.R. FENUCCI, *op. cit.*, p. 260; U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Milano, 2018, vol. II, p. 1102; M. LUCIANI, voce *Salute*, cit., p. 10; A. MARCHESE, A. VESTO, *Vaccinazioni obbligatorie e diritto alla salute: la «profilassi imposta»*

della collettività. Se infatti è possibile definire le componenti della salute individuale esclusivamente in relazione alle aspettative del paziente, giuridicamente garantite dal diritto all'autodeterminazione terapeutica⁴³, solo l'equipollente diritto all'integrità psicofisica degli altri consociati⁴⁴ giustifica l'ingerenza del potere nella sfera intima del paziente. Il potenziale pregiudizio alla sicurezza ed alla salute pubblica concorre alla «definizione dei rapporti tra libertà e autorità»⁴⁵, vincolando il legislatore in ordine alle finalità perseguite con la codificazione dello strumento coercitivo.

In sostanza non sono consentiti trattamenti sanitari obbligatori aventi come esclusivo oggetto la salvaguardia del benessere individuale del destinatario⁴⁶. In questo senso, la riserva di legge relativa⁴⁷ di cui all'art. 32, comma 2°, dovrebbe considerarsi implicitamente rinforzata, in quanto capace di predefinire il contenuto dispositivo dell'atto normativo.

Al di là del richiamo espresso che l'art. 32 Cost. fa all' «interesse della collettività», l'approdo interpretativo sarebbe necessitato sul piano sistematico in quanto – in assenza di un dovere giuridico di mantenersi in buona salute e nella vigenza generale del principio di libera disposizione del proprio corpo – solo «un superiore interesse collettivo direttamente rilevante»⁴⁸ rende «accettabile e costituzionalmente legittimo»⁴⁹ il sacrificio della libertà personale (essendo altrimenti irrilevante, ai fini di un eventuale rinforzo sostanziale della riserva, la perifrasi di chiusura della norma, ai sensi della quale «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»⁵⁰).

tra tensioni etiche e giuridiche, in *Riv. It. Med. Leg.*, 4, 2017, p. 1336; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., p. 312; A.A. NEGRONI, *Sull'inesistenza di un "dovere alla salute" nella Costituzione italiana*, in *Bioetica*, n. 1/2014, p. 80; A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, cit., p. 60; G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 51 e ss.; G. SCACCIA, *Articolo 32*, cit., p. 218; L. SILVESTRI, *op.cit.*, p. 205; A. SIMONCINI, P. LONGO, *Art. 32*, p. 665; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit. p. 2464; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32*, cit. p. 172.

⁴³ Cass. civ. sent. n. 21748/2007, Cass. civ. sent. 23676/2008, in www.leggiditalia.it (1/2/2019); Corte App. Milano, sent. n. 2359/2011 (in riforma di Trib. Milano, sent. n. 14883/2008); In proposito C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p. 209. L'art. 3.2 della Carta di Nizza dispone: «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge [...]». La Convenzione di Oviedo – che ancora non dispiega nell'ordinamento interno la pienezza dei propri effetti quale parametro interposto ex art. 117, comma 1°, Cost., in quanto manca il deposito dello strumento di ratifica, sebbene questa sia stata autorizzata dal Parlamento con la l. n. 145/2001 (cfr. Corte cost. sentt. n. 282/1983 e 379/2004; S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in www.forumcostituzionale.it, 31/1/2019) – stabilisce che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona abbia dato consenso libero e informato» (art. 5.1.), disposizione cui fanno seguito una serie di norme (artt. 6 e 7) a tutela dei pazienti che non siano in condizioni di assentire al trattamento.

⁴⁴ L.R. FENU DI, *op.cit.*, p. 260; come nota G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 52.

⁴⁵ G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 52; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., p. 2468.

⁴⁶ F. BUZZI, A.L. VERGINE, *op.cit.*, p. 64.

⁴⁷ Corte cost. sent. n. 258/1994; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 558; S. P. PANUNZIO, *op.cit.*, p. 900; G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 54; L. SILVESTRI, *op.cit.*, p. 208; F. MODUGNO, *op.cit.*, p. 311; A. CLARIZIA, *op.cit.*, p. 566; L. SILVESTRI, *op.cit.*, p. 207; contra A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione*, Milano, 1967, p. 87.

⁴⁸ S.P. PANUNZIO, *op.cit.*, p. 904.

⁴⁹ A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, cit., p. 63.

⁵⁰ Nonostante il diffuso convincimento dottrinale (P. CAPOTI, *op.cit.*, p. 1255; E. CAVASINO, *op.cit.*, p. 5963; L. SILVESTRI, *op.cit.*, p. 208; F. MODUGNO, *op.cit.*, p. 313; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *op.cit.*, p. 337), il limite non sembra avere un'autonoma rilevanza prescrittiva rispetto a quanto stabilito in linea generale dagli artt. 2 e 3 Cost., in base ai quali i diritti inviolabili dell'uomo ed il rispetto della pari dignità sociale si impongono quale parametro di

Il prototipo costituzionale di trattamento sanitario obbligatorio deve quindi tendere ad un doppio fine, perseguendo a) il miglioramento del quadro clinico del paziente, b) con l'ulteriore scopo di neutralizzare un pericolo concreto ed attuale per la pubblica incolumità. L'edulcorazione del lessico non smentisce la risalente qualificazione del t.s.o. in termini di «attività amministrativa di polizia sanitaria»⁵¹, che condivide i fini dell'autorità di pubblica sicurezza e le metodiche della pratica clinica. Questo esito, d'altronde, sarebbe necessitato dal definitivo superamento di una concezione oggettiva del diritto di cui all'art. 32 Cost.: gli attori dell'interpretazione costituzionale hanno profuso grande impegno nel tentativo di avvalorare il significato normativo di «salute» come termine tecnico-scientifico, perimetrato attraverso il rinvio a definizioni extragiuridiche⁵², a tal punto estese da pregiudicarne l'effettiva attitudine prescrittiva. La salute viene quindi a coincidere con una «condizione di complessivo benessere dell'uomo», il «risultato globale» di una serie di fattori coordinati, nel quale allo «stato di equilibrio fisiologico, d'integrità fisica, di normalità dei processi biologici delle funzioni del corpo» concorre con un complesso di «funzioni logiche, affettive, relazionali [...] legati a sistemi interpersonali e strutture sociali»⁵³. Se ne ricava la necessità del consenso come cerniera e sintesi tra la multidimensionalità astratta della salute e la sua concreta estrinsecazione in termini di identità personale e legittimazione dell'attività terapeutica⁵⁴.

Anche le più note posizioni dissonanti sporadicamente emerse in letteratura⁵⁵ hanno finito per avallare la negazione dell'individualismo sanitario in termini di contrapposizione tra esercizio dell'autonomia del singolo e l'interesse della collettività, riconducendo il diritto alla salute ai «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.), sistematicamente connesso all'obbligo di svolgere una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società – in conformità ai precetti di cui agli artt. 1 e 4 Cost.⁵⁶ – e alla cooperazione dell'utente per l'affrancamento dal sistema assistenziale pubblico. L'accento originariamente rimarcato dal Mortati sulla dimensione collettiva

legittimità di qualunque prestazione legalmente imposta dal potere pubblico (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 112). Sostenere il contrario implica che, fuori dall'ambito speciale dei trattamenti sanitari obbligatori, il legislatore rimarrebbe libero di violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, in quanto non assistito da previsione analoga a quella di cui all'art. 32, 2° comma, ultimo periodo.

⁵¹ S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. 334.

⁵² Cass. pen. 11 luglio 2002, in *Ragiusan*, 2003; B. PACCAGNELLA, *L'evoluzione del concetto di salute*, cit., p. 30; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 207; G. SCACCIA, *Articolo 32*, cit., p. 214; G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 4; Frequente è il rinvio alle dichiarazioni dell'O.M.S. Il Preambolo allo Statuto si esprime nel senso per cui «health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity» (*Constitution of the world Health Organization*, New York, 1946). In seguito, definendo gli «Obiettivi specifici di supporto alla strategia regionale europea di salute per tutti» (Copenaghen, 1985) l'O.M.S. ha qualificato la salute in termini di «abilità con la quale un individuo o un gruppo di persone è in grado di realizzare le sue aspirazioni, di soddisfare i propri bisogni e, da un altro lato, di affrontare ed eventualmente di cambiare l'ambiente in cui vive».

⁵³ G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 4, sintetizzando G. PRODI, *Salute/malattia*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1981, vol. XII, p. 398 e ss.

⁵⁴ L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, pag. 73.

⁵⁵ Per una sintetica rassegna cfr. A.A. NEGRONI, *Sull'inesistenza di un «dovere alla salute» nella Costituzione italiana*, cit. p. 63

⁵⁶ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1, 1961, p. 4.

della salute, ad esempio, dilata la discrezionalità del legislatore nell'esercizio della riserva in materia di trattamenti obbligatori, ma presuppone pur sempre un giudizio di bilanciamento con l'interesse pubblico, che l'autore risolve con una scelta di chiara ispirazione ideologica, ampliando il novero delle ragioni che giustificano l'introduzione di strumenti giuridici di induzione alla cura⁵⁷.

Pertanto, finanche argomentando dalle premesse teoriche più distanti da quelle invalse nella letteratura tradizionale, non sembra esservi contrasto in ordine al fatto che «ove non vi sia un diretto riflesso sulla salute dei terzi, sussiste per l'individuo una situazione di libertà costituzionalmente garantita», che impedisce la coazione alla cura anche solo nell'interesse individuale del singolo, a pena di travolgere nientemeno che «i principi informatori della forma di Stato e in particolare l'impronta non soltanto solidaristica, ma in gran parte anche garantistica nel senso della tradizione liberale»⁵⁸. E insomma, l'induzione coattiva alla cura può essere giustificata solo da un interesse distinto da quello del singolo, che «nel contesto limitato alla salute in cui si muove l'art. 32 Cost. non può essere altro che quello della salute degli altri»⁵⁹.

Stando al convincimento prevalente, andrebbe perciò fugata la diffusa ambiguità – sporadicamente emergente nella letteratura di settore⁶⁰ – che presuppone una connessione tra il trattamento sanitario obbligatorio per malattia psichica e l'incapacità di intendere e volere. Nel codificare i presupposti del trattamento coercitivo, l'art. 34 subordina l'intervento dell'amministrazione all'esistenza di «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici» e al rifiuto espresso della proposta di cura. La lettera della norma patisce lo scotto di una certa circolarità, tuttavia l'interpretazione viene tradizionalmente riferita al rischio di agiti auto o etero-aggressivi, esentando il medico proponente dal dimostrare se il dissenso opposto dal malato sia motivato da obnubilazione della capacità di comprendere lo scompensamento psicopatologico o da conscia opposizione. Anzi, «è comune opinione della dottrina che l'infermo di mente debba presumersi, fino a prova contraria, quale soggetto capace di intendere e di volere»⁶¹. D'altronde, indubbiamente «le ricerche cliniche indicano [...] che, con gradi diversificati, i disturbi mentali possono influire su abilità, quali la capacità di comprensione, cognizione, giudizio, previsione, critica e ragionamento logico, che rappresentano i presupposti per una scelta razionale, nell'ambito di un processo libero di *decision making*», ma occorre al contempo tener presente che sono «le stesse evidenze scientifiche ad indicare che i pazienti, anche affetti da patologie gravi, presentano nella maggioranza dei casi una buona capacità decisionale»⁶². L'incapacità di intendere e volere viene perciò considerata del tutto estranea all'istituto del trattamento obbligatorio⁶³, che ben potrebbe essere utilizzato anche per la prevenzione di atti etero lesivi nella cui eziologia concorre uno stato di scompensamento psichiatrico avente un risvolto parziale sulla capacità di intendere e volere. Ciò

⁵⁷ *Idem*, p. 3.

⁵⁸ A.A. NEGRONI, *Sull'inesistenza di un «dovere alla salute» nella Costituzione italiana*, pagg. 79.

⁵⁹ D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, cit., p. 2469.

⁶⁰ O. GRECO, R. CATANESI, *op.cit.*, p. 60. L.R. FENUDEI, *op.cit.*, p. 262; G. CANEPA, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 1983, p. 20.

⁶¹ *Idem*, p. 644; B. DE RISIO, *op.cit.*, p. 273.

⁶² S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 279.

⁶³ *Contra* E. POZZI, *op.cit.*, p. 220.

rappresenta, peraltro, un potenziale elemento di frizione ai fini dell'accesso alla giustizia degli interessi dei terzi mediante la responsabilizzazione dei servizi psichiatrici ex art. 2047c.c.⁶⁴.

Su queste posizioni si è stabilmente assestata anche la giurisprudenza della Corte costituzionale. Con un primo arresto, chiamata a decidere su una questione di legittimità concernente la mancata o lacunosa tutela risarcitoria per i danni collaterali provocati dall'adempimento all'obbligo vaccinale, la Consulta affermò che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»⁶⁵.

Il t.s.o., infatti, trova il proprio fondamento primario nello «spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività» e, sembra potersi ritenere, nella concretizzazione di quanto stabilito dall'art. 2 Cost., in riferimento all'obbligo per le istituzioni repubblicane di garantire «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»⁶⁶. L'orientamento è stato uniformemente confermato nella giurisprudenza successiva⁶⁷, da ultimo con le recenti sent. nn. 268/2017 e 5/2018, mentre è stato severamente smentito in sede ordinaria⁶⁸.

Sarebbe pertanto irrimediabilmente illegittima una disciplina che preveda l'imposizione di un trattamento sanitario diretto «esclusivamente alla salvaguardia e al miglioramento della salute del singolo», senza postulare un comprovato pericolo per la salute degli altri consociati⁶⁹.

In stretta coerenza, la ricostruzione maggioritaria presuppone l'esistenza di un legame intrinseco tra l'istituto del trattamento coattivo e l'elemento empirico della pericolosità del paziente. Il rischio per la salute dei consociati diviene infatti il dato situazionale costitutivo – necessario benché non sufficiente – che legittima l'iniziativa procedimentale del medico proponente (art. 33, comma 3), costituisce l'oggetto certificato dal collega convalidante (art. 34, comma 4), fonda l'intervento del sindaco competente all'adozione dell'atto e motiva la decisione del giudice tutelare cui è attribuito il potere di validare e disporre la limitazione della libertà personale (art. 35, comma 2)⁷⁰. La sussistenza di una pericolosità per la salute pubblica va quindi chiaramente argomentata in sede di motivazione della proposta ex art. 33, comma 3, della l. n. 833/1978 e di successiva adozione del provvedimento, rispetto al quale l'obbligo di motivazione non si discosta da quanto previsto dall'art. 3 della l. n. 241/1990, che impone l'esplicitazione di tutti «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria». Sennonché è da tempo radicata in ambito medico la convinzione che la pericolosità del paziente rappresenti un elemento di scarsa

⁶⁴ Esemplificativa Trib. Reggio Emilia, sent. 18 novembre 1989, in *N.G.C.C.*, 1990, p. 549.

⁶⁵ Corte cost. sent. n. 307/1990.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ Cfr. anche Corte cost., sentt. nn. 218/1994, 258/1994, 226/2000, 423/2000, 107/2012, 268/2017.

⁶⁸ Cass. civ. sent. 13 giugno 2008, n. 16803, in *Danno e responsabilità*, n. 9-9/2008, p. 923.

⁶⁹ A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, cit., p. 60.

⁷⁰ G. CANEPA, *op.cit.*, p. 20.

consistenza scientifica, la cui prognosticabilità secondo i cc.dd. parametri endogeni resta piuttosto inverosimile⁷¹.

A differenza di quanto accade per il «folle reo» ai fini di applicazione della misura di sicurezza detentiva nella REMS, infatti, la pericolosità del paziente sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio non può essere circoscritta alla potenziale reiterazione di un percorso criminogenetico già verificatosi, quindi noto ed in parte sondato⁷²: il medico proponente dovrebbe indagare con rigore scientifico la possibilità di qualunque futuribile fattispecie di rischio potenziale, assumendosi le debite responsabilità per gli errori di giudizio diagnostico e la decisione terapeutica⁷³. Lo stereotipo generalizzato di un'attitudine delinquenziale del paziente psichiatrico⁷⁴ ha indotto la dottrina giuridica a sottovalutare la nettezza di termini con cui la letteratura di settore ha da tempo «escluso l'esistenza di un rapporto fra malattia mentale e pericolosità sociale»⁷⁵. Ne sono indice, comprensibile da chi, come chi scrive, poco conosce e comprende della materia, i riscontri che attestano in capo ai pazienti affetti da disturbo mentale un tasso di delinquenza stabilmente inferiore a quello emergente nella popolazione generale (peraltro principalmente legato ad episodi di offensività modesta⁷⁶). La stessa possibilità di concreta prognosi del gesto eterolesivo viene oggi trattata dalla letteratura di settore alla stregua di un concetto atecnico, inaffidabile, apodittico⁷⁷, prevalentemente fondato dagli stessi periti su «elementi di tipo non psichiatrico» (come, ad esempio, l'esistenza di precedenti penali), cosicché coloro che sono chiamati a giudicarla possono sortire «le medesime probabilità di successo di una persona che si affidi al lancio di una moneta per prendere una decisione»⁷⁸.

Le conclusioni interpretative dell'art. 32 Cost. condivise da dottrina e giurisprudenza costituzionale non persuadono e anzi appaiono talmente trancianti ed assiologiche che lo strumento del trattamento sanitario coercitivo parrebbe inibito finanche nelle ipotesi di rischio suicidario ed autolesionismo⁷⁹ (salvo naturalmente quanto momentaneamente consentito ai sensi dell'art. 54 c.p. in caso di «situazioni di interesse psichiatrico [...] caratterizzate da urgenza e drammaticità» che comportino «un grave e attuale rischio per l'incolumità del paziente o di terzi»; cfr. *infra*, par.7). L'indisponibilità a contemperare il precetto costituzionale con la pluralità di interessi in gioco finisce per distrarre dall'effettivo oggetto della tutela: il bene giuridico protetto dall'art. 32 rimane la tutela della salute anche e

⁷¹ A. LAURITO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive per infermi di mente al vaglio della giurisprudenza: profili critici della L.N. 81/2014*, p. 502; L.R. FENUCCI, *op.cit.*, p. 267.

⁷² G. GUARNIERI, voce *Capacità a delinquere*, in *Noviss. Dig. It.*, p. 867.

⁷³ G. CANEPA, *op.cit.*, p. 23; P. CENDON, *La responsabilità civile degli operatori e dei servizi psichiatrici*, cit., p. 575.

⁷⁴ P. CENDON, *La responsabilità civile degli operatori e dei servizi psichiatrici*, cit., p. 554.

⁷⁵ G. CANEPA, *op.cit.*, p. 24.

⁷⁶ A. AMATI, *Lotta contro i pregiudizi sulle malattie mentali e contro lo stigma*, cit., p. 984.

⁷⁷ S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 304.

⁷⁸ G.B. TRAVERSO, S. TRAVERSO, *Responsabilità, imputabilità e cause di limitazione o esclusione della pena*, cit., p. 41.

⁷⁹ Ed infatti, Trib. Busto Arsizio, sent. 27 maggio 1999, in *Foro ambrosiano*, 2000, p. 314; di segno opposto, cfr. Cass. pen. sent. 12 aprile 2005, n. 13241, in www.leggiditalia.it (1/2/2019); sul punto cfr. B. DE RISIO, *op.cit.*, p. 264; S. JOURDAN, *La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell'evento e possibilità di evitarlo*, in U. FURNARI, S. JOURDAN (a cura di), *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Torino, 2006, p. 117.

soprattutto nella sua dimensione individuale. Nelle dinamiche psicopatologiche non sempre l'assenza di una richiesta di aiuto implica l'assenza di bisogno.

Il tema della consapevolezza della malattia – che nella clinica generica afferisce al piano pre-terapeutico del consenso e degli obblighi informativi del medico – nella patologia psichiatrica può costituire parte della sintomatologia tipica del disturbo, rappresentando un obiettivo del percorso di cura più che una sua preconditione⁸⁰. La scienza psichiatrica ha tradizionalmente ricostruito la cognizione della malattia come l'esito di tre articolazioni fondamentali: consapevolezza dei sintomi, consapevolezza del disturbo e del suo legame con i sintomi, consapevolezza del bisogno di essere curato. La questione dell'*insight*, ossia la possibilità per il paziente di avere contezza dell'affezione psicopatologica e del livello di prostrazione da esso derivante, impatta in modo non trascurabile sulla capacità di giudizio necessaria per la pianificazione del percorso terapeutico, considerato che «la gravità della patologia è inversamente proporzionale al grado di consapevolezza»⁸¹. Sostenere che la Costituzione non consentirebbe mai all'amministrazione sanitaria di reagire all'«opposizione del cittadino ad interventi medici volti al trattamento di affezioni morbose produttive di nocimento, anche estremo, sulla sola salute individuale, senza ulteriori effetti più latenti in capo a terze persone»⁸², significa avallare la teologia dell'abbandono.

La Corte costituzionale applica il criterio discretivo della pericolosità, senza considerare che il rifiuto del trattamento da parte del malato psichiatrico innocuo, che il sistema vorrebbe unico arbitro della propria salute, è spesso l'estrinsecazione sintomatica tipica del disturbo che lo affligge. Assecondare la patologia non significa rispettare il foro interno del paziente, come tutelare la gabbia cognitiva costruita dalla stessa non implica salvaguardare salute del cittadino. L'ossequio presuntivo al principio di autonomia si spinge a negare l'esistenza di una dimensione empirica di salute in senso oggettivo, quand'anche ciò significasse concorrere con la patologia nel condizionamento coattivo della libertà del paziente.

Nella disciplina del trattamento giuridico e sanitario del malato di mente viene così a crearsi un vuoto strutturale, che restituisce un'immagine appannata e poco solidaristica delle possibilità di cura non consensuali, costituzionalmente improntate ad una tendenziale indifferenza per le sofferenze, le necessità di cura e i bisogni individuali che il paziente non è nemmeno in condizione di comprendere e manifestare.

Ciò, peraltro, in contraddizione con il limite positivo di cui all'art. 32, 2° comma, Cost. che ampia dottrina sovrappone al principio di dignità⁸³, richiamando la necessità che il fine tipico primariamente perseguito con l'esercizio del potere di trattamento coercitivo rimanga la tutela della salute individuale del paziente.

⁸⁰ S. FERRACUTI, A. COPPOTELLI, V. VOLTERRA, *Responsabilità dello psichiatra*, in V. VOLTERRA, (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, p. 534.

⁸¹ F. GIBERTI, R. ROSSI, *op.cit.*, p. 56.

⁸² F. BUZZI, A.L. VERGINE, *op.cit.*, p. 64.

⁸³ F. MODUGNO, *op.cit.*, p.314; G. PELAGATTI, *op.cit.*, p. 59.

5. Alle origini del problema: negoziazione e consenso

C'è dunque un convitato di pietra che – stando così le cose – influenza il dibattito, rappresentando l'antecedente assiologico dell'intera materia: quanto è grande "l'ombrello" offerto dal principio del consenso per la legittimazione dell'attività terapeutica sul paziente psichiatrico ex art. 33, comma 1, della l. n. 833/1978? Possiamo davvero fidare che esso assorba l'intero spettro di esigenze di tutela escluse dall'ambito di applicazione degli artt. 34 e 35 della l. n. 833/1978?

Anche in ambito psichiatrico⁸⁴ – fuori dai casi di obbligatorietà per rischio all'incolumità pubblica previsti da una disposizione di legge – il consenso rappresenta al contempo il fattore legittimante ed il limite essenziale della potestà di curare⁸⁵, la cui violazione, a seconda dei casi, integra i presupposti dei reati di violenza privata, lesioni personali⁸⁶ o finanche sequestro di persona⁸⁷. Lo chiariscono l'art. 1, commi 1 e 5 della l. n. 180/1978 e l'art. 33, comma 1°, della l. n. 833/1978, secondo cui la valida contrattualizzazione delle cure assorbe tutte fattispecie non eccezionalmente riconducibili al paradigma coercitivo.

Il dibattito sul consenso informato in psichiatria è articolato e complesso⁸⁸; tuttavia ci si limita in questa sede ad esemplificare succintamente alcuni profili problematici, utili a spiegare la progressiva marginalizzazione dell'impianto positivo originariamente previsto dalla legislazione speciale in materia di amministrazione e cura del paziente psichiatrico. La letteratura medica ha tradizionalmente ammonito in ordine alle fragilità intrinseche alla contrattualizzazione dell'attività terapeutica nella cura della patologia psichica⁸⁹, sottolineando che la norma sovraccarica di aspettative sia il momento informativo, sia la negoziazione del piano di cura, presupponendo «una concezione della libertà del paziente più ampia di quella che non si riveli nella realtà clinica»⁹⁰.

Stando all'elaborazione ormai classica, la valida contrattualizzazione dell'attività sanitaria presuppone l'attenuazione dell'asimmetria informativa delle parti chiamate alla condivisione della prospettiva terapeutica⁹¹, mediante una veritiera, completa ed esaustiva informazione del paziente⁹², al fine di un'adesione "competente" ad operare scelte responsabili in materia nella pianificazione condivisa delle cure⁹³. Contrariamente all'ordinaria configurazione delle prestazioni mediche come obbligazioni di mezzi, l'efficienza dell'informazione e l'acquisizione del consenso assumono le fattezze di un'obbligazione di risultato, dovendo il medico «accertarsi che il suo messaggio sia stato oggettivamente

⁸⁴ B. DE RISIO, *op.cit.*, p. 250.

⁸⁵ V. FINESCHI, E. TURILLAZZI, *Il rapporto medico paziente: consenso, informazione e segreto*, in G. GIUSTI, *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 2005, p. 4; U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 1193; S. ROSSI, *La responsabilità dello psichiatra*, cit., p. 638.

⁸⁶ F. BELLAGAMBA, *Stato di necessità ed attività medico-chirurgica: profili di una relazione di incompatibilità*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 22.

⁸⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – Parte speciale*, Milano, 1996, p. 157.

⁸⁸ S. FERRACUTI, A. COPPOTELLI, V. VOLTERRA, *op. cit.*, p. 533.

⁸⁹ A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *Problematiche giuridiche*, in G. VELLA, A. SIRACUSANO (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Roma, 1996, p. 26. M. BASSI, *Il consenso informato nei contesti operativi psichiatrici*, in G. VELLA, A. SIRACUSANO (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Roma, 1996, p. 61.

⁹⁰ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 1195.

⁹¹ A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *op.cit.*, p. 22.

⁹² V. FINESCHI, E. TURILLAZZI, *op.cit.*, p. 6.

⁹³ A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *op.cit.*, p. 29.



compreso e adeguatamente recepito dal paziente stesso»⁹⁴. L'impostazione è oggi confermata sul piano positivo dagli artt. 1, 3 e 5 della l. n. 219/2017.

Al contrario, nella cura delle psicopatologie le tecniche di *disclosure* delle informazioni rientrano nel progetto terapeutico, imponendo talvolta al medico di relativizzare l'estensione della comunicazione ai bisogni del paziente⁹⁵, in relazione al fatto che nozioni troppo dettagliate o troppo anticipate potrebbero inficiare l'esito del percorso intrapreso. L'adesione all'alleanza terapeutica può talvolta presupporre l'acquiescenza strumentale del medico alla derealizzazione dei fatti, propedeutica all'instaurazione di un rapporto fiduciario. In altri casi, l'informazione è proprio impossibile⁹⁶, nella misura in cui la comprensione dell'inesistenza di un fatto, della natura delirante di un pensiero o dell'origine psicopatologica di un comportamento costituisce, unitamente al consenso reale ed informato, l'obiettivo finale del percorso terapeutico⁹⁷, imponendo al sanitario un'inevitabile presa d'atto sulla transitoria insuperabilità dell'*insight*. Un assetto empirico a dir poco incompatibile con l'atteggiamento intransigente della giurisprudenza in materia di obblighi informativi⁹⁸.

Per quanto concerne la negoziazione del piano di cura, la stratificazione di fonti normative di vario rango impone al medico di «ottenere un consenso che egli possa ritenere valido prima di intervenire», giuridicamente rilevante soltanto se «personale, libero, attuale, esplicito, consapevole, manifesto, richiesto, gratuito, specifico, partecipe e revocabile»⁹⁹. Spetta al sanitario garantire che chi lo esprime «comprende il significato dell'informazione che gli è data» e possiede «una capacità decisionale piena ed affidabile»¹⁰⁰, tenendo conto che – quand'anche di fronte all'accettazione passiva da parte del malato – non è comunque consentito equiparare l'espressione di un consenso consapevole, libero ed informato alla mera capacità di assentire¹⁰¹.

Il *background* ideologico della l. n. 180/1978 (e della vigente l. n. 833/1978), polarizzando la legittimazione terapeutica tra consenso e coercizione, sottovaluta la complessità fenomenica della malattia mentale, radicalizzando i presupposti del trattamento proprio in un ambito nel quale – più che in qualunque altro settore della medicina – le opzioni troppo categoriche perdono il controllo della prassi, chiamata a confrontarsi con una casistica clinica nella quale il bianco ed il nero esistono prevalentemente come ipotesi scolastiche¹⁰².

⁹⁴ V. FINESCHI, E. TURILLAZZI, *op.cit.*, p. 10.

⁹⁵ A. AMATI, P. RICCI, *Consenso, riservatezza e responsabilità in psicoterapia*, in V. VOLTERRA, (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, p. 592.

⁹⁶ A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *op.cit.*, p. 28.

⁹⁷ S. FERRACUTI, A. COPPOTELLI, V. VOLTERRA, *Responsabilità dello psichiatra*, p. 534; A. ARGO, P. PROCACCIANTI, *op.cit.*, p. 29.

⁹⁸ Cass. civ. sent. 2 luglio 2010, n. 15698, da *Dejure* (1/2/2019).

⁹⁹ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 1197 e ss.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ Ad esempio, «un insufficiente mentale medio o grave; un demente; un portatore di patologia psicotica che gravemente destruttura la sua personalità; pur non avendo più alcuna capacità di comprendere il significato del loro consenso, tuttavia possono assentire» (U. FORNARI, *Il trattamento del malato di mente e la l. n. 180/1978: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, cit., p. 361).

¹⁰² M. BASSI, *Il consenso informato nei contesti operativi psichiatrici*, cit., p. 61. Il quadro di sintesi è, d'altronde, aggravato dalla (tradizionale?); cfr. A. VERGA, *Una scorsella nei campi dell'animismo*, in *Archivio italiano per le malattie nervose*, n. IV/1872, pag. 1) crisi epistemologica della scienza psichiatrica, che cerca nel diritto certezze

L'ossequio rigoroso alle premesse interpretative più garantiste, perciò, finisce per rendere accettabile e fisiologica la *truffa delle etichette*, nella quale l'assenso è sempre consenso, la condivisione del quadro clinico con i familiari è informazione, dietro il blocco della porta dell'S.P.D.C. non si verifica l'abbandono del reparto, l'intervento del tutore o dell'amministratore di sostegno non costituiscono surrogazione ma rappresentanza.

6. La fuga dal diritto amministrativo: il ruolo della rappresentanza civile alla luce dell'art. 32 Cost.

«Tanto più stringete la presa, tanti più sistemi vi sgusceranno via tra le dita», ammoniva un'efficace sintesi cinematografica. Analogamente, più il paradigma giuridico rende vincolante la pretesa performativa, più imprime alla prassi la necessità e il consenso necessario per una riemersione surrettizia degli interessi e delle istanze di tutela ingiustificatamente represses nel bilanciamento.

Il quadro descritto sembra aver prodotto una crescente sfiducia verso la capacità dell'amministrazione di reagire con decisione e certezza giuridica alle infinite ambiguità che caratterizzano la patologia psichiatrica. Ne è indice la crescente fuga verso il privato. Non nel senso, prospettato dai primi commentatori della l. n. 180/1978, del rischio di un massiccio ricorso al mercato delle strutture di degenza per supplire allo smantellamento della rete assistenziale pubblica, quanto, piuttosto, in riferimento all'impiego – da parte della giurisprudenza e della stessa amministrazione sanitaria – degli strumenti giuridici propri del diritto civile nella gestione degli *hard cases*, in sostituzione dei più tradizionali meccanismi del diritto amministrativo. Ci si riferisce alle complesse questioni circa l'applicazione degli istituti dell'amministrazione di sostegno (art. 404 e ss. del codice civile) e dell'interdizione giudiziale (art. 414 e ss. del codice civile) ai fini della «sostituzione al paziente nel consenso a terapie e trattamenti sanitari e chirurgici»¹⁰³.

I presidi di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia di cui al *titolo XII* del codice civile espressamente non introducono potestà autoritative in materia di consenso ai trattamenti sanitari¹⁰⁴, limitandosi ad impiegare circonlocuzioni generiche come «interessi e esigenze di protezione della persona» (artt. 407 e 408), «cura e [...] interessi della persona del beneficiario» (art. 408), «bisogni e aspirazioni» (art. 410), «interessi morali» (art. 44 disp. att.)...

Ciononostante, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo superato le perplessità concernenti il divieto di rappresentanza sostanziale dell'assistito in riferimento ai c.d. *atti personalissimi*¹⁰⁵, in quanto

definitorie utili a contemperare l'ambiguità dei propri paradigmi di riferimento (S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità*, pag. 167).

¹⁰³ Trib. Asti, sent. 10 maggio 2012, in *Giurisprudenza italiana*, n. 11/2012, p. 2279; Trib. Modena, decreto 28 giugno 2004, in *Gius.* 22, 2004, p. 3939; Trib. Modena, 20 marzo 2008, in www.giuraemilia.it (1/2/2019); Trib. Milano, 5 aprile 2007, in www.personaedanno.it (1/2/2019); Trib. Milano, sent. 21 giugno 2006, in www.personaedanno.it (1/2/2019); per una rassegna giurisprudenziale cfr. G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Studium Iuris*, 2004, nota 66.

¹⁰⁴ A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2012, p. 547.

¹⁰⁵ G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2008, p. 47; A. ARFANI, *Sulla possibilità, per l'amministratore di sostegno, di manifestare l'autorizzazione all'espianto degli organi, in luogo del beneficiario*, in *Fam. dir.*, n. 4/2017, p. 353. Trib. Asti, 10 maggio 2012, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, 11, 2012, p. 2279, con nota A. CIATTI.

la determinazione terapeutica ad opera del tutore o amministratore di sostegno non costituirebbe una limitazione del diritto di autodeterminazione del singolo, bensì una sua più autentica garanzia. Occorre infatti neutralizzare la potenziale discriminazione – insita nella contrattualizzazione dell'attività terapeutica – tra il malato al quale residui un proprio margine di decisione e quello che, proprio in ragione della posizione di maggior debolezza prodotta dall'infermità che ne limita le capacità volitive, fosse impossibilitato far valere una qualunque forma di rifiuto o adesione all'atto medico¹⁰⁶. Operando in termini di ricostruzione e rappresentazione della volontà del degente, l'amministratore e il tutore divengono così gli strumenti ausiliari dell'autodeterminazione¹⁰⁷.

L'approdo interpretativo risulta oggi confermato dall'art. 3 della l. n. 219/2017, la quale non sembra tuttavia voler ascrivere all'istituto una latitudine applicativa diversa da quella già invalsa nella pratica pregressa¹⁰⁸. Il rappresentante può quindi essere direttamente autorizzato a soppesare l'interesse alle cure «in nome e per conto» del paziente, comunicando «al personale sanitario la volontà presunta dell'incapace a ricevere la prestazione terapeutica, esprimendo», ove risultasse impossibile individuare la genuina volontà del malato «la scelta più probabile di un soggetto razionale nelle condizioni date»¹⁰⁹, in aprioristica applicazione del «principio di beneficenza»¹¹⁰.

Originariamente avallata dalla giurisprudenza di legittimità per garantire il diritto al rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale¹¹¹, questa prassi sta progressivamente andando a riempire quella *zona grigia*, che intercorre *in medias res* tra la contrattualizzazione consapevole del trattamento e la coercizione del malato pericoloso: un «vestito su misura», che integra, supporta e – nei limiti di quanto prescritto dal provvedimento giudiziale – esprime la volontà del beneficiario. In linea di principio, di fronte alla resistenza del malato «l'amministratore di sostegno non può esprimere il consenso o il dissenso rispetto a determinati trattamenti sanitari nell'interesse dell'amministrato, laddove questi conservi, nonostante la propria patologia, un margine di capacità tale da poter esprimere una volontà consapevole ed informata rispetto ai trattamenti sanitari»¹¹². Ove così non fosse, onde emancipare il malato dalla schiavitù ad una volontà patologicamente viziata, «si giustifica e si impone» l'esigenza di facultizzare nel provvedimento giudiziale di nomina la surrogazione nella scelta tra le opzioni di cura, «quando il soggetto incapace, proprio a cagione della sua patologia, non sia in grado di manifestare volontariamente e consapevolmente il proprio consenso al trattamento sanitario necessario per la sua salute»¹¹³.

¹⁰⁶ M. BETTI, *op.cit.*, p. 581; T. BANDINI, A. ZACHEO, *Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno*, in F. DE FERRARI, L. PALMIERI, *Manuale di medicina legale*, Milano, 2007, p. 427.

¹⁰⁷ M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, istituti di tutela ed organizzazione del servizio sanitario*, cit., p. 6; I. RAPISARDA, *Donazione degli organi post-mortem e incapacità di agire*, in *N.G.C.C.*, 2, 2017, p. 198.

¹⁰⁸ G. FERRANDO, *Minori e incapaci*, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, Trento, p. 51.

¹⁰⁹ Trib. Reggio Emilia, giudice tutelare, 24 luglio 2012, in *Fam. dir.*, Milano, n. 6/2013, p. 585.

¹¹⁰ M. BETTI, *op.cit.*, p. 585.

¹¹¹ I. RAPISARDA, *op.cit.*, p. 200; A. ARFANI, *op.cit.*, p. 353, in riferimento a Cass. civ. sent. 16 ottobre 2007, n. 21748 (c.d. *caso Englaro*), in *Foro It.*, 9, 2008, I, p. 2609.

¹¹² M. NOCCELLI, *op.cit.*, p. 7.

¹¹³ *Idem*, p. 8; M. BETTI, *Il consenso agli atti sanitari nell'amministrazione di sostegno: le decisioni del giudice tutelare*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 584; A. COSTANZO, *Il consenso dell'interdetto agli atti sanitari tra volontà residua e volontà presunta: funzione del tutore e ruolo del giudice tutelare*, p. 714. Cass. civ. sent. 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Fam. dir.*, Milano, n. 6/2013, p. 577; Trib. Reggio Emilia, decr. 29 giugno 2011, in *Fam. Pers. Succ.*, n. 10/2012, p. 714.

L'amministratore di sostegno e il tutore intervengono quindi – in via residuale, con poteri sostitutivi¹¹⁴ – anche nell'ipotesi in cui «l'interessato si opponga fermamente», pur con «un dissenso manifestato con deliranti, confusi e contraddittori argomenti», cui non si sottrae l'ipotesi in cui «l'assunzione di stupefacenti incide sulle capacità cognitive e volitive del soggetto»¹¹⁵ e ciò consente di ascrivere all'istituto in esame anche fattispecie di alterazione psichica espressamente sottratte al perimetro applicativo dell'art. 34 della l. n. 833/1978, che presuppone l'affezione da «malattia mentale»¹¹⁶. In passato, l'interpretazione ha ottenuto, d'altronde, l'autorevole avallo della Corte di Cassazione¹¹⁷.

L'istruttoria e la decisione finale presuppongono inevitabilmente il confronto delle prospettive terapeutiche con le aspettative di un paziente-modello, teoricamente prossimo al paziente reale in quanto a condizione sociale, cura della persona, concezione della dignità, rapporti di relazione e, più in generale, interessi non patrimoniali della vita civile¹¹⁸. Pragmaticamente, l'amministratore e il tutore agiranno per adempiere il mandato specificamente conferito loro allo scopo di neutralizzare quel potenziale esito infausto, la cui incomprendimento ha originato il decreto di nomina, conformandosi al principio di beneficenza come previsto dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo¹¹⁹. D'altronde al rappresentante è attribuito un potere tendenzialmente perimetrato dalla sola possibilità di manifestare intendimenti terapeutici convergenti con le proposte del sanitario curante, considerato che nei casi di contrasto con quest'ultimo la decisione è assunta dal giudice tutelare su ricorso del tutore, amministratore, del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria¹²⁰.

La distrazione giudiziale del potere di co-determinare il percorso terapeutico del malato dissenziente a favore di un amministratore surrogante – di cui solo una descrizione semplicistica potrebbe descrivere l'operato in termini di rappresentanza¹²¹ – è suscettibile di imporsi al beneficiario in termini di coazione fisica e morale, interferendo con la sensibilità dei beni giuridici tutelati dagli artt. 32 e 13 Cost¹²². La fuga dalle garanzie proprie del diritto amministrativo verso un regime di rappresentanza privatistica ha indubbiamente consentito ai soggetti dell'intervento sanitario di sviare le contraddizioni endogene della legislazione vigente, favorendo, peraltro, l'attenuazione dei rischi del professionista in materia di responsabilità. Ciò nella prevalente convinzione che l'intervento del tutore o amministratore di sostegno garantirebbe non, come in caso di applicazione degli artt. 33 e ss. della l. n. 833/1978,

¹¹⁴ I. RAPISARDA, *op.cit.*, p. 199; Trib. Asti, decr. 10 maggio 2012, in *Giur. It.*, n. 11/2012, pag. 2279.

¹¹⁵ A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, cit. p. 572; R. MASONI, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2017, p. 1315; M. PINI, *Consenso informato al trattamento sanitario: limiti al potere di rappresentanza dell'amministratore di sostegno*, in *Il Merito*, 10, 2004, pag. 11.

¹¹⁶ Cfr. F. DALLA BALLA, *Amministrazione e cura*, cit., p. 103.

¹¹⁷ Cass. civ., sent. 18 dicembre 1989, n. 5652, in *Giust. civ. mass.*, 12, 1989.

¹¹⁸ T. BANDINI, A. ZACHEO, *op.cit.*, p. 428; I. RAPISARDA, *op.cit.*, p. 198; R. MASONI, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, cit., p. 1310.

¹¹⁹ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 1229. Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004, in P. CENDON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, Torino, 2009, pag. 313.

¹²⁰ Tanto varrebbe – è stato affermato con i toni pragmatici, benché poco condivisibili, della letteratura di settore – che il consenso fosse espresso direttamente dal medico, «smascherando le finzioni del consenso informato» che, specie nelle sue manifestazioni surrogate, finisce per risolversi tendenzialmente nel principio di beneficenza, come peraltro previsto dall'art. 6, comma 1°, della Convenzione di Oviedo (*idem*, p. 948).

¹²¹ Trib. Modena, 20 marzo 2008, in *www.giuraemilia.it* (1/2/2019).

¹²² P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 111.

la pretermissione della volontà del paziente, quanto piuttosto la sua più circostanziata e genuina ricostruzione¹²³. A differenza del t.s.o. – con il quale, *ex art. 32, 2° comma, Cost.*, l'amministrazione si fa carico delle aspettative e dei bisogni connessi alla proiezione collettiva della salute individuale – l'intervento del terzo amministratore o tutore renderebbe giustizia alle presumibili aspirazioni non patologicamente viziate del paziente¹²⁴. Viene il sospetto che questa assiologica diversità tra gli istituti in esame presenti dei connotati più formali che sostanziali. L'istituto del trattamento sanitario obbligatorio, come tradizionalmente sussunto nelle fattispecie di cui agli artt. 13 e 32 Cost., può essere definito come l'eccezionale conferimento ad un terzo del potere di adottare specifiche determinazioni terapeutiche concrete, idonee alla legittimazione dell'attività medica in luogo della viva voce del malato. L'art. 32 assorbe qualunque fattispecie tipizzata di distrazione della decisione sanitaria e di intrusione di terzi *ex lege* nel rapporto medico-paziente. Che si tratti di t.s.o. o di amministrazione di sostegno il risultato sostanziale non sembra divergere, in ragione del fatto che gli istituti presentano un'analoga tensione tra autorità e libertà, destinato a risolversi in uno stato di soggezione del paziente ad una decisione eteronoma. Ciò al comune fine di una soluzione procedurale dello scontro tra tecnica, pronosticabilità dei paradigmi biologici e multidimensionalità della persona, mediante la rottura del nesso tra salute e identità personale¹²⁵, la quale non può essere fittiziamente equiparata al «diritto di essere rappresentato correttamente»¹²⁶.

La convinzione – secondo cui sarebbe invalido il dissenso opposto dal paziente incapace di formulare una consapevole determinazione in ordine al trattamento medico¹²⁷ – sembra più cartolare che sostanziale, considerata la necessità costituzionale che privazione della libertà, violenza e coazione siano intrinsecamente apprezzate nella loro manifestazione fattuale, piuttosto che in termini di sofismi contrattuali.

Appare sul punto esemplificativa la rassegna della giurisprudenza. Coartandone le resistenze, «l'amministratore di sostegno può essere autorizzato dal giudice tutelare ad esprimere il consenso informato relativamente ad un intervento chirurgico terapeutico cui l'incapace debba essere sottoposto, allorché quest'ultimo si rifiuti di sottoporsi all'intervento pur non avendo consapevolezza della condizione patologica in cui versa e delle conseguenze cui andrebbe incontro qualora non vi ponesse rimedio»¹²⁸. Il giudice ha inoltre facoltà di «procedere alla nomina [...] per consentire all'amministratore di sostegno di sostituire l'interessato nel consenso al ricovero», obbligandolo «a lasciare la propria casa per andare in una residenza protetta»¹²⁹.

Con ciò non s'intende certo sostenere che tutore ed amministratore di sostegno stiano surrogando o esautorando il provvedimento amministrativo previsto dall'art. 34 della legge n. 833/1978, in quanto

¹²³ Cass. civ. sent. 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Fam. dir.*, Milano, 6, 2013, p. 577.

¹²⁴ T. BANDINI, A. ZACHEO, *op.cit.*, p. 429.

¹²⁵ R. MASONI, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, cit., p. 1313.

¹²⁶ A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, cit., p. 606.

¹²⁷ U. ROMA, *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*, in *Fam. Dir.*, 7, 2007, pag. 732; Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. Dir.*, 5, 2010, pag. 492; Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004, in P. CENDON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, Torino, 2009, pag. 313.

¹²⁸ Tribunale di Modena, decreto del 28 giugno 2004, in *Gius.*, n. 22, 2004, p. 3939, sulla scorta dell'insegnamento di Cass. civ., sent. 18 dicembre 1989, n. 5652, in *Giust. civ. mass.*, 12, 1989.

¹²⁹ Trib. Roma, decreto 7 giugno 2005, citato da G. FERRANDO, *L'Amministratore di sostegno e le sue applicazioni*, p. 845; Trib. Torino, 26 febbraio 2007, in *Fam. Dir.*, 7, 2007, pag. 721.

le risultanze applicative attestano l'uso degli strumenti civilistici nei confronti del malato psichiatrico proprio per la valutazione ed autorizzazione di quei trattamenti necessari, che, tuttavia, non potrebbero costituire oggetto dell'ordinanza sindacale (ad es. l'attività medico chirurgica¹³⁰, clinica¹³¹ o la residenzialità assistita di lungo termine¹³²). In quest'ottica, il perimetro applicativo delle guarentigie di cui agli artt. 13 e 32 Cost. non può essere circoscritto, in termini nominalistici, ai soli istituti che la legge ordinaria rubrica come trattamento sanitario obbligatorio.

In linea teorica, peraltro, nella ricostruzione sistematica brevemente ripercorsa non vi sono elementi incontrovertibili che consentano di escludere che le medesime conclusioni possano essere potenzialmente estese anche alla terapia dell'affezione psicopatologica, in misura proporzionale al grado di incapacità del malato¹³³. Ed infatti, la questione non può essere risolta affermando l'esistenza di una dirimente discrasia teleologica tra il provvedimento amministrativo del t.s.o. e gli istituti civilistici di rappresentazione della volontà del paziente, in ragione del fatto che l'uno sarebbe previsto esclusivamente per la tutela della salute pubblica, mentre l'altro avrebbe ad oggetto esclusivo l'interesse del paziente¹³⁴. Ciò per vari ordini di ragioni:

- a) in primo luogo, si è già precedentemente censurata l'ipotesi che restringe la possibilità di imporre un trattamento sanitario alla sola fattispecie implicante un rischio per la salute e l'integrità fisica dei consociati. Ciononostante – finanche accogliendo l'impostazione invalsa nella dottrina maggioritaria (cfr. *supra*, par. 3) – il risultato non cambia: sostenere che l'art. 32 Cost. consente esclusivamente trattamenti previsti per la sicurezza pubblica non significa escludere dal perimetro applicativo delle relative garanzie l'imposizione delle cure per la sola salute individuale, ma – semmai – vieta radicalmente che la legge possa introdurre qualsivoglia forma di eteronoma imposizione terapeutica orientata a finalità diverse dalla protezione dei terzi (v. *supra*);
- b) la fisiologica e perdurante interferenza dei relativi ambiti di applicazione non consente l'esatta separazione concettuale degli istituti in esame. Come esaminato in precedenza, infatti, alla prova dei fatti non è per nulla scontato che la configurazione dell'istituto in termini di trattamento sanitario obbligatorio implichi la rinuncia ad un'azione provvedimento esclusivamente indirizzata alla salute individuale del paziente. Si pensi alle prevalenti tendenze applicative in ordine alla responsabilità colposa del medico per non aver prevenuto il suicidio, attivando gli strumenti amministrativi previsti dalla l. n. 833/1978. Analogamente, non è escluso che l'attività del tutore o amministratore di sostegno possa esplicarsi in termini di controllo, preconstituendo una posizione di garanzia azionabile dai terzi ex art. 2047 c.c., eventualmente pregiudicati dalle azioni lesive del malato sorvegliato¹³⁵. Peraltro, non si può aprioristicamente escludere che tra gli elementi globalmente valutati dall'amministratore e dal tutore al fine della miglior intrapresa terapeutica

¹³⁰ Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. Dir.*, 5, 2010, pag. 492; Trib. Milano, decr. 5 aprile 2007, in P. CENDON, R. ROSSI, *cit.*, pag. 305.

¹³¹ Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004, in P. CENDON, R. ROSSI, *cit.*, pag. 314.

¹³² Trib. Roma, decreto 7 giugno 2005, citato da G. FERRANDO, *L'Amministratore di sostegno e le sue applicazioni*, p. 845; Trib. Asti, 10 maggio 2012, in *Giur.It.*, 11, 2012, p. 2279.

¹³³ M. PINI, *op. cit.*, pag. 11; *Committee on the Rights of Person with Disabilities*, Concluding observations on the initial report of Italy, 6 ottobre 2016.

¹³⁴ A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, *cit.*, p. 547.

¹³⁵ A. THIENE, *Art. 2047*, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2016, p. 2217.

nell'interesse del beneficiario¹³⁶, trovi spazio l'esigenza di protezione preventiva del malato dalle possibili ricadute personali, sociali, patrimoniali e familiari dell'atto etero-aggressivo potenzialmente futuribile¹³⁷;

- c) è tradizionalmente escluso che il proposito terapeutico valga ad escludere l'applicazione dell'art. 13 Cost. nelle fattispecie in cui essa implichi la limitazione della libertà personale del paziente, in quanto il perimetro applicativo del principio va raccordato all'esistenza di effetti intrinsecamente coercitivi, a prescindere dall'apparato di presupposti che legittimano l'intervento¹³⁸ (cfr. *supra*, par. 3).

Anche a prescindere da ciò, contrariamente al principio invalso nella giurisprudenza di legittimità¹³⁹ e stabilmente attuato dai giudici di merito¹⁴⁰, la surrogazione del paziente incapace per l'espressione del consenso a qualunque attività sanitaria (chirurgica, clinica o psichiatrica) non può legittimare una distinzione fattispecie legali di coercizione terapeutica, sottraendo all'obbligo di conformità con l'art. 32 interi istituti e dinamiche concrete. Si avrebbe infatti l'ipotesi di t.s.o. per malattia mentale che, una volta rubricato come tale, dovrebbe conformarsi alle riserve di legge e di giurisdizione, al vincolo finalistico alla tutela della salute pubblica e al limite al rispetto della persona umana; al contrario, la coazione attraverso l'istituto civilistico – non sussumibile nell'art. 32, in quanto non costituente trattamento sanitario obbligatorio – rimarrebbe esente delle guarentigie a tal fine prescritte e precedentemente analizzate (cfr. par. 2 e 3). Ciò in palese contraddizione con la *ratio* della norma, che mira alla previsione di uno standard minimo di tutela applicabile a qualunque ingerenza esterna sulla sfera intima e personalissima della salute¹⁴¹. Indicativa sul piano ermeneutico è la tendenza dottrinale a decoficare il rapporto tra t.s.o. ex art. artt. 34 e ss. della l. n. 833/1978 e amministrazione di sostegno, secondo un criterio di specialità per materia del primo (ammissibile per la sola cura del disturbo psichiatrico), rispetto al secondo (consentito per ogni altra patologia coesistente con il deterioramento delle funzioni cognitive, ma non per la diretta terapia del medesimo)¹⁴². In proposito, peraltro, non si comprende la ragionevolezza di distinguere il campo applicativo dello strumento giuridico in relazione alla natura dell'affezione, come se la distinzione nosografica potesse implicare una dequotazione delle garanzie. Anzi, la diversità di presupposti dovrebbe indurre a ritenere che possano esservi casi nei quali

¹³⁶ I. RAPISARDA, *op.cit.*, p. 197; R. MASONI, *Consenso informato, amministrazione di sostegno ed intervento medico-sanitario*, cit., p. 1310.

¹³⁷ «È del resto illusorio separare le conseguenze personali [...] da quelle verso terzi: la manifestazione di violenza ed aggressività non reca danno solo al terzo aggredito ma anche all'aggressore», cfr. Cass. pen. 14 novembre 2007, citata da G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, cit., p. 110.

¹³⁸ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 115.

¹³⁹ Cass. civ., sent. 18 dicembre 1989, n. 5652, in *Giust. civ. mass.*, 12, 1989.

¹⁴⁰ M. PINI, *op. cit.*, pag. 11; U. ROMA, *op. cit.*, pag. 728; A. COSTANZO, *Il consenso dell'interdetto agli atti sanitari tra volontà residua e volontà presunta: funzione del tutore e ruolo del giudice tutelare*, in *Fam. Pers. Succ.*, 10, 2012, p. 714; Trib. Milano, decr. 5 aprile 2007, in P. CENDON, R. ROSSI, cit., pag. 305; Trib. Reggio Emilia, decr. 29 giugno 2011, in *Fam. Pers. Succ.*, 10, 2012, p. 714; Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. Dir.*, 5, 2010, pag. 492.

¹⁴¹ Ne è indice interpretativo la formulazione letterale dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo che – nel prendere in considerazione la posizione delle persone prive della capacità di prestare il consenso – omologa l'autorizzazione rilasciata dall'autorità pubblica a quella del rappresentante o di qualunque altro soggetto designato dalla legge.

¹⁴² A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, cit., p. 547.

il paziente psichiatrico non sia in condizione di esprimere un valido consenso alla sedazione del disturbo ma, al contempo, la manifestazione non pericolosa dello scompenso escluda l'operatività dell'ordinanza comunale. Se l'applicazione dell'amministratore di sostegno innalza il livello di tutela del diritto alla salute per il paziente incapace, non si comprende perché l'istituto non possa estrinsecare i medesimi effetti nella terapia dell'alterazione psicopatologica, a maggior ragione per il fatto che la decisione dell'amministratore comunque implica l'approntamento di presidi fisici e farmacologici propedeutici ad impedire al malato di sottrarsi alla conduzione dell'intervento autorizzato.

L'azione sul paziente dissenziente al fine di fiaccarne le resistenze e procedere all'esecuzione di un qualunque intervento sanitario¹⁴³ autorizzato dal rappresentante va quindi sussunta nei trattamenti sanitari obbligatori di cui all'art. 32 Cost. e – in caso di imposizione di un obbligo di residenzialità o di ricorso a presidi fisici e farmacologici contenitivi o neutralizzanti in funzione prodromica all'intervento – nelle misure limitative della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. Si è in passato fortemente criticata la grave carenza di tipicità delle potestà di surrogazione del paziente nell'espressione del consenso all'atto medico¹⁴⁴, in contrasto con le riserve di legge di cui agli artt. 13 e 32 Cost., atteso che la normativa codicistica non tipizza espressamente l'adesione ai trattamenti sanitari tra le facoltà esercitabili dal tutore e dall'amministratore di sostegno.

Il quadro è oggi sostanzialmente migliorato, in forza dell'art. 3 della l. n. 219/2017, che espressamente raccorda l'esercizio del potere ad una base giuridica di rango primario. La riconduzione concettuale degli istituti civilistici tra le fattispecie di trattamenti obbligatori non vale infatti ad escludere aprioristicamente il ricorso agli strumenti di rappresentanza della volontà, ma impone al legislatore di modellarne la disciplina assicurando il rispetto della riserva legge, nonché la specifica convalida ad opera dell'autorità giudiziaria, insuscettibile di essere soddisfatta dal preconfezionamento di una delega in bianco. Occorre inoltre procedere ad un confronto analitico con i dispositivi di tutela introdotti dalla disciplina vigente in materia di trattamenti coattivi, nella consapevolezza che la rinuncia ad un procedimento orchestrato dall'ente pubblico rimette illegittimamente alla discrezionalità del giudice tutelare la previsione di garanzie preposte ad assicurare la completezza e rendicontazione dell'istruttoria, la formalizzazione di adempimenti scritti che consentano la ricostruzione delle procedure seguite e la tracciabilità dei criteri di giudizio impiegati dal rappresentante. A differenza di quanto previsto dai commi 4 e 5 dell'art. 34 della l. n. n. 833/1978, il codice civile e la l. n. 219/2017 affidano inoltre alle buone prassi l'apposizione di termini massimi per la degenza nella struttura prescelta, l'adesione alle pratiche di contenzione e il rinnovo periodico delle autorizzazioni in relazione all'andamento del trattamento, rinunciando a prescrivere stabili vettori informativi periodici che – a differenza della mera cartella clinica – offrano un collegamento con l'esterno, impedendo che la gestione sull'opportunità e i modi del trattamento si esaurisca nel contesto di cura, specie quando – a seguito dell'autorizzazione al ricovero o della residenzialità forzata in un contesto di lungodegenza – la gestione della fase trattamentale di lungo periodo venga monopolizzata dalla relazione bilaterale tra il rappresentante e la struttura, specie privata, di accoglienza.

¹⁴³ Trib. Modena, decreto 15 settembre 2004, in P. CENDON, R. ROSSI, *cit.*, pag. 313; Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. Dir.*, 5, 2010, pag. 492.

¹⁴⁴ F. DALLA BALLA, *Amministrazione e cura*, *cit.*, p. 203.

7. Il soccorso urgente

Le perduranti incertezze ermeneutiche sull'applicazione della l. n. 833/1978 e sulla natura della posizione di garanzia dello psichiatra hanno inoltre un precipitato importante sul piano dell'intervento non consensuale in emergenza. A partire dall'art. 54 cod. pen. è stata tradizionalmente ricostruita la cornice giuridica dell'intervento sanitario, svolto in emergenza per evitare l'imminente danno grave all'integrità fisica o alla salute della persona, nell'impossibilità di acquisire il previo consenso¹⁴⁵.

L'istituto penalistico del soccorso di necessità risente di un'intrinseca ambiguità interpretativa, destinata ad aggravarsi una volta contestualizzato il relativo campo applicativo nell'ambito medico-psichiatrico. La latitudine degli interessi e dei beni giuridici potenzialmente coinvolti nella contingenza dello scompenso psicopatologico è infatti più ampia di quanto tradizionalmente non accada nell'ambito medico-chirurgico e ciò influisce sulla perimetrazione della situazione necessitante, in ragione del fatto che «l'interpretazione del concetto di danno grave alla persona deve evitare restrizioni aprioristiche: tale concetto è, di per sé, idoneo a ricomprendere qualsiasi lesione minacciata ad un bene personale giuridicamente rilevante, si tratti di un bene tutelato nell'ambito penale, ovvero in quello extrapenale»¹⁴⁶.

La fattispecie ha trovato suggello interpretativo nelle *Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale*, approvate dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il 29 aprile 2009 e recepite in modo discontinuo dagli enti sottoscrittori¹⁴⁷. Le linee guida ricettive degli accordi codificano tra gli «interventi sanitari che non necessitano di T.S.O.», giustificati dall'art. 54 c.p., proprio quelle «situazioni di interesse psichiatrico [...] caratterizzate da urgenza e drammaticità» che comportino «un grave e attuale rischio per l'incolumità del paziente o di terzi». Il trattamento obbligatorio disposto dall'amministrazione in applicazione degli artt. 33 e ss. della l. n. 833/1978 avrebbe infatti, stando all'interpretazione emersa in sede regionale, un ambito oggettivo di operatività ben distinto dal soccorso di necessità: a) innanzitutto l'interpretazione tradizionale richiede per la predisposizione di un t.s.o. la prognosi di un rischio di agiti pregiudizievoli per la salute dei terzi; al contrario il campo applicativo del «danno grave alla persona» si estende alla più generica considerazione del «complesso più vasto di beni giuridici, coinvolgente anche interessi attinenti alla personalità dell'uomo» soccorso¹⁴⁸; b) in secondo luogo, l'art. 34 richiede la diagnosi di un quadro patologico strettamente sussumibile nel paradigma nosografico della malattia mentale¹⁴⁹.

¹⁴⁵ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, p. 22; Cass. civ. sent. 12 febbraio 2015, n. 2854; Cass. pen. sent. 29 maggio 2002, n. 26446, entrambe in www.leggiditalia.it (1/2/2019).

¹⁴⁶ *Idem*, p. 309. Sul punto, per una posizione aperturista della giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. pen. sent. 21 marzo 2014, n. 20425, in www.leggiditalia.it (1/2/2019).

¹⁴⁷ Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale*, n. 09/038/CR/C del 29/04/2009; *Linee Guida Regionali per i Dipartimenti di Salute Mentale in materia di Trattamento Sanitario Obbligatorio e Accertamento Sanitario Obbligatorio*, Allegato A della d.G.R. del Veneto del 31 marzo 2009, n. 847; *Linee Guida Regionali in materia di Trattamento Sanitario Obbligatorio e Accertamento Sanitario Obbligatorio*, adottate dalla Regione Sardegna con delibera 29 marzo 2011.

¹⁴⁸ C.F. GROSSO, voce *Necessità (dir. pen.)*, in *Encl. dir.*, 1977, vol. XXVII, p. 883.

¹⁴⁹ Il riferimento è ai concetti di «disturbo» mentale (D.S.M.-5) e «sindrome» (I.C.D.-IV-T.R., 2000). Sul rinvio al dato tassonomico mediante una qualificazione di sintesi cfr. Cass. pen. Sez. Un., sent. n. 9136/2005, in

(mentre lo stato di necessità si presta a ricomprendere qualunque fattispecie di alterazione psichica, ivi compresi i casi riconducibili agli stati emotivi e passionali, all'abuso da sostanze etc.); c) la legittimazione dell'intervento terapeutico attraverso la norma penalistica presuppone che l'esplicitazione del dissenso alla cura possa considerarsi «non valido», in quanto viziato dall'acuzie del disturbo, mentre il t.s.o. andrebbe riferito esclusivamente ai casi in cui il soggetto rimanga giuridicamente capace esprimere il consenso, come si deduce dall'art. 33, comma 5, della l. n. 833/1978, che onera i sanitari a ricercarlo in ogni fase del procedimento. La differenziazione dei presupposti legittimanti comporta, secondo quanto stabilito dagli atti in esame, che «non è mai ammissibile, a seguito della stessa valutazione medica, avviare le procedure per il TSO e contestualmente invocare lo stato di necessità», cosicché «nell'ipotesi che esista veramente uno stato di necessità, il TSO crea un dannoso rallentamento di intervento».

La delicatezza del passaggio ermeneutico in discorso si coglie in particolare in riferimento all'ammissibilità ed alla durata delle pratiche coercitive controverse sul piano della contenzione terapeutica e farmacologica, fuori dalla cornice giuridica offerta dall'intermediazione amministrativa prevista dalla l. n. 833/1978¹⁵⁰.

L'interpretazione, avallata con uno strumento inidoneo ad incidere sull'interpretazione della fonte sovraordinata, è criticabile. Innanzitutto, non corrisponde a nessuna fonte positiva il fatto che il trattamento sanitario obbligatorio presupponga la validità giuridica del dissenso espresso¹⁵¹. Quest'ultimo, al contrario, viene rilevato come mero fatto materiale, bisognoso di superamento mediante intervento coattivo dell'amministrazione. Non sembra inoltre fondato, alla luce del tenore letterale dell'art. 34 della l. n. 833/1978, escludere che possano essere ricondotte tra le «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici» ipotesi di rischio attuale ed incombente.

Fortemente dubbia sembra anche la compatibilità della lettura con l'obbligo di interpretazione conforme rispetto all'art. 32 Cost. Argomentando a partire da un'analisi rigorosa della disciplina costituzionale, in letteratura è stata radicalmente esclusa la legittimità di qualunque intervento sanitario su un paziente psichiatrico esplicitamente dissenziente, in assenza di un provvedimento autorizzatorio disposto in conformità agli artt. 33 e ss. della l. n. 833/1978. Il combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost. prescrive che la norma impositiva di un trattamento sanitario debba strutturarsi in «prescrizioni relative a trattamenti determinati»¹⁵², in quanto la riserva di legge non può considerarsi soddisfatta dalla positivizzazione di un generico riferimento situazionale di necessità, suscettibile di applicazione trasversale, come accade nella disciplina delle scriminanti. La semplice esistenza di un'obnubilazione delle facoltà intellettive, infatti, «non si trasforma [...] in un limite negativo al criterio della volontarietà dei trattamenti», a pena di strumentalizzare il formante penale per «privare di efficacia la norma costituzionale», imputando al principio di aver «perso il legame con la realtà concreta»¹⁵³.

www.leggiditalia.it (1/2/2019); G.u.p. Milano, 24 ottobre 2003, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2004, p. 484; M. CELVA, «The ghost in the machine». Il vizio di mentre tra vecchi e nuovi paradigmi: il rilievo attuale del nesso eziologico tra disturbo e condotta, in *Ind. Pen.*, 2, 2014, p. 438.

¹⁵⁰ G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 6, 2011, p. 1506.

¹⁵¹ Contra U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 953.

¹⁵² S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, cit., p. 286.

¹⁵³ *Idem*, 287.

Senonché, occorre prendere atto che, come sottolinea una letteratura non certo indiziabile di un *deficit* di garantismo, «esistono [...] situazioni in cui una persona può manifestare un evidente stato di sofferenza tanto profondo da impedire la possibilità di esprimere la propria adesione al trattamento e altrettanto grave da richiedere cure urgenti e non rinviabili, dove neppure l'ordinanza del sindaco si può attendere», a costo di «cagionare danni irreversibili alla salute della persona se non addirittura la morte»¹⁵⁴.

Porre in capo al sanitario un obbligo di astensione, da rispettare fino a che non intervenga il provvedimento amministrativo, significa onerare altri della risposta alla situazione pericolosa, derubricando l'urgenza clinica a mera questione di ordine pubblico. Procedimentalizzare il t.s.o. per tutelare il malato dall'abuso delle cure coatte non significa che, nelle more dell'*iter* autorizzativo, debba essere preferita l'opzione della forza pubblica e la "*violentizzazione*" della reazione al disturbo, specie in quelle ipotesi di tale gravità clinica da non consentire nemmeno un leggero differimento temporale nell'approntamento dei presidi sanitari.

Esiste quindi, empiricamente, una zona grigia, che impone all'interprete di orientare teleologicamente la sincronia sistematica degli strumenti previsti dall'ordinamento. Avvitare la questione sull'ermeneutica del solo dato penale travisa la necessità di coordinamento con i principi previsti dalla legislazione di settore e, in particolare, dalla l. n. 833/1978. La soluzione, ancora una volta, presuppone di l'esatta perimetrazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente psichiatrico e degli obblighi di garanzia: nella materia in esame, infatti, ciò che non è doveroso è illecito e ciò che non è illecito è doveroso. Prescrive l'art. 33, della l. n. 833/1978 che «gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari». Solo nelle specifiche fattispecie tassativamente previste l'intervento può svolgersi neutralizzando il dissenso espresso dal paziente (comma 2). Ciò in quanto la riserva di legge è al contempo limite e legittimazione del potere normativo: spetta ai titolari del potere legislativo il compito di comporre il bilanciamento di interessi di ordine sociale, etico, politico, individuando quali specifiche fenomenologie morbose mettano in pericolo diritti ed interessi, autorizzando la compressione del diritto individuale all'autodeterminazione ai trattamenti terapeutici, mediante l'intervento sanitario coatto. In deroga al quadro giuridico positivo, nessun operatore, per quanto qualificato, può coercire il dissenso ed imporre le proprie direttive di trattamento. Argomentando a contrario rispetto a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282/2002, l'art. 32, comma 2, Cost. iscrive lo spazio tecnico, riservato all'azione in scienza e coscienza del medico, in un perimetro di discrezionalità politica, legittimando la traduzione prescrittiva di valutazioni ed interessi che trascendono le risultanze scientifiche.

Ed infatti, in materia di responsabilità, la giurisprudenza ha sottolineato che non possono essere giuridicamente ricondotti alla posizione di protezione del medico i casi di dissenso che non presentino gli estremi per la proposta di t.s.o.¹⁵⁵. In sostanza, una volta accertato il dissenso, o emergono le condizioni per la formulazione della proposta di trattamento coercitivo, ovvero l'autodeterminazione dispiega piena efficacia ed il sanitario è tenuto ad arrestare l'intendimento terapeutico, deferente verso il principio di cui all'art. 32 Cost. e la relativa normativa primaria di attuazione.

¹⁵⁴ P. DELL'ACQUA, *Persone, malattia mentale e guarigione*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 792.

¹⁵⁵ Cass. pen. sent. 15 maggio 2012, n. 18504, in www.leggiditalia.it (30/1/2019).

Ne consegue che l'ambito oggettivo di applicazione degli artt. 51 e 54 c.p. può essere individuato esclusivamente in combinato disposto con le fattispecie sostanziali codificate, per le quali il legislatore ammette la coartazione del dissenso espresso dal paziente. In pratica, di fronte alle resistenze del malato è ammesso il soccorso urgente solo nelle more del procedimento previsto dall'art. 34 della l. n. 833/1978, allorché sussistano le quattro condizioni che la legge prevede ai fini della disposizione del t.s.o., quando l'attesa dell'ordinanza renderebbe l'intervento troppo tardivo ed ormai inidoneo alla salvaguardia degli interessi tutelati dall'amministrazione.

In una simile prospettiva, la riserva di legge ed il bilanciamento di interessi operato in sede politica risultano rispettati, in quanto il medico non amplia la casistica clinica eccezionalmente ritenuta rilevante dalle norme attuative dell'art. 32, comma 2°, Cost. e non si sostituisce al legislatore nella composizione del bilanciamento tra gli interessi posti in pericolo dalla situazione necessitante ed i diritti lesi dall'intervento non consensuale. La carenza del provvedimento autorizzatorio consente quindi al personale sanitario di svolgere esclusivamente gli atti strettamente conservativi, utili ad evitare la degenerazione della situazione, senza poter procedere al ricovero coatto nel servizio psichiatrico di diagnosi e cura. In ambito psichiatrico, di fronte al dissenso del paziente, la pubblica necessità già valorizzata dalle Sez. Un. della Corte di Cassazione¹⁵⁶, è tale esclusivamente quando vidimata dal legislatore mediante l'indicazione della fattispecie sostanziale che fonda e legittima il trattamento sanitario obbligatorio.

8. In conclusione

Lo sguardo d'insieme mette in luce l'esistenza di una continuità tra l'ermeneutica costituzionale prevalente e la risposta operativa della l. n. 833/1978, scaturente dal riferimento ad un comune quadro assiologico, che nega l'esistenza di una dimensione oggettiva della salute ed assolutizza in termini quasi ideologici il riferimento alla contrattualizzazione dell'attività sanitaria.

L'interpretazione tradizionale dell'art. 32 Cost. ha trascurato la dimensione prestazionale del diritto all'autodeterminazione terapeutica che – non dissimilmente dalle altre libertà propriamente dette¹⁵⁷ – presuppone l'intervento positivo dello Stato nell'approntare strumenti giuridici capaci di distinguere le situazioni di partenza e rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'esercizio dei diritti fondamentali.

La tenaglia – che stringe la legittimazione dell'intervento medico non consensuale tra l'indifferenza per l'incapacità di intendere e volere e la rilevanza assorbente accordata al requisito della pericolosità – è rimasta confinata al piano dogmatico e costituzionale, sortendo la surrettizia opposizione applicativa sia in sede amministrativa che nella giurisprudenza ordinaria. La nettezza di termini con cui la Consulta nega qualsivoglia limite all'autodeterminazione terapeutica, non dettato da esigenze di salute pubblica, contribuisce a creare un vuoto di tutela a seconda del gradiente di incapacità. Finirebbe così prigioniero dell'interpretazione, che lo vuole unico arbitro della propria salute, il malato inoffensivo che nemmeno comprende l'insorgenza della patologia.

¹⁵⁶ Art. 359 c.p.; cfr. Cass. pen. Sez. Un., sent. 18 dicembre 2008, n. 2437, in www.leggiditalia.it (1/2/2019).

¹⁵⁷ R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 28.

La l. n. 833/1978 è stata concepita sulla dicotomia tra prestazione terapeutica consensuale ed obbligatoria, polarizzando agli estremi le fattispecie di legittimazione dell'intervento sanitario. Un'impostazione così categorizzante si è tradotta in una forte debolezza strutturale della disciplina, che ne ha viziato *in nuce* l'applicazione. La patologia psichiatrica presenta, infatti, una variabilità casistica che si colloca prevalentemente nel limbo tra la difficoltà pratica di assicurare una legittimazione validamente consensuale al trattamento terapeutico e i limiti dell'approccio coattivo. Scontando la difficoltà di un'astratta codificazione dei presupposti patologici, il legislatore ha provato a soddisfare la riserva di legge. Tuttavia, nel tentativo di contemperare la fisiologica indeterminatezza del dato naturalistico¹⁵⁸ con le esigenze tradizionali di tassatività nella predeterminazione legislativa dei presupposti e dei contenuti del provvedimento amministrativo (artt. 13, 32 e 97 Cost.), ha finito per ricorrere a formule circolari, quali «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti terapeutici» (art. 34, comma 4°, della l. n. 833/1978).

La c.d. *deistituzionalizzazione* si è conclusa con la transizione ad un assetto istituzionale dall'*identità debole*, nel quale l'amministrazione sanitaria fatica a identificare i contenuti dell'obbligazione prestazionale da erogare nel quadro dei pubblici poteri, strutturandosi di conseguenza.

Il fatto che l'esasperata sintesi del dato normativo non consenta a priori la ricostruzione del mandato istituzionale e delle responsabilità degli operatori psichiatrici concorre all'emersione di prassi controverse, a tutt'oggi oggetto di irrisolte contraddizioni ermeneutiche (ne sono un esempio il ruolo del tutore e dell'amministratore di sostegno, la funzione del soccorso urgente ex art. 54 c.p., la chiusura delle porte del reparto di degenza, la validità dell'assenso all'atto terapeutico, l'abbandono della struttura di degenza da parte del paziente incapace non in regime di ricovero coatto, previa sottoscrizione della cartella clinica ai fini dell'esenzione di responsabilità).

L'incertezza della normativa di settore si ripercuote sulla ricostruzione rigorosa della causalità giuridica in caso di evento infausto. Sia in ambito civile che penale, è necessario integrare le singole fattispecie di responsabilità perimetrando in termini operativi gli interessi protetti, i titolari ed i contenuti della posizione di garanzia discendente dalla l. n. 833/1978. Ne è indice l'emersione di orientamenti giurisprudenziali di segno opposto, implementati da una serie di sfumature intermedie. Ad esempio, una accreditata tendenza interpretativa, coerentemente con la menzionata giurisprudenza costituzionale, ha letto nel trattamento coercitivo uno strumento di prevenzione specificamente predisposto per la tutela consociati¹⁵⁹. Con approdi estremi, si è financo sostenuto che l'obbligo di prendere in carico il paziente e garantire la salute pubblica possa essere incidentalmente occasionato da un qualunque contesto fattuale che consenta la «prognosi e la prevedibilità di eventi più o meno improvvisi, auto od

¹⁵⁸ La difficoltà della scienza psichiatrica di offrire un consolidato paradigma definitorio (S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, pag. 166; M. BUCCA, F.J. SCARSI, R. ROSSI, *Elementi di diagnostica e di classificazione psichiatrica*, in F. GIBERTI, R. ROSSI, *Manuale di psichiatria*, Padova, 2009, pag. 57; I. MERZAGORA BETSOS, *L'imputabilità*, in G. GIUSTI (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 1999, vol. IV, pag. 589) non consente alla legge di abdicare al proprio ruolo (la tutela dei diritti), imponendole di modellare, anzi, i propri riferimenti positivi per evitare che le contraddizioni al sapere tecnico degli operatori si ripercuotano sulle libertà fondamentali.

¹⁵⁹ Cass. pen. sent. 11 marzo 2008, n. 10795, in *Riv. It. Med. Leg.*, 6, 2008, p. 1419; C. App. Perugia, sent. 9 novembre 1984, in *Foro It.*, 1, 1988, parte II, p. 107; Trib. Perugia, sent. 20 ottobre 1986, in *Foro It.*, 1, 1988, parte II, p. 107; Trib. Bolzano, sent. 9 febbraio 1984, in *Foro It.*, 1, 1985, p. 156.

etero aggressivi, e comunque ad eventi di danno costituiti da un aggravamento della malattia psichica (ed eventualmente anche fisica) indipendentemente da manifestazioni aggressive»¹⁶⁰. La relazione terapeutica avrebbe in questi casi un ascendente prettamente situazionale, capace di gravare qualunque medico che, una volta entrato in contatto con il malato, sia in condizione di percepirne l'alterazione acuta e grave e l'urgente necessità di ricevere interventi terapeutici¹⁶¹. Il garante tenuto alla proposta di t.s.o. andrebbe individuato integrando la l. n. 833/1978 con le fonti che regolano l'obbligo di soccorso medico in urgenza (in particolare artt. 593 e 591 c.p.), «esattamente come avviene di fronte a un'emorragia, un infarto, un ictus»¹⁶².

Altri autori hanno valorizzato «la mutata funzione del ricovero in reparto psichiatrico a seguito dell'entrata in vigore della l.n. 180/1978»¹⁶³, per dedurre l'abrogazione del concetto di pericolosità¹⁶⁴ e l'inesistenza di una qualsivoglia obbligo di controllo. La l. n. 36/1904 e il r.d. n. 615/1909 configuravano la procedura d'internamento come concatenazione di posizioni di garanzia, utile ad assicurare che nelle fasi di «consegna», «ritiro» e «custodia» vi fosse sempre un controllore preposto, cui imputare gli eventuali atti lesivi del malato¹⁶⁵. La rottura con l'ordinamento manicomiale avrebbe imposto la pretermissione delle esigenze di profilassi sociale. Stando a questo secondo filone – da alcuni definito analogamente «maggioritario»¹⁶⁶ – non esisterebbe nell'ordinamento «nemmeno una norma giuridica che gravi l'operatore psichiatrico di un compito di protezione» della collettività, tale da estendersi alla prevenzione dei reati presagibili in relazione al decorso psicopatologico ed alla condotta del proprio paziente¹⁶⁷. In definitiva, se anche «il sanitario, mal valutando il quadro clinico, omette di prestare le opportune cure, ciò non sarebbe sufficiente per ritenere la sua responsabilità colposa in ordine ai fatti reato posto in essere dal malato di mente», difettando l'obbligo giuridico di impedire l'evento¹⁶⁸. La tutela dell'incolumità pubblica sarebbe perciò un mero «riflesso accessorio» del trattamento obbligatorio¹⁶⁹, insuscettibile di preconstituire una posizione giuridica risarcibile a favore dei consociati in caso di omesso o scorretto esercizio del potere di proposta di cui all'art. 33, comma 3, della l. n. 833/1978. Anche questa ipotesi ricostruttiva – pur declinata in innumerevoli variabili, che solo una buona dose di

¹⁶⁰ A. FIORI, F. BUZZI, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2008, p. 1444.

¹⁶¹ E. POZZI, *op.cit.*, p. 220; Trib. Perugia, sent. 20 ottobre 1986, in *Foro It.*, 1, 1988, parte II, p. 107; Trib. Busto Arsizio, sent. 9 dicembre 2008, non pubblicata.

¹⁶² E. POZZI, *op.cit.*, p. 220.

¹⁶³ M. BARALDO, *op.cit.*, p. 4640; S. JOURDAN, *op.cit.*, p. 116.

¹⁶⁴ B. DE RISIO, *op.cit.*, p. 251; G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., p. 111.

¹⁶⁵ Artt. 66 e 69 del r.d. n. 615/1909.

¹⁶⁶ S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 215; S. JOURDAN, *op.cit.*, p. 121.

¹⁶⁷ G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente*, cit., p. 57. Sulla stessa linea S. ANZILOTTI, *op.cit.*, p. 215, secondo cui sul fronte della prevenzione dei futuribili atti di etero-aggressività «il medico non avrebbe nessun dovere di controllo o contenimento perché esulano dal perimetro dell'art. 32 Cost. compiti di tutela estesi ad impedire il compimento di reati altrui». O. GRECO, R. CATANESI, *op.cit.*, p. 57; S. JOURDAN, *op.cit.*, p. 114; M. BARALDO, *op.cit.*, p. 4641.

¹⁶⁷ Cass. pen. sent. 5 maggio 1987, in *Foro It.*, 1988, p. 107

¹⁶⁸ O. GRECO, R. CATANESI, *op.cit.*, p. 58.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 59.

approssimazione consente di sintetizzare in un quadro unitario – ha avuto un certo seguito giurisprudenziale¹⁷⁰.

Se il combinato disposto della l. n. 833/1978 e dei residui scampoli della l. n. 180/1978 non identifica con sufficiente determinatezza gli interessi protetti mediante il conferimento di poteri autoritativi, non risponde efficacemente allo scopo ordinamentale di garantire certezza e prevedibilità degli obblighi discendenti dalla posizione di garanzia dell'amministrazione sanitaria. L'ambiguità del formante legislativo nell'orientare teleologicamente l'attività dei servizi psichiatrici rende problematico individuare le prestazioni pretensibili e tracciare il riparto di competenza tra le istituzioni preposte alla tutela di interessi contigui (in particolare l'autorità di pubblica sicurezza), tanto nell'ordinario¹⁷¹, quanto – a maggior ragione – nelle fattispecie *border-line*, di dubbia riconducibilità al paradigma nosografico della malattia mentale¹⁷².

La rigidità ideologica della l. n. 833/1978 ha favorito la ricerca di espedienti giuridici e situazionali alternativi, più adatti alla considerazione complessiva dei fattori che rendono la salute «risultato globale di una serie di fattori coordinati»¹⁷³. La prassi ha reagito al rischio di un vuoto di tutela, strumentalizzando l'ambito di applicazione di taluni istituti. Ne sono indici la veicolazione del soccorso di necessità per la legittimazione delle pratiche di contenzione¹⁷⁴ e gli effetti surrogatori riconosciuti alle misure previste dal *Titolo XII* del codice civile, cui sono ascritti effetti potenzialmente analoghi a quelli tradizionalmente propri dei trattamenti obbligatori.

Positivamente, l'impiego degli istituti civilistici di surrogazione della volontà del paziente ha in parte corrisposto alle sollecitazioni espresse da chi propugnava la riformulazione del parametro biogiuridico sulla base di una prospettiva meramente procedurale, capace di sottrarsi all'inevitabile inefficienza di un bilanciamento di interessi codificato a priori¹⁷⁵, a fronte di un pluralismo situazionale difficilmente predeterminabile. Ciò avrebbe tuttavia presupposto una riflessione profonda sull'idea che il trattamento sanitario sia privatamente coercibile, all'infuori del quadro di legalità sostanziale e procedurale che presiede l'azione dei pubblici poteri, in un contesto che storicamente riconduce allo Stato il monopolio nell'utilizzo della forza, nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali preposte all'*habeas corpus*¹⁷⁶. Si è quindi erroneamente ed irragionevolmente ritenuto che un simile risultato non potesse essere conseguito, se non dissimulando la riconducibilità delle misure di protezione delle persone prive

¹⁷⁰ Cass. civ. sent. 13 giugno 2008, n. 16803, in *Danno e responsabilità*, 8-9, 2008, p. 923; Cass. pen. sent. 5 maggio 1987, in *Foro It.*, 1, 1988, p. 107; Corte App. Cagliari, sent. 9 aprile 1991, in *Rivista giuridica sarda*, X, 1992, p. 158; Cass. pen. sent. 1 luglio 1987, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1989, p. 1379; Cass. pen. sent. 11 maggio 1990, in *Cassazione penale*, 1, 1991, p. 68, con nota A. FERRARO, p. 72; Trib. Trento, sent. 29 luglio 2002, in *Riv. pen.* 2003, p. 346; Trib. Brindisi, sent. 5 ottobre 1990, in *Foro It.* parte II, p. 273; Corte Ass. Parma, sent. 10 novembre 1989, in *N.G.C.C.*, 1990.

¹⁷¹ Ministero dell'Interno, circ. n. 3/2001; Trib. Mantova, comunicazione del 12 gennaio 2012, in *www.ilcaso.it* (1/2/2019); T.A.R. Sicilia-Catania, sent. 6 maggio 2005, n. 799; C.G.A.R.S., sent. 6 marzo 2008, n. 187, entrambe consultate in *www.leggiditalia.it* (1/2/2019); Trib. Torino, sent. 16 luglio 2018, n. 2414, *inedita*.

¹⁷² Cass. pen. 29 novembre 2018, n. 53455, *inedita*, c.d. *Magherini*.

¹⁷³ G. PRODI, voce *Salute/malattia*, cit., p. 398.

¹⁷⁴ G. DODARO, *Il problema* (op.cit. nota 146), p. 1506.

¹⁷⁵ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 186.

¹⁷⁶ D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2002, p. 37.

di autonomia all'ambito di applicazione dell'art. 32, comma 2, Cost., quand'anche implicanti un'autoritaria imposizione dell'attività terapeutica. Le dinamiche della sussidiarietà orizzontale, che – pur inconsapevoli nella genetica legislativa – innervano gli esiti applicativi del tutore e dell'amministratore di sostegno, presuppongono una questione di allocazione del potere e selezione degli interessi protetti ed implicano esiti pragmatici sul piano delle guarentigie.

Non interrogarsi sugli effetti intrinsecamente obbligatori dello strumento civilistico ha comportato la sottovalutazione della necessità di approntare meccanismi di tutela contro i rischi della confinazione privatistica delle scelte terapeutiche nel rapporto bipolare tra struttura sanitaria e rappresentante. Ne consegue la scarsa attenzione nella costruzione di un'analogia con le garanzie procedurali e sostanziali che il legislatore aveva posto a presidio dell'intervento pubblico. Il potere discrezionale del giudice nella definizione degli oneri procedurali ed istruttori dell'attività dell'amministratore di sostegno non può sopperire alla necessità che sia la legge a fissare i limiti oggettivi alle potestà decisorie del rappresentante, i soggetti che devono essere da questo coinvolti, i criteri di rendicontazione dell'attività, prescrivendo termini, modalità e guarentigie prodromiche all'eventuale trattenimento coatto presso un luogo di cura.

Un'introduzione critica alla condizione intersex

Giacomo Viggiani*

A CRITICAL INTRODUCTION TO THE INTERSEX CONDITION

ABSTRACT: The article aims at providing some insights into the emerging topic of “intersex”. In doing it, the paper describes and analyses some issues currently under academic and public debate, such as the correct definition of intersex and its quantification, the hurdles in terms of marital status, as well as the legitimacy of the neonatal surgeries.

KEYWORDS: intersex; dsd; intersexuality; genital surgeries; genital mutilation

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi – 2. Carneade! Chi era costui? – 3. DSD o *intersex*? – 4. L'attribuzione anagrafica di sesso – 5. Gli interventi chirurgici neonatali – 6. Conclusioni.

1. Brevi cenni introduttivi

Due sessi non sono abbastanza per descrivere la realtà sessuale, anzi ne servirebbero almeno cinque. Così sentenziava alcuni anni or sono la biologa statunitense Anne Fausto-Sterling¹, quando suggeriva di affiancare ai “tradizionali” maschio e femmina quelli che nominava come *herm* (l'ermafrodita), *merm* (lo pseudoermafrodita maschio) e *ferm* (la pseudoermafrodita femmina). A distanza di un quarto di secolo, quella proposta (*melius*: provocazione) non può certo dirsi accolta, sebbene l'emergente visibilità e vitalità dell'attivismo *intersex*² abbia contribuito al prodursi di una leggera e sottile crepatura nel paradigma binario maschio-femmina, se non ne è stato la vera e propria scaturigine.

Come fanno bene gli studiosi del diritto dell'antichità e in particolare del diritto romano, il giurista non è però nuovo a tale questione, nota anche al grande pubblico come ermafroditismo, benché tale denominazione sia imprecisa e fuorviante. Se in biologia si parla talvolta di ermafroditismo, lo si fa infatti solo in relazione a determinati classi di invertebrati, i quali o possiedono le gonadi di entrambi i sessi o una gonade polifunzionale (c.d. ermafroditismo simultaneo) oppure sperimentano un'inversione sessuale nel corso dell'esistenza (c.d. ermafroditismo sequenziale). Sia l'una che l'altra fattispecie mal si

* Ricercatore di Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia. Il presente prodotto della ricerca è stato realizzato grazie al contributo del progetto SAGE - Systemic Action for Gender Equality, finanziato dalla Commissione Europea all'interno Programma H2020-GERI-2015-1 (grant agreement No 710534). Mail: giacomo.viggiani@unibs.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ A. FAUSTO-STERLING, *The Five Sexes: Why Male and Female are not enough*, in *The Sciences*, Marzo/Aprile, 1993, 20-25; *The Five Sexes, Revisited*, in *The Sciences*, Luglio/Agosto, 2000, 18-23. Si veda anche G.N. CALLAHAN, *Between XX and XY. Intersexuality and myth of two sexes*, Chicago, 2009.

² A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *Rivista di biodiritto*, 2, 2015, 109-127, 110; A.D. DREGER, A.M. HERNDON, *Progress and Politics in the Intersex Rights Movement. Feminist Theory in Action*, in *GLQ*, 2009, 15, 2, 199-224.

attagliano alla biologia umana, ove si può al massimo parlare di pseudo-ermafroditismo (androginoide e ginoandroide), ovvero sia di un'ambiguità genitale e sessuale.

In questo senso leggiamo, ad esempio, di una chiosa di Ulpiano a commento della legge *De statu hominum* pervenuta a noi attraverso il *Digesto*, e che testimonia che già nel III sec. d. C. i giurisperiti si interrogavano su quale sesso anagrafico si dovesse attribuire a un neonato con un corpo ambiguo (*rectius*: ermafrodita)³. Un dilemma certo non solo accademico, visto il diverso (e peggiorativo) trattamento giuridico che l'ordinamento romano e successivamente medievale riservava alle donne anziché agli uomini⁴. Lo dimostra la constatazione che la *querelle* iniziata da Ulpiano non scomparve insieme a Romolo Augustolo, ma continuò a ricevere nuova linfa nei secoli successivi attraverso le dissertazioni dei dotti medievali, che non riuscivano a mettersi d'accordo su quale fosse la regola aurea da applicare per identificare il "vero" sesso di un corpo ambiguo⁵. La questione per loro, oltre che giuridica, era anche morale e teologica, stante il timore che la persona *intersex* potesse far uso di entrambi i suoi "sessi", sovvertendo la gerarchia e l'ordine immodificabile del Creato, che vedeva il maschio distinto e definito dalla femmina. L'epoca moderna e la trasformazione dell'arte medica in una vera e propria scienza non risolse poi l'antico dilemma, affastellando semmai uno strato di interrogativi medico-patologici ai già sedimentati dubbi teologici e giuridici, complice la scoperta di un altro sesso, quello cromosomico. Non solo era da sempre arduo categorizzare un corpo ambiguo, ma doveva ora anche essere rapportato a un bagaglio cromosomico potenzialmente capace di spargliare tutte le carte. In conclusione, nonostante gli sforzi indefessi e le diverse professionalità coinvolte dall'antichità ad oggi, una risposta certa e definitiva non è mai stata trovata e la peculiare condizione delle persone *intersex* continua a sfidare le frontiere del corpo "normale", che spesso sono anche le uniche frontiere che il diritto conosce e contempla⁶.

Data questa premessa, in questo contributo ci si propone di riflettere su quegli aspetti della questione su cui la dottrina si è in parte già interrogata, ma che nondimeno restano irrisolti o comunque non sufficientemente problematizzati⁷. Si è quindi scelto un approccio "generalista", affrontando questioni

³ «Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevalet» (*Digesto*, l.5.10).

⁴ A titolo di esempio, si consideri che la persona *intersex*, in caso di illecito, poteva essere scusata *ex ignorantia iuris* o *ex imbecillitate sexus* se considerata femmina, ma non avrebbe detenuto il diritto di succedere nell'eredità feudale, riservata al maschio. Oppure in caso di persona *intersex* vittima di violenza sessuale, l'imputato sarebbe stato processato per stupro, se si fosse considerata femmina la vittima, o per sodomia, se maschio. Si veda V. MARCHETTI, *L'invenzione della bisessualità. Discussioni tra teologi, medici e giuristi del XVII secolo sull'ambiguità dei corpi e delle anime*, Milano, 2001, 17-22.

⁵ Per una panoramica si rimanda a V. MARCHETTI, op. cit.

⁶ Riprendo qui il titolo del convegno *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*. Il trattamento giuridico della condizione intersessuale, che ha avuto luogo il 10 febbraio 2017 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Bergamo. La medesima espressione è stata utilizzata da A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, cit.

⁷ Penso in particolare a D. CROCKETTI, *L'invisibile intersex. Storie di corpi medicalizzati*, Pisa, 2013; B. BUSI, *La nuda vita degli ermafroditi*, in *Zapruder*, 2005, 6, 61-65; B. BUSI, *Modificazioni. Mgf, intersex, trans e produzione del sesso*, in S. MARCHETTI, J.M.H. MASCAT, V. PERILLI (a cura di), *Femministe a parole. Grovigli da districare*, Roma, 2012, 177-182; La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La Famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 485-493; A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, cit. Si veda anche L. GIACOMELLI, *Quando la vita*

disparate – la corretta definizione del fenomeno e la sua quantificazione, le difficoltà poste all'ordinamento dello stato civile, nonché la legittimità degli interventi chirurgici neonatali – cercando però di volta in volta di fornire una soluzione o un punto di vista alternativo.

2. Carneade! Chi era costui?

La chiarezza e la precisione sono i due perni su cui ruota – o almeno dovrebbe – l'universo normativo. Per affrontare adeguatamente la questione *intersex* è dunque opportuno chiarire innanzitutto di chi stiamo parlando. Ciò si rende a maggior ragione necessario perché non vi è accordo, tra i ricercatori, su quali condizioni possano essere qualificate come *intersex*, a causa anche dell'ampiezza del loro ventaglio⁸, sia in termini di gravità che di incidenza⁹. Di conseguenza, pure la quantificazione dell'incidenza statistica del fenomeno nella letteratura specialistica si presenta come ondivaga. Alcuni studiosi stimano 1 nato su 5000, altri 1 su 4500, altri ancora 1 su 100, qualcuno addirittura 1 su 20, con una deviazione statistica standard di 0,02 tra la prima e l'ultima stima¹⁰.

Secondo i ricercatori più "inclusivi", vanno considerate *intersex* sia, per esempio, la sindrome di Turner che l'ipospadia. La prima è una malattia cromosomica associata alla delezione parziale o alla monosomia del cromosoma X, tale che il soggetto si ritrova a possedere un cromosoma sessuale XO (anziché XX o XY). Come conseguenza, il soggetto risulta di bassa statura, con alterazioni marcate del sesso fenotipico, oltre a sperimentare problemi di fertilità. La seconda consiste invece in uno sviluppo anomalo degli organi genitali maschili, e in particolare dell'uretra, durante la vita embrionaria. Si tratta, insomma, di patologie ben diverse sia nell'eziologia che nella sintomatologia. Certo, entrambe appartengono al genere dell'atipia genitale, ma sono di specie diverse, perché differiscono per rilevanti determinazioni specifiche. Quello che qui più rileva è però che solo nella Sindrome di Turner il soggetto può effettivamente dirsi né maschio né femmina, a causa della monosomia del cromosoma sessuale e dell'ambiguità anatomica; nel secondo pare trovarsi davanti a una più "banale" malformazione

infrange il mito della 'normalità': il caso dei minori intersessuali, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 4, 2012, 597-636. Il contributo rappresenta anche un approfondimento e un ripensamento dell'introduzione al tema intersex contenuta in G. VIGGIANI, *La condizione intersessuale. Spunti per un dibattito tra filosofia e diritto*, in *Notizie di Politeia*, 23, n. 128, 2017, 42-59.

⁸ *Ex multis*: sindrome di Klinefelter, sindrome di Turner, sindrome di Swyers, sindrome di Morris, sindrome di Lubs, sindrome di Rosewater, sindrome di Reifstein, sindrome di Imperato-McGinley, deficit della 5-alfa reductasi, iperplasia surrenalica congenita, insufficienza corticosurrenalica congenita da perdita di elettroliti, sindrome di Stein-Leventhal, mosaicismismo eterosomico, sindrome dell'X fragile, ecc.

⁹ Si noti che talvolta alcune di queste condizioni non sono note neppure a coloro che ne sono affetti e vengono scoperte per avventura solo in occasione di altre indagini mediche, solitamente volte ad accertare le cause di una apparente infertilità.

¹⁰ C. AINSWORTH, *Sex Redefined*, in *Nature*, 518, 2015, 288-291, 288, che a sua volta riprende i risultati di V.L. ARBOLEDA, D.E. SANDBERG, E. VILAIN, *DSDs: genetics, underlying pathologies and psychosexual differentiation*, in *Nature Reviews Endocrinology*, 10, 2014, 603-615. Si vedano anche in generale M. BLACKLESS, A. CHARUVASTRA, A. DERYCK, A. FAUSTO-STERLING, K. LAUZANNE, E. LEE, *How sexually dimorphic are we? Review and synthesis*, in *American Journal of Human Biology*, 12, 2, 2000, 51-166; A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, 2000; I.A. HUGHES, C. HOUK, S.F. AHMED, P.A. LEE, *Consensus statement on management of intersex disorders*, in *Archives of Disease in Childhood*, 91, 2005, 554-563; L. SAX, *How common is intersex? A response to Anne Fausto-Sterling*, in *Journal of Sex Research*, 39, 2002, 174-178.

congenita dell'apparato urogenitale, che ne compromette in parte la normale funzionalità ed estetica, ma certo non pone dubbi di attribuzione di sesso: il soggetto è chiaramente maschio.

In altre parole, quello su cui si vuole richiamare l'attenzione è che una classificazione attenta e rigorosa della condizione *intersex* impone di distinguere casi diversi e, di riflesso, come si vedrà più avanti, anche di prescrivere loro un trattamento diverso. In caso contrario, si rischia, in modo controproducente, di essere procusteani. Si potrebbe allora distinguere tra le *anomalie*, da un lato, e le vere e proprie *ambiguità*, dall'altro¹¹. Nel primo caso – ipospadia – non vi sarebbe incertezza sul sesso da attribuire al neonato, ma soltanto una deviazione dal normale assetto morfologico dell'organo o dell'apparato genitale; nel secondo caso – Turner – la questione apparirebbe ben più complessa e l'attribuzione del sesso una scelta con larghi margini di discrezionalità. Orbene, se si tiene ferma questa proposta di distinzione tra anomalie e ambiguità e si considera solo le seconde come *intersex* in senso stretto, allora il numero delle persone interessate può essere ristretto a 1 nato su 4500-5000. Questa proporzione corrisponde allo 0,02% dei nuovi nati in Italia nel 2017, circa 90 unità. Una stima certo più ragionevole e che in parte spiegherebbe perché il tema sia pressoché sconosciuto in molte discipline.

Una proposta alternativa potrebbe essere quella di identificare le persone *intersex* a posteriori, sulla base dei trattamenti medici effettuati, tema su cui si tornerà più avanti. Secondo questo metro, sarebbero aggettivabili come *intersex* soltanto coloro che hanno subito un intervento chirurgico, al fine di rendere il loro sesso intelligibile in chiave binaria. Il numero delle persone *intersex* verrebbe poi calcolato attraverso il dato oggettivo delle cartelle cliniche. Ciononostante, questo metro rischia di essere sovra-inclusivo e sotto-inclusivo allo stesso tempo. Sovra-inclusiva perché non saprebbe distinguere, ancora una volta, tra *anomalie* ed *ambiguità*; sotto-inclusiva perché lascerebbe fuori delle condizioni che sarebbe difficile non considerare *intersex*. Si prenda come esempio paradigmatico la disgenesi gonadica pura – una forma di ipogonadismo in soggetti con cariotipo 46,XY – a causa della quale difetta la virilizzazione dei genitali esterni, che risultano così completamente femminili. Vi è qui sicuramente un problema di attribuzione di sesso anagrafico – prevale il sesso cromosomico o quello fenotipico? – , ma ci sarebbe ben poco su cui intervenire chirurgicamente. Il corpo non è di per sé ambiguo, mentre il bagaglio cromosomico non è correggibile o modificabile in alcun modo.

3. DSD o intersex?

Ammessa dunque l'equazione tra *intersex* e *ambiguità*, si è solo a metà dell'opera, perché *intersex* è un termine¹² tutt'altro che accolto pacificamente tra gli attivisti, oltre che poco invalso nell'universo nosografico, dove il fenomeno è più conosciuto come *Disorders of Sex Development* (in sigla DSD).

¹¹ In senso parzialmente adesivo, si veda L. SAX, op. cit.

¹² Il vocabolo *intersex* venne coniato dall'entomologo Richard Goldschmidt già nel 1901, per descrivere quegli esseri viventi (non umani) che presentavano delle caratteristiche sia maschili che femminili, ma non come nel modello ermafrodita. Nell'accezione di Goldschmidt, *intersex* non denotava la compresenza di entrambi i sessi, né un terzo sesso, bensì un continuum tra il polo maschile e quello femminile. Si veda su questo R. GOLDSCHMIDT, *Intersexuality and the endocrine aspect of sex*, in *Endocrinology*, 1, 4, 1917, 433-456 e D.I. WILLIAMS, *The Diagnosis of Intersex*, in *British Medical Journal*, 1, 1952, 1264-1270.

Quest'ultima espressione fu coniata durante una storica conferenza tenutasi a Chicago nel 2005¹³, ove la comunità medica internazionale¹⁴ prese la decisione di sostituire con DSD tutti i termini fino ad allora utilizzati (incluso *intersex*), perché mal accettati dai pazienti e dai familiari: «Terms such as 'intersex,' 'pseudohermaphroditism,' 'hermaphroditism,' 'sex reversal', and gender-based diagnostic labels are particularly controversial. These terms are perceived as potentially pejorative by patients»¹⁵.

Nonostante le buone intenzioni¹⁶, la nuova nomenclatura non ottenne il risultato sperato, almeno nel mondo dell'attivismo, che continuò a prediligere il vocabolo *intersex*. Due tra le maggiori associazioni, Organization Intersex International¹⁷ e Intersex Society of North America¹⁸, rifiutano infatti da allora la rubrica DSD, ritenuta patologizzante e quindi stigmatizzante. Più nel dettaglio, il *punctum dolens* sarebbe il rimando a un *disorder*, pertanto a un qualcosa di anormale, a una deformità da correggere o, appunto, a una patologia da curare. Il disordine, in ultima analisi, secondo gli attivisti evocherebbe e invocherebbe un intervento del potere medico per riportare, se necessario con il bisturi e una terapia farmacologica, il corpo alla normalità¹⁹.

Benché sia irrefragabile che DSD offra il fianco a una critica siffatta, vi sono anche buone ragioni a favore del suo uso, che gli attivisti tendono a sottovalutare e che invece depongono a favore del suo utilizzo²⁰. A differenza di *intersex*, in primo luogo, DSD descrive meglio una condizione medica anziché

¹³ Si fa qui riferimento alla International Consensus Conference on Intersex, tenutasi a Chicago dal 27 al 31 ottobre 2005 e della dichiarazione che venne pubblicata a inizio 2006, dove appunto si dichiarò la volontà di utilizzare di lì in avanti l'espressione DSD. DSD non appare comunque nella Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, dove al paragrafo 752.7 si legge ancora «Indeterminate sex and pseudohermaphroditism».

¹⁴ La comunità intersex si è lamentata di non essere stata invitata a prendere parte ai lavori, né consultata sulle posizioni assunte a margine di essa. Per amor del vero, va invece detto che alla conferenza parteciparono 48 esperti tra endocrinologi, psichiatri e urologi, ma anche due persone intersex.

¹⁵ Consensus statement on management of intersex disorders, 2006. Per il testo integrale: <http://pediatrics.aapublications.org/content/118/2/e488> (ultima consultazione 11/10/2018).

¹⁶ Basti citare a questo proposito il commento di E. VILAIN, J.C. ACHERMANN, E.A. EUGSTER, V.R. HARLEY, Y. MOREL, J.D. WILSON, O. HIORT, *We used to call them hermaphrodites*, in *Genetics in Medicine*, 9, 2, 2007, 65-66: «this change is a gentle revolution that is likely to shift the rapport between health care providers and patients and to help to foster what has been needed the most in this field: dialogue».

¹⁷ The Terminology of Intersex, <http://oiiinternational.com/2602/terminology-intersex/> (ultima consultazione 11/10/2018).

¹⁸ What is intersex?, http://www.isna.org/faq/what_is_intersex (ultima consultazione 11/10/2018).

¹⁹ In senso adesivo si veda, ad esempio, D.C. GHATTAS, *Human Rights between the Sexes*, Heinrich Böll Foundation, 2013, 13, <https://www.boell.de/en> (ultima consultazione 11/10/2018): «Intersex individuals are considered individuals with a "disorder" in all areas in which Western medicine prevails. They are more or less obviously treated as sick or "abnormal", depending on the respective society. As a rule, Western medicine aims to allocate intersex individuals to one of the two sexes/genders as quickly as possible and to apparently "normalise", that is, conceal the intersex body, using surgical and other medical means».

²⁰ A favore di DSD sono, sebbene per ragioni diverse, A.D. DREGER, C. CHASE, A. SOUSA, P.A. GRUPPUSO, J. FRADER, *Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale*, in *Journal of Pediatric Endocrinology and Metabolism*, 18, 2005, 729-733; I.A. HUGHES, C. NIHOUL-FEKETE, B. THOMAS, *Consequences of the ESPE/LWPES guidelines for diagnosis and treatment of disorders of sex development*, in *Best Practice & Research Clinical Endocrinology & Metabolism*, 21, 2007, 351-365; E. VILAIN, J.C. ACHERMANN, E.A. EUGSTER, V.R. HARLEY, Y. MOREL, J.D. WILSON, O. HIORT, *op. cit.*; E.K. FEDER, K. KARKAZIS, *What's in a Name? The Controversy over "Disorders of Sex Development"*, in *Hastings Center Report*, 38, 5 2008, 33-36; K. KARKAZIS, E.K. FEDER, *The art of medicine. Naming the problem: disorders and their meanings*, in *The Lancet*, 372, 2008, 2016-2017; E.K. FEDER, *Imperatives*

uno stato o un'identità, meno accettabile di solito per chi ne è interessato, come già emerso nell'assise di Chicago. Per esempio, Emi Kojama²¹, fondatrice di Intersex Conditions, la principale associazione *intersex* dell'Oregon, sostiene che la maggior parte delle persone *intersex* non si senta "in mezzo" ai sessi, ma consideri il proprio corpo come femminile o maschile, benché affetto da una patologia congenita²². Ciò perché accettare di avere una patologia e convivere con essa sarebbe più facile che accettare uno stato *intersex* "permanente"²³ in una società dalle salde fondamenta binarie. In secondo luogo, se è innegabile che il termine disordine abbia una connotazione patologizzante, è pur vero che permette di prendere meglio in considerazione le necessità mediche delle persone *intersex*. Anche se i loro corpi sono generalmente sani, ci sono spesso patologie di interesse endocrinologico e metabolico che possono richiedere l'assistenza medica²⁴, anche neonatale: «[DSD] brings the prospect [...] of a shift in focus from gender and genitalia [...] to the medical conditions [...] – sometimes severe and even life threatening – associated with some intersex conditions»²⁵. Se quindi è comprensibile la rivendicazione da parte degli attivisti *intersex* del pieno controllo sul proprio corpo rispetto a interventi sanitari talvolta più normalizzanti che terapeutici, non si può per questo trascurare che alcune necessità mediche comunque vi sono e proprio a causa della peculiare fisicità di questi soggetti. In terzo e ultimo luogo, DSD dà un nome specifico a una condizione fino a ora indefinita e che, proprio per questo motivo, spesso trattata senza protocolli medici dedicati, ma anzi secondo la discrezione e la sensibilità del medico curante²⁶.

A onor del vero, nonostante il panorama sia dominato dalla *querelle* tra DSD e *intersex*, non sono mancate negli ultimi anni proposte terminologiche alternative sia a *intersex* che a DSD, ma tutte poco persuasive. Ad esempio, già nel 2006 venne proposto *Variations of Sex Development*²⁷ (in sigla VSD). Nell'opinione degli autori la nuova espressione sarebbe stata un buon compromesso tra un termine

of Normality: From "Intersex" to "Disorders of Sex Development, in *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 15, 2, 2009, 225-247; I.A. HUGHES, *A quiet revolution*, in *Best Practice & Research Clinical Endocrinology & Metabolism*, 24, 2010, 159-162; V. PASTERSKI, P. PRENTICE, I.A. HUGHES, *Impact of the Consensus Statement on Disorders of Sex Development (DSD)*, in *Best Practice & Research Clinical Endocrinology & Metabolism*, 24, 2010, 187-195; I.A. HUGHES, *Consequences of the Chicago DSD Consensus: A Personal Perspective*, in *Hormone and Metabolic Research*, 47, 2015, 394-400.

²¹ E. KOJAMA, *From "Intersex" to "DSD": Toward a Queer Disability Politics of Gender*, 2006, <http://www.intersexinitiative.org/articles/intersectodsd.html> (ultima consultazione 11/10/2018).

²² A questo proposito, appare indicativa l'analisi semantica dei siti di alcune associazioni *intersex* italiane, che si può trovare in L. BERNINI, *Eterosessualità obbligatoria ed esistenza intersex*, in *L'Ateo*, 2, 2015, 13-16.

²³ In senso adesivo, si veda E. VILAIN, J.C. ACHERMANN, E.A. EUGSTER, V.R. HARLEY, Y. MOREL, J.D. WILSON, O. HIORT, *op. cit.*, 65: «individuals with DSD, just like any patient, will be human beings with a diagnosis» e A.D. DREGER, C. CHASE, A. SOUSA, P.A. GRUPPUSO, J. FRADER, *op. cit.*, 733: «[the taxonomy] should label the condition rather than the person».

²⁴ D.C. GHATTAS, *op. cit.*, 17.

²⁵ E.K. FEDER, *op. cit.*, 226. In senso adesivo, si veda anche E.K. FEDER, K. KARKAZIS, *op. cit.*, 35: «The new nomenclature brings with it the possibility of focusing on genuine medical needs while [...] understanding different anatomies that are symptomatic of these conditions as mere variations».

²⁶ Molto chiaro su questo E.K. FEDER, *op. cit.*, 238: «It is precisely medicine's treatment of intersex conditions as 'disorders like no other' that permits the routine violation of established ethical principles that would be unthinkable in other areas of medical practice». Si veda anche E.K. FEDER, K. KARKAZIS, *op. cit.*, 35.

²⁷ M. DIAMOND, H. BEH, *Variations of Sex Development instead of Disorders of Sex Development*, Lettera all'Editore, in *Archives of Disease in Childhood*, 26 luglio 2006.

medico-scientifico, da un lato, e l'affermazione di una naturalità degli stati *intersex* rispetto alla tradizionale coppia oppositiva maschio-femmina, dall'altro. Nondimeno VSD presenta alcuni profili problematici. La sigla VSD potrebbe infatti essere fuorviante, in quanto già utilizzata per indicare *Ventricular Septal Defect*, una malattia cardiaca congenita del neonato. In secondo luogo, il concetto di semplice variazione potrebbe indurre a sottovalutare la gravità di alcune sindromi *intersex*, che possono richiedere alcuni interventi salva-vita, sia a livello urogenitale che generale, come già evidenziato.

La United Kingdom Intersex Association ha invece proposto come nuovo termine quello di *Variations of Reproductive Development* (in sigla VRD), nel tentativo di porre l'accento sul diverso (ma non patologico) sviluppo urogenitale, che però solleva anch'esso qualche perplessità. In particolare, l'enfasi posta sull'apparato riproduttivo potrebbe facilmente condurre a un parallelismo con la condizione di fertilità/infertilità, sicuramente fuorviante in questo contesto.

Più convincente è stato invece l'invito di qualcuno²⁸ a mantenere la sigla DSD, ma come acronimo per *Divergence of Sex Development*. Il concetto di "divergenza" si situerebbe a metà strada tra la connotazione patologizzante di "disordine" e quella troppo neutra di "variazione" e si limiterebbe a prendere solo atto che c'è stata una differente linea di sviluppo del sesso rispetto al percorso ordinario, senza né proibire né imporre alcun intervento del medico. Tale invito non è stato però per il momento accolto.

Quanto allo specifico contesto italiano, il tema è pressoché sconosciuto, sebbene sia stato oggetto di riflessione in alcune giornate di studio dedicate²⁹. Quanto alla nomenclatura più invalsa nel nostro paese³⁰, sembra essere quella di *intersex*, tradotto come "intersessualità", seguita da DSD, tradotto come "disordine dello sviluppo sessuale"³¹. Entrambe le traduzioni appaiono però a chi scrive ingannevoli e fuorvianti³², perché l'aggettivo "sessuale" potrebbe riferirsi, in italiano ma non solo, sia al sesso che alla sessualità e finanche all'identità di genere – vista l'assonanza con bisessualità³³ e transessualità –, sovrapponendo la condizione *intersex* alla condizione omosessuale/bisessuale e/o transessuale. Il rischio che ciò avvenga è tutt'altro che remoto, anzi è già avvenuto. Nel 2009, l'Australian Human Rights Commission pubblicò un rapporto di ricerca dove utilizzava l'espressione *Sex and/or Gender*

²⁸ E. REIS, *Divergence or Disorder? The Politics of Naming Intersex*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, 50, 4, 2007, 535-543.

²⁹ Il tema è stato trattato nei seguenti convegni: L'Intersessualità nella Società Italiana, 24 settembre 2010, Firenze; Medicalizzazione del corpo di genere: Intersessualità e DSD, 16 novembre 2013, Bologna; Intersessualismo e diritto: uguaglianza, diritti, tutele, 10-11 aprile 2015, Perugia; Da ermafrodita a intersex: il coraggio per dirlo. Esperienze, studi e pubblicazioni, 14 gennaio 2017, Brescia; Frontiere del corpo, frontiere del diritto. Il trattamento giuridico della condizione intersessuale, 10 febbraio 2017, Bergamo.

³⁰ Per dei contributi italiani sul tema della nomenclatura intersex si vedano M. BALOCCHI, *Intersex. Dall'ermafroditismo ai Disturbi dello sviluppo sessuale*, in *Zapruder*, 29, 76-84 e E.A. ARFINI, D. CROCCETTI, *I movimenti intersex/DSD in Italia: stili di militanza e biomedicalizzazione del binarismo di genere*, in M. PREARO, (a cura di), *Politiche dell'orgoglio. Sessualità, soggettività e movimenti sociali*, Pisa, 2015.

³¹ Così lo traduce anche A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, cit.

³² La traduzione corretta di DSD sarebbe infatti "disordine dello sviluppo del sesso".

³³ Invero si va ben oltre l'assonanza, se si tiene conto che fino all'era moderna l'ermafroditismo era chiamato anche bisessualità. Si veda su questo V. MARCHETTI, *op. cit.*

*Diverse*³⁴ per riferirsi indistintamente a persone transgender, transessuali e *intersex*. Organisation Intersex International Australia ha sollevato molti dubbi³⁵ in merito a questa sovrapposizione di condizioni, che sembra fare della condizione *intersex* una vera e propria identità, come se i soggetti fossero un tutt'uno con la loro sindrome³⁶. Si è anzi denunciato come dietro vi fosse la pressione della comunità transessuale e transgender per reinterpretare la disforia di genere³⁷ in chiave biologica (anziché psichica) e quindi di avvicinare concettualmente il più possibile l'identità di genere all'ambiguità di sesso delle persone *intersex* e viceversa. Pressione che ha sorto i suoi effetti in sede pretoria nella controversia *In Re Kevin* (2003) di fronte alla Full Court of Family Court of Australia, che ha per la prima volta considerato il cervello per natura "sessuato" e la transessualità una forma specifica di intersessualità³⁸.

Poiché la soluzione a questo dibattito tassonomico e linguistico non può venire da un singolo contributo – Wittgenstein insegna che il linguaggio "privato" è per definizione impossibile – e per una questione di semplicità, continuerò a utilizzare nel contributo il termine *intersex* nella forma inglese e ristretto alle sole ambiguità, come sopra definite.

4. L'attribuzione anagrafica di sesso

Perimetrata in termini definitivi e quantitativi la comunità *intersex*, ci si scontra con un ulteriore problema. Come accade in molti altri paesi, anche l'ordinamento di stato civile italiano infatti prevede e prescrive³⁹ che il personale medico che ha assistito la partoriente rediga un documento – c.d. attestazione di avvenuta nascita⁴⁰ – indicante, *inter alia*, il sesso a cui il bambino appartiene. Documento che dà il via alla catena di decisioni⁴¹ che conducono alla vera e propria attribuzione anagrafica di sesso da parte dell'ufficiale di stato civile, che il neonato è supposto mantenere per l'intera esistenza.

³⁴ <https://www.humanrights.gov.au/our-work/sexual-orientation-sex-gender-identity/publications/sex-files-le-gal-recognition-sex> (ultima consultazione 11/10/2018). Si vedano anche le dichiarazioni della sessuologa e psicoterapeuta transessuale australiana Tracie O'Keefe *Trans as intersex: Crossing the line*, The Scavenger, 10 luglio 2010, <http://www.thescavenger.net/sex-gender-sexual-diversity/sgd-diversity/66-sex-gender-sexuality-diversity-archived/isgd/369-trans-as-intersex-crossing-the-line-56934.html> (ultima consultazione 11/10/2018).

³⁵ OII Australia and 'ISGD' – a response to the debate, <https://oii.org.au/13750/oii-australia-isgd-response-debate/> (ultima consultazione 11/10/2018).

³⁶ *Intersex and ISGD: yet another attempt to co-opt intersex?* <http://oii.org.au/13588/isgd-attempts-colonize-intersex/> (ultima consultazione 11/10/2018); *'ISGD' and the appropriation of intersex*, <http://oii.org.au/13651/isgd-and-the-appropriation-of-intersex/> (ultima consultazione 11/10/2018).

³⁷ Per disforia di genere si intende la condizione di una persona che ha una forte e persistente identificazione nel sesso opposto a quello cromosomico e fenotipico, nota anche come condizione transessuale.

³⁸ Per un commento, si veda R. WALLBANK, *Re Kevin in Perspective*, in *Deakin Law Review*, 22, 2004, 461-476.

³⁹ Art. 30, comma 2, D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396.

⁴⁰ Se nessuno ha assistito alla nascita, viene redatta ex post la constatazione di avvenuto parto, al momento dell'arrivo del personale medico. Se neanche ciò è stato possibile, la puerpera può comunque rimediare con una dichiarazione sostitutiva.

⁴¹ L'attestazione di avvenuta nascita viene infatti allegata alla dichiarazione di avvenuta nascita che i genitori sono tenuti a fare entro dieci giorni presso il comune nel cui territorio è avvenuto il parto ovvero entro tre giorni se presso l'ospedale ai (art. 30, comma 4, D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396) e che a sua volta fa da base di dati per la redazione dell'atto di nascita da parte dell'ufficiale dello stato civile, il quale è tenuto ad annotare il luogo,

A ben vedere, la difficoltà di fronte a cui ci si ritrova oggi nell'assegnare un sesso definito e definitivo a un neonato *intersex* è la stessa che tormentava Ulpiano. Se il corpo è ambiguo quale dei due sessi scegliere? Il giurista romano rispondeva che il soggetto *intersex* (*rectius*: ermafrodita) apparteneva al sesso in cui prevaleva. Ma quali criteri utilizzare per stabilire il sesso prevalente? Ulpiano taceva e in passato gli esperti hanno elaborato le teorie più disparate. Secondo una tra le più curiose, in caso di ambiguità, il sesso prevalente era da considerarsi quello collocato più a destra⁴². La moderna scienza medica ha certo sciolto molti dubbi circa l'eziologia di molte se non tutte le condizioni *intersex*, ma si sbaglierebbe a credere che abbia fugato ogni dubbio in merito al sesso in cui il soggetto "prevale". Ai tempi di Ulpiano e per tutto il medioevo e oltre, per ambiguità si intendeva, per forza di cose, la compresenza di caratteristiche maschili e femminili al livello del solo sesso fenotipico. Così, ad esempio, nel caso della già citata disgenesia gonadica pura, il soggetto sarebbe stato sicuramente classificato come femminile, sebbene avrebbe poi scoperto di essere sterile. Oggi, dopo la scoperta del DNA e dei cromosomi, siamo invece a conoscenza che quell'individuo dal corpo apparentemente femminile nasconde in realtà un cariotipo 46,XY, cioè maschile. Un sapere aggiuntivo che tuttavia complica anziché semplificare: qual è il sesso prevalente in questo caso, quello fenotipico (femminile) o quello cromosomico (maschile)?

In alcuni casi sembra invero che il tempo si sia fermato al presente di Ulpiano. È difatti documentato l'uso di alcune tabelle graduate atte a supportare il professionista medico nella verifica se l'organo genitale presente sia sufficiente sviluppato da potersi dire un pene oppure debba essere considerato un clitoride: «male newborns with penises smaller than 2 cm considered 'too small' are 'assigned the female gender and reconstructed to look female', while clitorises larger than 0.9 cm are considered 'too big' and are reduced in size»⁴³. Una metodologia fortemente criticata in letteratura, dove queste tabelle sono definite "fallometro"⁴⁴, in quanto ridurrebbe, in ultima analisi, l'essere maschio o femmina alla grandezza dell'organo genitale e, in particolare, del pene.

Sarebbe forse più convincente sostenere che sia il sesso cromosomico a dover essere considerato prevalente. D'altra parte, esso è incontestabilmente maschile, sebbene l'ipogonadismo determini poi la mancata maschilizzazione dei caratteri sessuali primari e secondari. Ma se questa soluzione può persuadere per la disgenesia gonadica pura, certo non è universalizzabile, perché mal si attaglierebbe alla già citata sindrome di Turner, ove il cariotipo X0 è monosomico e il corpo irrimediabilmente ambiguo. Tant'è che sono recentemente balzati agli onori della cronaca estera tentativi e proposte di revisione dell'ordinamento dello stato civile in una prospettiva *passerpartout* per tutte le condizioni *intersex*, come la recentissima svolta della città di New York e l'istituzione del sesso X nei registri anagrafici⁴⁵.

l'anno, il mese, il giorno e l'ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori [...], il sesso del bambino e il nome che gli viene dato (Art. 29, comma 2, D.P.R. de quo).

⁴² V. MARCHETTI, op. cit., p. 87.

⁴³ CONSIGLIO D'EUROPA, *Human rights and intersex people*, 2015, <https://book.coe.int/eur/en/commissioner-for-human-rights/6683-pdf-human-rights-and-intersex-people.html> (ultima consultazione 11/10/2018), 20.

⁴⁴ S.J. KESSLER, *Lessons from the intersexed*, New Brunswick, 1998. Si veda anche S.J. KESSLER, *La costruzione medica del genere: il caso dei bambini intersessuati*, in S. PICCONE STELLA, C. SARACENO (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, 1996, 95-117.

⁴⁵ <https://www.gay.it/attualita/news/gender-x-svolta-atto-di-nascita-new-york> (ultima consultazione 11/10/2018). Ci sono poche altre nazioni al mondo che riconoscono il terzo genere o il terzo sesso. Tra queste si possono ricordare l'India, il Bangladesh, il Nepal e il Pakistan.

Ma si potrebbe anche richiamare una sentenza del Tribunale di Tours del 2015, che ha riconosciuto per la prima volta in Francia il diritto di un individuo *intersex* a iscriverne la menzione “sesso neutro” nel suo stato civile⁴⁶; una pronuncia di una Corte australiana che ha riconosciuto la possibilità di essere classificati come “non-specific”⁴⁷; o ancora, in tempi meno risalenti, la sentenza monito dei giudici di Karlsruhe, che ha imposto al legislatore teutonico di riconoscere anagraficamente una volta per tutte la neutralità dei cittadini *intersex* sotto il *label* “terzo sesso”⁴⁸.

A ben vedere, tuttavia, una soluzione di questo tipo non persuade fino in fondo e per diverse ragioni tra loro cospiranti. Innanzitutto, è d’uopo osservare che l’appartenenza a un sesso anagrafico, seppur in misura minore rispetto il passato, resta ancora un “titolo” di accesso ad alcuni istituti o per l’esercizio di alcuni diritti. Così, per esempio, nel nostro ordinamento un uomo può sposare una donna, ma solo unirsi civilmente con un altro uomo. Pertanto, un’introduzione non attentamente pianificata di un terzo sesso causerebbe un corto circuito dello stato civile e potrebbe determinare, per la persona *intersex*, l’impossibilità sia di unirsi civilmente che di sposarsi⁴⁹. Il Principio 31 della *Yogyakarta Principles plus 10*⁵⁰ invita gli Stati a rimuovere progressivamente il genere dai documenti a renderlo irrilevante in tutti i negozi giuridici. Finché questo non accadrà, essere registrati sotto un terzo sesso potrebbe risultare un impedimento alla celebrazione di alcuni atti giuridici e dunque, in definitiva, una condizione di serie B.

In secondo luogo, una riforma così radicale appare affatto necessaria. Se da un lato non si può oblitare che le attribuzioni anagrafiche di sesso delle persone *intersex* sono talvolta erronee, con una stima che varia tra l’8,5% e il 40%⁵¹, dall’altro non si può non osservare che sussiste sempre un margine di errore quando si tratta di attribuire il sesso al neonato, anche in assenza di un’ambiguità genitale. È reso manifesto dalla condizione transessuale⁵², la quale si caratterizza per una distonia tra il sesso cromosomico/fenotipico e l’identità di genere, sotto il profilo medico-psichiatrico, ma come un disallineamento tra il sesso indicato nei registri anagrafici e l’identità di genere, sul piano giuridico. Per azzerare il rischio di errate attribuzioni, bisognerebbe allora sospendere o rimandare per tutti questo passo, una prospettiva che non sembra appunto condivisibile per la sua radicalità. Si potrebbe obiettare che

⁴⁶ Tribunale di Tours, sez. civ., sent. del 20 agosto 2015: «Il sesso assegnatogli dalla nascita appare come una pura finzione impostagli durante l’intera esistenza: qui non si tratta di riconoscere un “terzo sesso” ma di prendere atto dell’impossibilità di indicare il soggetto come appartenente a questo o a quell’altro genere». Il testo completo della decisione in italiano è disponibile al seguente url: <http://www.retelenford.it/870-la-traduzione-della-sentenza-del-tribunale-di-tours-che-riconosce-l-iscrizione-del-sesso-neutro-per-un-individuo-intersex.html> (ultima consultazione 11/10/2018).

⁴⁷ High Court, NSW Registrar of Births, *Deaths and Marriages v. Norrie*, 2 aprile 2014.

⁴⁸ Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, sent. del 10 ottobre 2017. La ricorrente era affetta dalla sindrome di Turner. Già dal 2013, l’ordinamento tedesco consentiva inoltre di scegliere, oltre alla M o alla F, anche “sesso incerto” (l’art. 22 della *Personenstandsgesetz*).

⁴⁹ Episodio che si è effettivamente realizzato oltreoceano. Si veda su questo J.A. GREENBERG, *Intersexuality and the Law: Why Sex Matters*, New York, 2012, 51-72.

⁵⁰ Formalmente *The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*. Questi principi sono stati adottati nel congresso internazionale tenutosi all’Università Gadjah Mada, a Yogyakarta (Indonesia) dal 6 al 9 novembre 2006.

⁵¹ P.S. FURTADO, F. MORAES, R. LAGO, L.O. BARROS, M.B. TORALLES, U. BARROSO, *Gender dysphoria associated with disorders of sex development*, in *Nature Reviews Urology*, 9, 2012, 620-627.

⁵² In generale sulla condizione transessuale, si veda A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, Milano, 2014.

la percentuale di attribuzioni erronee nei casi *intersex* è più alta o che comunque l'iniziale ambiguità varrebbe a differenziarli dalle altre condizioni e ne giustificherebbe l'eccezione. Tuttavia, l'obiezione sarebbe veramente stringente solo se l'attribuzione di sesso fosse definitiva e immutabile. Le persone transessuali sanno invece che una revisione è possibile a partire dalla legge del 14 aprile 1982, n. 164, in tema di rettificazione di attribuzione di sesso. Non solo: tale strumento legislativo testimonia che il sesso anagrafico è, in ultima analisi, il riflesso della identità di genere. Se quindi in un primo tempo e per forza di cose ci si affida al sesso cromosomico e/o fenotipico per operare l'attribuzione di sesso, è solo come indizio dell'identità di genere, visto che nella stragrande maggioranza della popolazione i tre sessi (cromosomico, fenotipico o identità di genere) sono allineati⁵³. Al soggetto sarà comunque data possibilità di variarlo, una volta raggiunta l'età della ragione.

Si potrebbe ancora eccepire come la legge del 14 aprile 1982, n. 164 e il rito speciale ivi contenuto siano pensati per le solo persone transessuali e non si attaglino pertanto, da un punto di vista processualcivilistico, alle richieste di rettificazione delle persone *intersex*. Non si vede, tuttavia, perché non dovrebbe essere così⁵⁴, soprattutto dopo la novella di cui al D.lgs del 1 settembre 2011, n. 150 e la svolta ermeneutica delle Corti di Cassazione e Costituzionale del 2015⁵⁵. Se da un lato è vero che la legge *de qua* è stata concepita per rispondere alle esigenze e alle necessità delle sole persone transessuali, conforta in senso opposto che in nessun articolo o alinea ricorre il vocabolo transessualità o derivati, così come è assente nella rubrica ("Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso"). Inoltre, anche se la ricostruzione dell'intenzione del legislatore potrebbe comunque far propendere l'interprete per una restrizione alla sola condizione transessuale, resterebbe aperta la via dell'argomento *a similia*. Sebbene attraversate da profonde differenze, le due condizioni, sotto il profilo ordinamentale, appaiono infatti assimilabili. Entrambe si caratterizzano per una discontinuità tra sesso anagrafico e identità di genere. Il soggetto *intersex* vittima di un'errata attribuzione di sesso si ritroverebbe, una volta divenuto adulto, nella situazione di avere un'identità di genere non corrispondente, da cui discenderebbe appunto la necessità di rettificare il sesso anagrafico. Ma non è forse questa situazione di arrivo, sebbene dovuta a un'eziologia diversa, somigliante a quella delle persone transessuali, la cui identità di genere non si attaglia al loro sesso anagrafico?⁵⁶

⁵³ Per un approfondimento sul concetto di sesso anagrafico, si veda G. VIGGIANI, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, in *Genius – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 5, 1, 2018, 30-39.

⁵⁴ In senso adesivo si veda G. VIGGIANI, *op. cit.*, 37-39; in senso contrario, si veda invece G. CARDACI, *Il processo civile di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Rivista di diritto processuale*, 3, 2016, 683-712.

⁵⁵ Suprema Corte di Cassazione, sent. del 20 luglio 2015, n. 15138; Corte costituzionale, sent. del 21 ottobre 2015, n. 221. In breve, sia i giudici costituzionali che i giudici di legittimità hanno rigettato la vecchia interpretazione della legge del 14 aprile 1982, n. 164, statuendo che il trattamento medico-chirurgico costituisce uno strumento eventuale, solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali, e che va sempre tenuto in primo piano il fine del conseguimento di un pieno benessere psicofisico del soggetto interessato. Detto altrimenti, la riassegnazione chirurgica del sesso deve essere considerato uno strumento squisitamente terapeutico e come tale non può essere imposto, ma solo autorizzato laddove sia finalizzato a migliorare la condizione psicofisica della persona che lo richiede. Non è escluso, peraltro, che le persone intersex possa avere interesse a sottoporsi ad alcuni interventi chirurgici.

⁵⁶ Che è forse il principale dei motivi per cui è da escludersi una procedura di rettificazione alternativa e semplificata – nello specifico la rettificazione amministrativa degli atti di stato civile ex art. 95 D.P.R. 3 novembre 2000

Ciò premesso, questa insistenza per la sospensione dell'attribuzione di sesso o addirittura per la istituzione di un terzo sesso sembra difficile da spiegare. Si può forse ipotizzare che dietro questa strategia politica non vi sia soltanto l'attivismo *intersex*, ma anche e soprattutto quello *queer*⁵⁷. Quest'ultimo si presenta, almeno alle origini, come particolarmente variegato e anarchico, benché il pensatore di riferimento sia sempre Foucault. Come è noto, quest'ultimo ribalta completamente la prospettiva da cui guardare al potere, il quale non deve essere analizzato a partire dalle sue forme istituzionali e giuridiche, ma va compreso nella quotidianità degli effetti che esso produce nel mondo sociale. Secondo Foucault, il potere è onnipresente e permea ogni rapporto sociale, dal più importante al più futile e non può semplicemente essere identificato e limitato a una singola istituzione. Se si vuole comprendere il potere e il suo funzionamento, per il pensatore francese è necessario assumere un punto di vista decentrato, operare un'analisi dal basso che porti alla luce ciò che rimane occultato sotto la superficie dei fenomeni, una vera e propria microfisica del potere. Foucault sottolinea inoltre che il potere non si realizza soltanto in una dimensione negativa – quella del divieto e della costrizione – ma anche e soprattutto in una dimensione positiva. Il potere non è da intendere come un'istanza che opera solamente per mezzo della repressione, ottenendo una sottomissione attraverso punizioni e sanzioni, ma anche come produzione delle stesse identità che regola. Il soggetto non si auto-costituisce, bensì è messo alla luce da un principio di regolazione che gli impone un certo tipo di soggettività, già confezionata e con determinate restrizioni. In altre parole, il potere non si impone su di noi dall'esterno per poi essere internalizzato, ma assume «una forma psichica che costituisce l'identità stessa del soggetto»⁵⁸. L'anima diventa così la prigioniera del corpo e il soggetto nasce privato delle condizioni della sua formazione.

Tale ragionamento si applica anche all'ambito del corpo e della sessualità⁵⁹, che secondo Foucault è il dispositivo attraverso cui il potere organizza meglio le masse di individui, il punto di applicazione di tutta una serie specifica di produzioni e prescrizioni. È infatti la naturalizzazione del corpo, o più precisamente di un'idea di corpo, ad opera del potere, che crea tutta una serie di identità “perverse”, tra cui quella omosessuale, che poi sembra solo reprimere. Per converso, il soggetto omosessuale come «un personaggio, con un passato, una storia, un'infanzia, un carattere, una forma di vita»⁶⁰ altro non è che un assemblaggio posticcio e contingente. Non c'è, in questa ottica, alcun desiderio omosessuale originario e autentico che il potere, nelle sue varie manifestazioni fenomeniche, ha cercato o cerca poi di controllare o reprimere. Desiderio e legge repressiva sono co-estensivi. Ciò ha l'importante

n. 396 – per le persone *intersex*, come invece suggerisce G. CARDACI, op. cit.: trattare due casi uguali in modo diverso significherebbe commettere un'ingiustizia.

⁵⁷ Sulla *queer theory*, si vedano *ex multis*: E.A.G. ARFINI, C. LO IACONO (a cura di), *Canone inverso. Antologia di teoria queer*, Pisa, 2012; L. BERNINI, *Apocalissi Queer. Elementi di teoria anti-sociale*, Pisa, 2013; F. MONCERI, *Oltre l'identità sessuale. Teorie queer e corpi transgender*, Pisa, 2010. Sul rapporto tra *queer* e diritto, si vedano invece i contributi di F. MASTROMARTINO, *La soggettività queer di fronte al dilemma del riconoscimento giuridico* e M.R. MARELLA, *Queer eye for the straight guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, entrambi in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, rispettivamente 231-247 e 249-272; G. VIGGIANI, *Il liberalismo politico e il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, Milano, 2018, 84-98.

⁵⁸ J. BUTLER, *La vita psichica del potere. Teorie della soggettivazione e dell'assoggettamento* (1997), Roma, 2005, 9.

⁵⁹ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere* (1976), Milano, 2009.

⁶⁰ J. BUTLER, *Corpi che contano. I limiti discorsivi del "Sesso"* (1993), Milano, 1996, 115.

conseguenza che risulta impossibile emanciparsi da questo potere per ritornare a una libertà originaria, perché questa libertà non esiste e non è mai esistita. Il soggetto non potrà mai trascendere la rete di potere in cui è avviluppato, poiché non c'è un "fuori" a cui tornare o dove andare; può semmai trasformarla dall'interno, dislocando in modo sovversivo gli elementi di quello stesso potere che lo ha creato. Il soggetto può pertanto cercare di venire a patti col «suo dilemma originario»⁶¹, ovvero «orientarsi all'interno del segno barrato del potere»⁶² e cercare di appropriarsi per quanto possibile di quelle stesse norme di riconoscimento che lo hanno prodotto, pur non potendosi mai emancipare dal carattere spurio della sua emergenza. Non c'è modo, per Foucault, di uscire dal regime del discorso che ha attivato il soggetto, ma proprio perché irrimediabilmente all'interno di esso, il soggetto può tentare di risignificare il discorso che lo ha creato. Non c'è liberazione dal potere, ma si può percorrere la via di una sua possibile dislocazione⁶³.

Gli studiosi della *queer theory* si sono appropriati degli strumenti decostruzionisti offerti dal pensiero foucaultiano per criticare un'epistemologia del sesso e della sessualità rigidamente duale, proponendosi di smascherare la presunta naturalità della norma eterosessuale e di tutte quelle pratiche che, impercettibilmente, ne riproducono l'ordine normativo. Meta finale è svelare che la natura dei corpi e dei desideri altro non è che un costrutto sociale naturalizzato e rivendicare non una nuova identità o un nuovo posizionamento sociale, bensì la liberazione dalla prigione dell'identità e il riconoscimento dell'irriducibile e irripetibile unicità di ogni individuo. Questa strategia della "dissidenza identitaria"⁶⁴ ha recentemente inglobato anche la condizione *intersex*, forse in parte strumentalizzandola per rigettare il determinismo biologico⁶⁵ e rivendicare il diritto di essere *genderfluid*. Così facendo, il movimento *queer* dà per scontato che tutte le persone *intersex*, per il solo fatto di vivere in questa condizione, siano anche e allo stesso tempo portatrici di un genere non binario. Questa assunzione, come è stato denunciato⁶⁶, non solo è errata, ma è anche pregiudizievole per le persone *intersex*, che rischierebbero così di essere forzatamente registrate come terzo sesso⁶⁷. Senza contare che, se questo avvenisse, il binarismo maschio-femmina non verrebbe scardinato – come vorrebbero gli attivisti *queer* –, piuttosto

⁶¹ J. BUTLER, *Critica della violenza etica* (2005), Milano, 2006, 30.

⁶² J. BUTLER, *Parole che provocano. Per una politica del performativo* (1997), Milano, 2010, 44.

⁶³ Come scrive J. BUTLER, *Soggetti di desiderio* (1987), Bari, 2009, 247: «Il problema per Foucault è quello di elaborare una tattica di sovversione non-dialettica, una posizione che si situi al di là dell'assoggettamento e della ribellione e che alteri in modo sostanziale la forma del nesso culturale tra potere e desiderio».

⁶⁴ Così la definisce M. PREARO, *Le radici rimosse della queer theory. Una genealogia da ricostruire*, in *Genesis*, 11, 1-2, 2012, 95-114, 110.

⁶⁵ Si veda a questo proposito l'interessante notizia canadese circa un neonato, per il quale il padre, sedicente *genderqueer*, ha ottenuto la classificazione "sesso indeterminato" sul libretto sanitario. Secondo quanto dichiarato dall'uomo alla stampa canadese, l'obiettivo sarebbe garantire al bambino la piena libertà di autodeterminazione di genere <https://it.blastingnews.com/cronaca/2017/07/bimbo-asesuato-sulla-tessera-sanitaria-il-padre-decidera-lui-01826191.html> (ultima consultazione 11/10/2018).

⁶⁶ D.C. GHATTAS, *Standing up for the Human Rights of Intersex People – How Can You Help?*, 2015, 19, <https://oiiurope.org/standing-up-for-the-human-rights-of-intersex-people-how-can-you-help/> (ultima consultazione 11/10/2018).

⁶⁷ È quanto avvenuto in Germania in una prima fase della vicenda sul riconoscimento del terzo sesso.

ne uscirebbe rinforzato. Le persone *intersex* diventerebbero l'eccezione che giustifica la regola⁶⁸. Il *queer* nasce come atteggiamento critico finalizzato alla messa in guardia contro l'irrigidimento identitario e la chiusura nei confronti di tutto ciò che non rientra nei modi socialmente accettabili dell'essere omosessuale. È bene che resti così, senza diventare anch'esso un fondamentalismo, sebbene anti-identitario.

5. Gli interventi chirurgici neonatali

Un altro problema che concerne la condizione *intersex* è quello del carattere contraddittorio delle cure, di cui le associazioni di attivisti chiedono la più rigida moratoria. Viene infatti spesso denunciato come, di fronte alla difficoltà di categorizzare definitivamente il minore come maschile o femminile, non ci si limiti a prendere più o meno arbitrariamente una scelta tra le due opzioni, ma si plasmi poi anche il corpo in quella direzione:

Intersex persons may be involuntarily subjected to so-called sex-normalizing or other procedures as infants or during childhood, which, in some cases, may result in the termination of all or some of their reproductive capacity. Children who are born with atypical sex characteristics are often subjected to cosmetic and other non-medically indicated surgeries performed on their reproductive organs, without their informed consent or that of their parents, and without taking into consideration the views of the children involved⁶⁹.

Di tale pratica ha dato conto anche la stampa italiana⁷⁰, con riferimento in particolare a quanto avvenuto presso il Policlinico Paolo Giaccone di Palermo e che ha occasionato un'interrogazione parlamentare⁷¹. Il caso di specie riguardava un soggetto di anni due con fenotipo femminile e registrata come femmina alla nascita. A seguito di accertamenti medici successivi, era però risultato un bagaglio cromosomico 46,XY, pertanto maschile. Di conseguenza, il responsabile del reparto di urologia pediatrica, di comune accordo con i titolari della responsabilità genitoriale, «ha pianificato la strategia chirurgica

⁶⁸ In senso adesivo, si veda OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, *License to be yourself: laws and advocacy for legal gender recognition of trans people*, 2014, <https://www.opensocietyfoundations.org/reports/license-be-yourself> (ultima consultazione 11/10/2018), 23.

⁶⁹ WHO/UN, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement*, 2014, http://www.who.int/reproductivehealth/publications/gender_rights/eliminating-forced-sterilization/en, (ultima consultazione 11/10/2018), 7. Si vedano a questo proposito i numeri sulla Germania raccolti da M. RRUPPRECHT, *Children's right to physical integrity*, Report to the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, 2013, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20174&lang=en>, 13 (ultima consultazione 11/10/2018). Così anche D.C. GHATTAS, op. cit., 10: «The indication for surgical and hormonal "rectification" is not based on a medical necessity due to a life-threatening situation. Rather, it is an attempted "preventive psycho-sexual normalization».

⁷⁰ Il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ha anche ammonito l'Italia per la diffusione delle pratiche di mutilazioni genitale su minori intersessuali in violazione dell'art. 17 (tutela dell'integrità della persona) della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. Interrogato sulla reale occorrenza del fenomeno, il governo italiano ha dichiarato che nel 2014 ci sono stati 34 interventi chirurgici, di cui 23 su soggetti di età inferiore ai dieci anni, ma non è stata in grado di citare la fonte della statistica e ha confessato che al momento non è attivo nessun sistema di rilevazione. <http://stop.genitalmutilation.org/post/Italy-CRPD-investigates-Intersex-Genital-Mutilations-as-Violation-of-Integrity> (ultima consultazione 11/10/2018).

⁷¹ Senato della Repubblica, Atto n. 4-06490.

per restituire al piccolo la sua identità di maschio», praticando un'isterectomia e un'ovariectomia e ricostruendo dei proto-genitali maschili⁷². Non si hanno invece notizie circa l'attivazione di un procedimento volto a ottenere anche la rettificazione di attribuzione anagrafica di sesso.

Siamo qui di fronte a interventi molto invasivi e soprattutto irreversibili su un soggetto incapace di esprimere personalmente un consenso, non vietati a prescindere dall'ordinamento, ma certo giustificabile solo in circostanze eccezionali, come potrebbero essere quelle salva-vita. Anche la semplice asportazione delle gonadi⁷³ avrà come conseguenza diretta, oltre la sterilizzazione, la necessità di provvedere a una terapia ormonale sostitutiva per tutta la vita, la cui somministrazione, giova ricordare, deve essere sempre molto precisa, perché anche piccole alterazioni possono avere riflessi su tutto l'organismo, influenzando tra l'altro sul rischio di tumore. Se dunque tali trattamenti medici possono determinare un grave deterioramento della condizione di salute, con potenziali ricadute, una volta divenuti adulti, anche nella vita sociale e di relazione, perché il minore vi è stato sottoposto? Apparentemente solo per restituire al neonato la sua "identità di maschio", visto che, per quanto ne sappiamo, il soggetto non rischiava la vita, né soffriva di particolari disagi. Semplicemente il sesso cromosomico era maschile e quello fenotipico femminile⁷⁴. Dunque, che urgenza vi era?

Per rispondere a questo interrogativo dobbiamo rivolgerci a coloro che di questi interventi sono i richiedenti e la causa efficiente, ovvero i titolari della responsabilità genitoriale, da un lato, e il chirurgo, dall'altra. Questo perché, se è innegabile che il consenso resta la condizione di liceità di ogni intervento sanitario ex art. 32 Cost.⁷⁵, certo non può essere dato da un soggetto neonato o infante. Giocoforza deve essere dato dai genitori o comunque da chi esercita la responsabilità genitoriale. Consenso che però, è bene ricordare, rientra nell'alveo di una responsabilità e non di una potestà, e che quindi può e deve essere concesso nell'esclusivo interesse del minore coinvolto. Occorre allora chiedersi: è davvero nell'interesse del minore subire questi interventi correttivi in così tenera età? La maggior parte del mondo dell'attivismo risponde recisamente di no e addossa la colpa ai medici. Secondo alcuni⁷⁶ i

⁷² PalermoToday, *Nasce femmina, ma è maschio: operato per cambiare sesso bimbo di 2 anni*, 26 settembre 2016, <http://www.palermotoday.it/cronaca/policlinico-cambio-sesso-bambino-2-anni.html> (ultima consultazione 11/10/2018).

⁷³ L'asportazione delle gonadi è sicuramente uno degli interventi più diffusi tra quelli praticati su neonati intersex, sulla base di un presunto rischio di formazione tumorale. In verità il rischio tumorale nelle gonadi è documentato solo nell'iperplasia surrenale, mentre l'intervento ablativo viene realizzato in molte sindromi intersex. Anche nell'iperplasia surrenale, inoltre, l'incidenza è documentata solo a partire dai quattordici anni e la mortalità bassissima, pari alla probabilità di una donna di sviluppare un tumore al seno, per le quali però nessuno ha mai pensato di procedere a una mastectomia alla nascita. Si veda su questo il rapporto NETHERLANDS INSTITUTE FOR SOCIAL RESEARCH, *Living with intersex/dsd. An exploratory study of the social situation of persons with intersex/dsd*, 2014, https://www.scp.nl/english/Publications/Publications_by_year/Publications_2014/Living_with_intersex_DSD (ultima consultazione 11/10/2018).

⁷⁴ Era forse un caso di disgenesia gonadica pura.

⁷⁵ Più nello specifico, il nostro ordinamento disciplina il consenso con la legge del 28 marzo 2001, n. 145, di ratifica della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997, il cui articolo 5 stabilisce che un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il consenso libero e informato. Sul tema del consenso informato, con anche alcuni riferimenti alla condizione intersex, si rimanda a S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Milano, 2018.

⁷⁶ J.A. GREENBERG, *International legal developments protecting the autonomy rights of sexual minorities. Who should determine the appropriate treatment for an intersex infant?*, in S.E. SYTSM (a cura di), *Ethics and Intersex*, Dordrecht (The Netherlands), 2006, 89-90.

sanitari sarebbero convinti che un corpo non adeguato ai parametri “normali” di riferimento renderebbe problematica l’esistenza del soggetto e ne comprometterebbe il benessere psico-fisico e la vita di relazione. Ciò in ragione del fatto che sarebbe ancora diffusa nel mondo medico la cosiddetta “teoria della neutralità di genere” enucleata da John Money negli anni ‘60, secondo la quale un neonato possiede un’identità di genere indeterminata fino al secondo anno di vita che poi inizia a sviluppare in base all’ambiente e all’educazione (ciò risponderebbe peraltro all’interrogativo sul perché nel caso palermitano ci fosse fretta di “restituire” l’identità di maschio a due anni)⁷⁷. Questa falsa credenza spingerebbe i medici, seppur mossi da buone intenzioni, a fornire ai genitori un’informazione parziale e manipolata o a prospettare loro come realmente opzionabili solo alcune decisioni⁷⁸, inducendoli così ad acconsentire a degli interventi chirurgici affatto necessari o dalla opinabile finalità terapeutica. Un consenso informato che dunque informato non sarebbe, facendo venire meno la liceità dell’intervento sanitario. È quanto riscontrato, per esempio, dalla Corte Costituzionale della Colombia nella *sentencia* T-477/95⁷⁹, che ha visto la condanna dell’ospedale e del chirurgo che era intervenuto sul minore. È stato infatti accertato che la povertà della famiglia, unitamente alla scarsa alfabetizzazione dei genitori, allo shock dell’episodio in sé e infine alla pressione del medico avevano finito per strappare un consenso che non era né libero né informato⁸⁰.

Sebbene questo sia certamente uno dei corni del problema, non si deve indurre nella tentazione di addossare l’intera responsabilità al personale medico. Il secondo corno del sono infatti i genitori stessi, o meglio la loro insistenza a volere a tutti i costi un figlio “normale”⁸¹. È per esempio documentato che, quando vi è il sospetto di un’iperplasia surrenale congenita, la madre acconsente e richiede la somministrazione in gravidanza di desametasone (o dexametasone), un farmaco corticosteroide che da un lato può prevenire l’iperplasia, ma, dall’altro, può determinare nel feto un ritardo mentale⁸². In sostanza, quanto sono forti le aspettative sociali (soprattutto dei genitori⁸³) e dominanti, anziché le reali esigenze e necessità terapeutiche, a spingere al trattamento sanitario? È davvero nell’interesse del

⁷⁷ Per un approfondimento sul tema, si consulti CONSIGLIO D’EUROPA, *op.cit.*, 19-20; L. DOWNING, I. MORLAND, N. SULLIVAN, *Fuckology. Critical Essays on John Money’s Diagnostic Concepts*, London, 2015; J. MONEY, J.G. HAMPSON, J.L. HAMPSON, *Hermaphroditism: Recommendations concerning Case Management*, in *Journal of Clinical Endocrinology and Metabolism*, 16, 1956, 547-556; J. MONEY, A.A. EHRHARDT, *Man and Woman, Boy and Girl: The Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, Baltimore, 1972.

⁷⁸ Si veda su questo J.C. STREULI, E. VAYENA, Y. CAVICCHIA-BALMER, J. HUBER, *Shaping Parents: Impact of Contrasting Professional Counselling on Parents’ Decision Making for Children with Disorders of Sex Development*, in *The Journal of Sexual Medicine*, 10, 2013, 1953-1960.

⁷⁹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm> (ultima consultazione 11/10/2018).

⁸⁰ Dai fatti riportati nel testo della decisione, pare che i titolari della responsabilità genitoriale non avessero neanche compreso il significato di riassegnazione chirurgica del sesso. Per un commento, si veda M. HOLMES, *Deciding fate or developing autonomy? Intersex children and the Colombian Constitutional court*, in P. CURRAH, R.M. JUANG, S. PRICE MINTER, *Transgender rights*, Minnesota, 2006, 102-121.

⁸¹ In Uganda, per esempio, la nascita di un soggetto intersex viene considerata una punizione per la madre per qualche colpa o peccato commesso prima della gravidanza. Si veda su questo D.C. GHATTAS, *op. cit.*, 44.

⁸² CONSIGLIO D’EUROPA, *op.cit.*, p. 20. Sull’uso di questo farmaco in relazione alle persone intersex, si veda anche S. SYTSMAS, *The ethics of using dexamethasone to prevent virilization of female fetuses*, in S. SYTSMAS (a cura di), *Ethics and intersex*, London, 2006, 241-258.

⁸³ Y. LOW, J.M. HUTSON, Murdoch Childrens Research Institute Sex Study Group, *Rules for clinical diagnosis in babies with ambiguous genitalia*, in *Journal of Pediatrics & Children’s Health*, 39, 2003, 406-413: «Next to perinatal death, genital ambiguity is likely the most devastating condition to face any parent of a newborn».

minore rischiare di nascere già con dei deficit mentali?⁸⁴ È proprio nel tenere conto di questi dubbi che, per esempio, sempre la Corte costituzionale della Colombia ha negato la legittimità di un'autorizzazione volta a consentire a una madre di femminilizzare un minore di anni 8 con cromosomi XY, ma con insensibilità al testosterone⁸⁵, a cui gli stessi medici si erano opposti. Hanno forse allora ragione alcuni ricercatori, che hanno spiegato la quasi totale assenza di giurisprudenza in tema di *intersex* con l'ipotesi che i "veri" responsabili degli interventi siano i genitori, verso i quali si è poi restii a procedere legalmente, una volta divenuti adulti⁸⁶.

Fatte queste considerazioni, non stupisce scoprire che il punto baricentrale della politica degli attivisti *intersex* siano proprio i diritti all'integrità fisica e all'autodeterminazione nell'ambito della salute⁸⁷. Confortano in questo senso anche i pareri dei Comitati nazionali per la bioetica tedesco⁸⁸ e svizzero⁸⁹, i quali, *mutatis mutandis*, pongono in risalto l'interesse esclusivo del minore *intersex* quando ci si appresta a praticare un qualsivoglia intervento medico⁹⁰. La Repubblica di Malta è andata invece oltre nell'aprile 2015, vietando per legge e in modo categorico qualsiasi intervento non strettamente salvavita⁹¹ sui minori *intersex*, almeno finché non raggiungeranno l'età per dare autonomamente e

⁸⁴ Molto incisiva su questo S.J. KESSLER, *Lessons from the intersexed*, New Brunswick, 1998, p. 32, quando scrive che «gender ambiguity is 'corrected,' not because it is threatening to the infant's life, but because it is threatening to the infant's culture».

⁸⁵ Sentenza SU-337/99, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm> (ultima consultazione 11/10/2018). Pur senza vietare gli interventi di normalizzazione in generale, la Corte ha poi ulteriormente ristretto il valore sostitutivo del consenso genitoriale in caso di minore di anni cinque, ma comunque in grado di essere ascoltato. In questo caso i genitori e il minore possono esprimere un consenso comune all'operazione, ma se la posizione del minore non corrisponde a quella dei genitori, quest'ultima soccombe, perché prevale il diritto all'autodeterminazione del primo (Sentenza T-912/08, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-912-08.htm>, ultima consultazione 11/10/2018).

⁸⁶ CONSIGLIO D'EUROPA, *op.cit.*, (p. 49).

⁸⁷ Molto chiaro a questo proposito è il comunicato stampa del Second International Intersex Forum, tenutosi a Stoccolma il 9-11 dicembre 2012, www.ilga-europe.org/home/news/for_media/media_releases/forum_2012_media_release (ultima consultazione 11/10/2018). Si veda anche il rapporto della AGENZIA EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, *The fundamental rights situation of intersex people*, 2015, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people> (ultima consultazione 11/10/2018). Da parte di alcuni studiosi, è stata evidenziata anche la possibilità di intendere la questione nei termini di tutela dei diritti umani o addirittura come un crimine d'odio. Si vedano a questo proposito M. BAUER, D. TRUFFER, *Human Rights for Hermaphrodites Too!*, Zurich, 2015; T. BRUDHOLM, *Hate Crimes and Human Rights Violations*, in *Journal of Applied Philosophy*, vol. 32, n. 1, 2015; T. BRUDHOLM, *Crimini dell'odio e diritti umani*, in F. SCIACCA (a cura di.), *Giustizia Globale: Problemi e Prospettive*, Roma, 89-110; T. BRUDHOLM, *Conceptualizing hatred globally: is hate crime a human rights violation?*, in J. SCHWEPPE, M.A. WALTERS, *The Globalization of Hate*, Oxford, 2016, 31-48.

⁸⁸ GERMAN ETHICS COUNCIL, *Intersexualität*, Berlin, 2012.

⁸⁹ SWISS NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON BIOMEDICAL ETHICS, *On the management of differences of sex development. Ethical issues relating to 'intersexuality'*, 2012, http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/en/NEK_Intersexualitaet_En.pdf (ultima consultazione 11/10/2018).

⁹⁰ Più in chiaroscuro appare invece il parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, 2010, <http://presidenza.governo.it/bioetica> (ultima consultazione 11/10/2018), che, pur giungendo a conclusioni simili, ribadisce l'importanza del binarismo di genere nel corretto sviluppo della personalità.

⁹¹ La legge è infatti molto chiara nel vietare ogni intervento guidato da "fattori sociali".

consapevolmente il proprio consenso⁹². Una posizione, quest'ultima, che non appare del tutto condivisibile, proprio per il suo estremismo. Ancora una volta si dimentica di distinguere le *ambiguità* dalle *anomalie*. Se nel primo caso (Sindrome di Turner) gli interventi chirurgici non salva-vita, vista anche l'invasività e l'irreversibilità, appaiono rispondere a esigenze di normalizzazione, anziché terapeutiche, lo stesso non può sempre dirsi delle anomalie. Nel caso della già considerata ipospadia, una moratoria dei trattamenti sanitari non salva-vita apparirebbe non solo non necessaria, ma addirittura di nocuoimento al benessere psico-fisico del minore. In altre parole, non vi sarebbe motivo e non sarebbe rispettoso dei diritti e dell'interesse del bambino e della sua famiglia imporre al neonato la condanna a convivere con una malformazione urinaria e genitale che può impedire la corretta funzionalità dell'organo, quando invece potrebbe facilmente essere corretta e curata. Non si tratta qui di tornare a una vecchia concezione del diritto alla salute come dato oggettivo e quindi deciso dagli esperti, ma di prendere atto che far crescere un minore con l'ipospadia lo esporrà – inutilmente, a differenza che nei casi di ambiguità – allo scherno da parte dei coetanei e ad alcuni disagi quotidiani nell'utilizzo dell'organo⁹³. Una politica più ponderata e più attenta agli interessi in gioco potrebbe essere allora quella di costituire dei comitati interdisciplinari interni alle aziende sanitarie dove, sentiti i titolari della responsabilità genitoriale, la decisione su eventuali interventi medico-chirurgici venga presa collegialmente. Altrimenti, una soluzione alternativa potrebbe essere quella di ottenere l'autorizzazione da parte del tribunale o la nomina di un curatore speciale, che convalidi la scelta dei genitori⁹⁴.

6. Conclusioni

Nei paragrafi precedenti si è cercato di mostrare quali siano ancora le questioni da dirimere intorno alla condizione *intersex*, cercando di proporre anche qualche soluzione operativa, quale per esempio la distinzione tra ambiguità e anomalie. La diatriba linguistica non va però sottovalutata, sia perché il movimento LGBTI è da sempre particolarmente sensibile su questo, sia perché vi è in gioco il portato potenzialmente patologizzante e stigmatizzante di alcune definizioni. Così come è necessario che la dottrina, e prima o poi anche la giurisprudenza, si interroghi maggiormente su quale sia il giusto procedimento di rettificazione in sede processualcivile, al fine di poter ovviare ad alcune attribuzioni anagrafiche che potrebbero diventare delle prigioni dell'identità.

Vi è forse meno da dibattere sulla punizione di coloro che – medici o genitori – richiedono o decidono di intervenire, ingiustificatamente e senza apprezzabili necessità sanitarie, sul corpo del neonato *intersex*. Malta, come già richiamato, ha scelto di proibire del tutto questi interventi. Prima di ricorrere alla *extrema ratio* della moratoria, vale però la pena utilizzare le fattispecie penali di cui il nostro ordinamento già dispone, quale ovviamente quella di lesioni personali *ex art. 582 c.p.*, dato che il trattamento

⁹² Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (XI/2015). In questa prospettiva, si veda anche il disegno di legge n. 405 ("Norme in materia di modificazione dell'attribuzione di sesso"), depositato nel corso della XVII legislatura e mai discusso in aula, che avrebbe disposto la moratoria completa per gli interventi chirurgici, tranne nei casi salva-vita.

⁹³ In senso adesivo, si veda la posizione sul tema della British Association of Paediatric Surgeons, www.baps.org.uk (ultima consultazione 11/10/2018).

⁹⁴ Si veda su questo Tribunale per i minorenni di Potenza, ord. del 29 luglio 1993, in uno dei rarissimi casi giurisprudenziali italiani in tema di *intersex*, che ha disposto la nomina di un curatore speciale.

ha comportato una menomazione non giustificata da patologie che esponevano al rischio di morte⁹⁵. Nondimeno forse sarebbe opportuno iniziare una riflessione sulla similarità tra le motivazioni che stanno dietro alle mutilazioni genitali femminili, punite *ex art. 583-bis c.p.*, e quelle alla base delle operazioni sui genitali dei neonati *intersex*. Nel primo caso la volontà di mantenere “pura” la donna fino alle nozze, nel secondo caso la volontà di riportare l’infante alla “normalità”. Quindi, in entrambi i casi, pratiche dettate meramente da credenze culturali e di pregiudizio per la salute psico-fisica dei soggetti involontariamente coinvolti. Eppure il nostro legislatore, nel redigere la disposizione di cui all’*art. 583-bis c.p.*, ha ristretto la fattispecie alle sole mutilazioni genitali femminili⁹⁶, segno che forse abbiamo ancora difficoltà a comprendere gli aspetti e gli effetti aberranti di quelle *intersex*, perché maggiormente appartenenti alla nostra cultura⁹⁷.

⁹⁵ È quanto accaduto per esempio a Colonia (Kölner Landgericht, 25 O 179/07, 6 febbraio 2008), in Germania, dove nel 2007 Christiane Völling ha ottenuto ragione nei confronti del chirurgo che la aveva operata trent’anni prima, ricevendo inoltre 100.000 euro a titolo risarcitorio per i danni morali subiti. Quanto all’Italia e agli aspetti risarcitori, sarebbe riscontrabile sicuramente un danno morale e biologico. Poiché tuttavia i precoci interventi chirurgici costringerebbero a ripetute ospedalizzazioni nel corso della crescita, con pregiudizio per la frequenza scolastica e la scolarizzazione (NETHERLANDS INSTITUTE FOR SOCIAL RESEARCH, *op. cit.*), e con conseguente impatto anche sulle possibilità lavorative, potrebbe configurarsi anche un danno patrimoniale da perdita di chance. In un rarissimo caso giurisprudenziale italiano in tema di intersex (Tribunale di Bari, del 25 giugno 2012, n. 2295), è stato invece riconosciuto un danno esistenziale in capo ai genitori per responsabilità professionale da erronea diagnosi alla nascita.

⁹⁶ In chiave interpretativa, alcune mutilazioni intersex potrebbero rientrare nell’alveo dell’*art. 583-bis c.p.*, sebbene questa via non sia mai stata tentata in sede pretoria.

⁹⁷ Come nota acutamente L. BERNINI, *Maschio e femmina dio li creò!? Il binarismo sessuale visto dai suoi zoccoli*, 2008, <https://www.nazioneindiana.com/2008/09/17/maschio-e-femmina-dio-li-creo-il-binarismo-sessuale-visto-dai-suoi-zoccoli-2/> (ultima consultazione 11/10/2018): «le persone intersessuali sono considerate ‘intrattabili’ dal nostro sistema giuridico e simbolico, e per questa ragione vengono “trattate” dal sistema sanitario».

Al crocevia tra i diritti delle diverse specie: a proposito degli xenotrapianti

*Franca Meola**

AT THE CROSSROADS OF THE RIGHTS OF DIFFERENT SPECIES: ABOUT XENOTRANSPLANTATION

ABSTRACT: The use of xenotransplants, potentially useful in solving one of the most serious problems of clinical transplantology, ie the lack of organ donations, still raises a multitude of doubts. They concern not only the practicability of this technique, but above all the lawfulness of the use of animals for the improvement of the living conditions and well-being of the human being. Moreover, the legal problems of this new kind of transplantation are not less important. In particular, in this perspective, and in order to give an initial answer to the issues concerning the admissibility of xenotransplants, the analysis focuses on the contents of Legislative Decree 4 March 2014 n. 26, that gives implementation to Directive 2010/63 on the protection of animals used for scientific purposes. It is in the transposition of the European act, in fact, that the Italian law-maker establishes the clear prohibition of any experimentation aimed, through the use of animals, to research on xenografts. This prohibition, however raises a number of critical observations. Indeed, it seems to be contrary to the interests of research, not very careful with regard to the prospects of treatment for the benefit of patients, consequent to the possible development of scientific knowledge on the subject, and also contradictory with respect to the purposes, although unavoidably pursued, of safeguarding the well-being of non-human living subjects subjected to experimental procedures.

KEYWORDS: transplantations, xenografts, animal experimentation

SOMMARIO: 1. Le nuove frontiere della chirurgia sostitutiva nel dibattito etico/filosofico – 2. Il ricorso agli xenotrapianti tra questioni di fattibilità scientifica e problemi di condivisibilità etica – 3. Nuovi orizzonti della trapiantologia e diritto pubblico: per una riflessione sugli xenotrapianti in prospettiva costituzionale – 4. Sulle molte "criticità" del divieto di ogni sperimentazione finalizzata, a mezzo dell'impiego di animali, alle ricerche sugli xenotrapianti, nella diversa prospettiva interna ed europea – 5. "Compromesso" politico e "(non) senso" giuridico nella normativa italiana di «Attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici»: osservazioni critiche conclusive.

* *Avvocato, cultore delle materie pubblicistiche presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" e presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II. Mail: avvocato.meola@alice.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Le nuove frontiere della chirurgia sostitutiva nel dibattito etico/filosofico

L'indagine finalizzata a comprendere le possibilità e i limiti di ammissibilità degli xenotrapianti¹ rimanda a quel complesso ed articolato dibattito riguardo l'utilizzabilità di animali, in specie *biotech* (e cioè transgenici², clonati³, o comunque geneticamente modificati⁴), in funzione di "serbatoi" da cui attingere organi, tessuti e cellule da impiantare poi nell'uomo con finalità terapeutiche, che, sviluppatosi già molti anni fa, ad oggi non ha ancora trovato una sua precisa e compiuta razionalizzazione⁵.

¹ Con il termine xenotrapianto «si intende qualsiasi procedura che implichi il trapianto, l'impianto o la perfusione, a scopo terapeutico, in un ricevente umano di: a) fluidi, cellule, tessuti od organi provenienti dal corpo umano che hanno avuto un contatto *ex vivo* con cellule, tessuti od organi di origine animale (non umani), è inclusa pertanto la procedura clinica del fegato bioartificiale; b) cellule e/o tessuti xenogenici, cioè di origine animale (non umani), anche se espansi "in vitro" o sottoposti a "manipolazione" minima»; così, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA E LE BIOTECNOLOGIE, GRUPPO DI LAVORO SUGLI XENOTRAPIANTI, *Linee guida per la sperimentazione clinica degli xenotrapianti*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 19 luglio 1999.

² Gli animali transgenici sono quelli «nel cui patrimonio genetico (genoma) è stato inserito un gene esogeno, ossia un gene proveniente da una specie biologica diversa ("transgene")»; così E. BROVEDANI, *Animali transgenici. Aspetti scientifico-tecnici, etici e giuridici*, in *Aggiornamenti Sociali*, 1993, n. 6, p. 459. Si definisce infatti transgenesi «il trasferimento nel genoma di un embrione precoce di un gene esogeno, proveniente, cioè, da un'altra specie e suscettibile di essere trasmesso alla progenie»; in questo senso M.P. FAGGIONI, *Fuga dal labirinto. Il dibattito morale sulla transgenesi*, in *Medicina e morale*, 2007, n. 6, p. 61, il quale, alla nota n. 15, ricorda che: «Il termine *transgenico* è stato coniato da Gordon e Ruddle nel 1981, per indicare un topo che aveva incorporato due tipi di materiale genetico, uno di origine virale e uno derivato da mRNA da leucociti umani». Sul punto, quindi, lo studioso rimanda al volume di R. MARCHESINI, *La fabbrica delle chimere. Biotecnologie applicate agli animali*, Torino, 1999, p. 127.

³ La parola "clone" deriva dal greco κλων, che significa germoglio o ramoscello. In biologia, essa indica la possibilità di "duplicare" il patrimonio biologico (genetico) di qualsiasi essere vitale con produzione di individui biologicamente uguali. In questo senso, dunque, si tratta di una forma di riproduzione asessuata e agamica. Grazie a tale tecnica si possono duplicare virus, batteri, molecole, organismi, ma anche piante o animali. Ma, per maggiori ragguagli sugli aspetti scientifici ed etici della clonazione in genere, cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La clonazione*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1997. Per quel che concerne, invece, specificamente la clonazione animale, nella prospettiva giuridica della relativa problematica ad oggi vigente, è bene ricordare che, a livello normativo europeo, il fondamento positivo della stessa è rintracciabile, sia pure indirettamente, nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 98/44/CE del 06 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in G.U.C.E. n. L 213 del 30 luglio 1998. La normativa comunitaria *de qua*, infatti, nell'estendere la tutela brevettuale alle invenzioni biotecnologiche, esclude dalla brevettabilità per contrasto con l'ordine pubblico e il buon costume solo: «a) i procedimenti di clonazione degli esseri umani; b) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano; c) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali; d) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica degli animali atti a provocare su di loro sofferenze senza utilità medica per l'uomo o l'animale, nonché gli animali risultanti da tali procedimenti» (art. 6). Ebbene, il mancato riferimento alla clonazione animale tra le ipotesi di esclusione tassativamente previste da tale normativa, induce a ritenere, *a contrario*, che i procedimenti di clonazione degli animali siano brevettabili.

⁴ Ai sensi dell'art. 3, del d. lgs. 8 luglio 2003, n. 224, sull'«Attuazione della direttiva 2001/18/CE concernente l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati», per animale geneticamente modificato s'intende «un organismo, diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto si verifica in natura mediante accoppiamento o incrocio o con la ricombinazione genetica naturale».

E ciò non soltanto dal punto di vista giuridico.

Ancor prima che interrogare il diritto, infatti, le nuove frontiere della chirurgia sostitutiva (trapianti) sollevano una molteplicità di dubbi concernenti oltre che la concreta praticabilità della tecnica *de qua*, ossia la sua fattibilità scientifica, soprattutto la liceità dell'intervento umano sull'ordine naturale delle cose, e quindi la condivisibilità etica dell'utilizzazione degli animali in funzione del miglioramento delle condizioni di vita e di benessere della persona, anche in ragione dell'eventuale impatto che, in negativo, sia sul piano soggettivo che in termini oggettivi, un organo o tessuto (ma anche solo cellule) di origine animale può avere sull'identità del ricevente.

Sotto tale profilo, peraltro, la perdurante mancanza di una *communis opinio* in tema pare chiaramente riflettere una più generale carenza di accordo riguardo alla considerazione da tributare alle specie diverse da quella umana da parte degli studiosi, le cui posizioni, anzi, nella loro diversità, risultano tuttora talmente tanto disomogenee da essere insuscettibili di ogni significativa ed utile *reductio ad unum*⁶. In effetti, le differenti sensibilità etico/filosofiche che animano le riflessioni in argomento hanno da tempo spinto i cultori della materia ora a valorizzare la varietà delle specie animali e la strumentalità di tale diversità al mantenimento delle condizioni di equilibrio dell'ecosistema, ora, invece, ad affermare la necessità di salvaguardia delle sorti individuali dei viventi non umani. Né tali diversi approcci, l'uno di carattere chiaramente "ambientalista"⁷, l'altro invece di tipo propriamente "animalista"⁸, esauriscono la pluralità di voci che, specie a partire dalla fine degli anni '70⁹, si confrontano in seno al relativo dibattito etico-filosofico. Piuttosto, l'uguale pretesa ad una ridefinizione del rapporto tra l'uomo e gli altri esseri viventi, verso cui spinge l'accentuazione della rilevanza morale degli animali propria di quegli anni, porta la riflessione sviluppatasi intanto su queste tematiche a suggerire una diversa prospettazione di tale rapporto secondo una logica di tipo utilitarista¹⁰, ovvero propria della "teoria dei diritti"¹¹, oppure ancora dell'"etica della responsabilità"¹². Conseguentemen-

⁵ Per un approfondimento sul punto, cfr. P. SOBBRIO, *I diritti tra le specie: animali biotech, chimere, cloni, ibridi e xenotrapianti*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2012, p. 530.

⁶ In tema, e per un'analisi complessiva delle problematiche poste dal tema oggetto di analisi, cfr. M. PENNACCHINI, *Il trapianto eterologo. Storia, problemi etici e impatto psicologico nei pazienti in lista di attesa*, Roma, 2004.

⁷ Su cui, cfr. A. LUCISANO, *I diritti animali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 293.

⁸ In tema, sempre A. LUCISANO, *I diritti animali*, cit., p. 293.

⁹ La vivacità del dibattito che anima la discussione in tema nel corso degli anni '70, è ben sottolineata da G. PELAGATTI, *Dignità e diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, in www.dirittifondamentali.it, pp. 5, 6.

¹⁰ È stato il filosofo australiano Peter Singer, diventato poi esponente di spicco della corrente di pensiero utilitarista, che, con la sua opera, *Animal Liberation. Towards an End to Man's Inhumanity to Animals*, edita per la prima volta nel 1975 (trad. it. *Liberazione animale*, a cura di P. Cavalieri, Milano, 2015), ha dato vita al Movimento per la liberazione animale.

¹¹ La "teoria dei diritti animali" rintraccia il proprio ideatore in Tom Regan che, con la sua opera, *The Case for Animal Rights*, data per la prima volta alle stampe nel 1983 (trad. it. *I diritti degli animali*, Milano, 1990), getta le basi del Movimento per i diritti animali.

¹² Tanti, in verità, sono gli esponenti della corrente di pensiero riconducibile all'etica della responsabilità umana, che, con le loro opere, hanno alimentato il relativo dibattito. Tra questi, in particolare, si ricordino J. Passmore, ed il suo volume *Man's Responsibility for Nature*, Londra, 1980 (trad. it. *La nostra responsabilità per la natura*, Milano, 1986), e la psicologa inglese Mary Midgley, autrice di numerosi saggi sul rapporto uomo-animale, e soprattutto del volume *Animals and why they matter*, University of Georgia Press, Athens, 1984 (trad. it. *Perché gli animali. Per una visione più "umana" dei nostri rapporti con le altre specie*, Milano, 1995).

te, essa finisce per marcare l'importanza che, ai fini indicati, assume la capacità di sofferenza degli animali¹³, ovvero la capacità dei "soggetti-di-una-vita" di percepire quanto accade loro, e di esprimere desideri ed intenzioni¹⁴. Al tempo stesso, però, viene altresì evidenziata la condizione di questi stessi soggetti quali partecipi, insieme agli uomini ed alle piante, di una vera e propria "comunità ecologica", caratterizzata dalla comunanza di interessi dei suoi membri e dal loro reciproco impegno ad una gestione responsabile delle rispettive esigenze, in vista di un miglioramento comune¹⁵.

La diversità delle premesse su cui poggiano spiega peraltro il differente approccio che le scuole di pensiero di cui si è fatto cenno manifestano nei riguardi della specifica problematica dell'utilizzo degli animali a fini sperimentali, e le molte e divergenti conclusioni cui le stesse coerentemente pervengono. Alla netta contrapposizione tra la sostanziale indifferenza opposta al riguardo dagli ambientali-

¹³ In effetti, richiamandosi all'utilitarismo del filosofo J. Bentham (*Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, 1789), e facendo leva sul criterio della sensibilità, Peter Singer sostiene la pari ordinazione sul piano etico degli interessi degli animali a quelli umani, e di qui evidenzia la necessità che gli esseri umani tengano conto degli interessi dei viventi non umani in qualunque decisione che li coinvolga, e soprattutto non infliggano loro inutili sofferenze.

¹⁴ Secondo, infatti, Tom Regan, ideatore della "teoria dei diritti animali", il riconoscimento di diritti in capo agli animali è logica conseguenza dell'esser gli stessi "soggetti-di-una-vita" (secondo l'espressione coniata dallo stesso pensatore), ovvero soggetti capaci di percepire quanto accade loro, e di esprimere desideri ed intenzioni. Il riconoscimento di tali capacità importa di necessità l'attribuzione alle soggettività che ne sono titolari di specifici "diritti morali", al pari degli esseri umani.

¹⁵ In particolare, è nell'impostazione riconducibile all'etica della responsabilità umana che la questione dei diritti degli animali viene inserita nel più dibattuto ampio sul rapporto uomo-ambiente. In particolare, si ricordi J. Passmore, che, nel suo volume *Man's Responsibility for Nature*, cit., porta con forza avanti la tesi secondo cui l'idea che il diritto possa applicarsi al mondo non umano è del tutto insostenibile, e che altro è dire che è sbagliato trattare gli animali con crudeltà, altro invece è sostenere che essi abbiano dei diritti. Tutto ciò viene peraltro affermato senza mancare di riconoscere che, dal punto di vista ecologico, l'uomo costituisce un tutt'uno con le piante, la terra, gli animali, nel senso che il ciclo vitale li coinvolge tutti. Tuttavia, secondo il filosofo, sarebbe sbagliato parlare di una vera e propria "comunità", in quanto ciò comporta che esista una comunanza di interessi ed un impegno reciproco tra i suoi membri. Ciò che, invece, non si riscontra tra uomini, animali e piante. Conseguentemente, la comunità ecologica ha dei limiti, e l'uomo, pur essendone semplicemente una parte, godrebbe, al suo interno, di una posizione indiscutibilmente privilegiata. Il che, peraltro, non vale a riconoscerlo quale padrone della biosfera. Al più, deve semplicemente considerarsi un amministratore della natura, e deve, quindi, tendere ad una gestione responsabile delle diverse esigenze, in vista di un miglioramento comune. Altra figura di rilievo, all'interno della corrente dell'etica della responsabilità umana, è, come già detto, la psicologa inglese Mary Midgley. Specie nel suo libro *Animals and why they matter*, cit., la psicologa parte dalla constatazione che la competizione tra la specie umana e quella animale per l'appropriazione del territorio e delle risorse è ormai finita a vantaggio dell'uomo. Il primato assunto dall'uomo in esito a questa competizione è indubbio. Questi è nella disponibilità dei mezzi capaci di distruggere tutta la vita del pianeta, compresa quella umana. In ragione di ciò, quindi, secondo Mary Midgley, è necessario un ripensamento del rapporto con gli animali, ed il superamento dell'idea che essi non abbiano diritto ad alcuna considerazione morale. Tuttavia, la psicologa non nega che il legame di specie sia forte, e che esista un'indubbia preferenza per i propri simili. Ritiene, però, che tale preferenza abbia un fondamento biologico, e non culturale. Insomma, per Mary Midgley una certa dose di specismo è assolutamente comprensibile. Ma, sebbene esistano dei legami di specie che non vanno sottovalutati, ritiene che occorra realizzare un ponte tra di esse, anche in ragione del fatto che tra l'uomo e gli animali sono sempre esistiti, oltre a rapporti di conflitto, anche momenti di compenetrazione. Del resto, poiché «nessuna specie è un'isola», per usare le sue stesse parole [in *Perché gli animali*, citato in S. Rodotà (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 29], la Midgley afferma che la salvezza dell'uomo è legata a quella di tutti gli altri esseri viventi e va vista nell'ambito dell'ecosistema globale.

sti¹⁶ e la fiera ed incondizionata contrarietà manifestata invece dagli animalisti¹⁷ fa da contrappunto, infatti, una serie più articolata di posizioni, espressive degli indirizzi etico/filosofici da ultimo menzionati, che, pur approcciando la questione della sottoposizione a sperimentazione delle diverse specie animali in termini di fattibilità¹⁸, in concreto ne condizionano comunque l'uso in ragione del fine cui tende la ricerca, e specificamente dell'equa considerazione che nel caso di specie vien fatta degli interessi animali¹⁹, ovvero ancora della ponderata valutazione delle esigenze proprie dell'ecosistema globale²⁰ effettivamente operata nell'ipotesi considerata.

In questo contesto, allora, non desta certo meraviglia la profonda spaccatura che, all'interno della riflessione filosofica, e comunque sul piano etico, si registra con riguardo specifico all'uso degli animali negli xenotrapianti. In particolare, non sorprende che il deciso superamento della pregiudiziale cartesiana e dell'antimentalismo estremo del behaviorismo²¹ che, anche grazie agli sviluppi del sapere scientifico e delle conoscenze nei campi dell'etologia e della psicologia animale, si realizza per effetto dell'affermarsi della corrente filosofica animalista lasci spazio ad una molteplicità di teorizzazioni sulla salvaguardia degli interessi squisitamente animali. Queste, infatti, rispondono alle esigenze proprie delle nuove frontiere della chirurgia sostitutiva, spesso anche marcatamente disomogenee nei propri contenuti in ragione della diversità dei parametri assunti a criterio guida della sperimentazione nel campo della medicina dei trapianti. La comunanza delle finalità di tutela dei viventi non umani, di fatto ugualmente sottese alle posizioni dei filosofi animalisti antiantropocentrici, ovvero dei sostenitori dell'*animal welfare*, non vale infatti a colmare la distanza che naturalmente separa i più fieri assertori della pari dignità e dell'uguale rilevanza di tutti i viventi, umani e non, con ciò che, in negativo, ne consegue sul piano dell'utilizzabilità degli ultimi in funzione del miglioramento della condizioni di vita dei primi, e coloro, invece, che, in questa stessa prospettiva, pur riconoscendo la necessità di impiegare gli animali nel rispetto del loro benessere ed assicurando loro una buona esistenza, ammettono delle "scriminanti" in ragione della necessità di salvare una vita umana. D'altro canto, la possibilità di impiego degli animali a questi scopi, cui pure il welfarismo apre, alimenta non pochi dubbi sia riguar-

¹⁶ Su cui, per un approfondimento, cfr. A. LUCISANO, *I diritti animali*, cit., p. 293.

¹⁷ Il punto è ben argomentato da A. LUCISANO, *I diritti animali*, cit., p. 293.

¹⁸ Tal genere di approccio soffre in verità di un'importante eccezione. A differenza, infatti, di quanto sostenuto in particolare dagli esponenti della corrente di pensiero utilitarista, T. Regan, nell'elaborare la sua "teoria dei diritti animali", partendo dal presupposto che «gli esseri umani e gli altri mammiferi di età superiore ad un anno sono sicuramente soggetti-di-una-vita e di conseguenza possessori di quel valore intrinseco che li rende titolari di diritti inviolabili come quello alla vita e al benessere», sostiene con fermezza che è «eticamente inaccettabile sottoporre queste categorie ad esperimenti che possono loro provocare morte o sofferenza».

¹⁹ In effetti, la corrente di pensiero utilitarista, e, per essa, P. Singer, suo massimo esponente, non esclude a priori l'impiego di animali a fini sperimentali, ma ciò solo quando il fine da realizzare lo giustifichi, e gli interessi animali siano oggetto di un'equa considerazione e valutazione, non falsata dallo specismo.

²⁰ Oltre agli studiosi le cui posizioni sono riconducibili all'etica della responsabilità umana, qui rileva altresì l'impostazione che al problema della sperimentazione animale è stato dato dai teorici dell'*animal welfare*. L'espressione allude ad un insieme di conoscenze interdisciplinari che spaziano dagli studi di anatomia, fisiologia, neurologia e psicologia a quelli di etologia ed ecologia, considerati assolutamente utili per definire il concetto di benessere degli animali, e di qui per consentire la formulazione delle norme giuridiche rilevanti in ambito. Tra gli esponenti di questa corrente di pensiero, si ricordano D.M. Broom e K. G. Johnson, e la loro opera *Stress and Animal Welfare*, Londra – New York, 1993.

²¹ Sul punto, cfr. A. VALASTRO, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, in Quaderni costituzionali, 2006, p. 68.

do alle specie da utilizzare in vista del soddisfacimento di tali superiori esigenze, tanto nella fase della ricerca sperimentale, che in quella eventuale di applicazione clinica²², sia in ordine alle cautele da adottare al fine di evitare che si possa in qualche modo arrecare dolore, sofferenza, angoscia, ma anche danni temporanei o durevoli all'animale²³.

Il già complesso quadro etico/filosofico che viene in questo modo a delinearsi è destinato a divenire ancora più complesso, laddove si pensi ai numerosi interrogativi sollevati in particolare dall'impiego, sempre più diffuso agli scopi in esame, di animali transgenici; animali, cioè, nel cui genoma sono stati trasferiti dei geni umani allo scopo di un loro più efficace ed utile uso da parte della medicina dei trapianti²⁴. Nonostante, infatti, la tecnica della transgenesi abbia ricevuto «una approvazione, in linea di principio e rispettate precise condizioni»²⁵ anche da parte della Pontificia Accademia per la Vita²⁶, ad oggi numerosi sono i dubbi²⁷ di natura etico/morale che ancora circondano, tra l'altro²⁸, l'uso di parti del genoma umano per dare origine ad un animale transgenico, e che investono specificamente il significato antropologico del genoma umano, e di qui la liceità degli interventi biotecnologici condotti su di esso.

Sotto tale profilo, la preoccupazione che l'impianto di organi o tessuti di origine animale possa modificare il corpo che l'accoglie, «inducendo la mente a ricostruire una nuova identità personale»²⁹, ed

²² Per un approfondimento sul punto, si rinvia al documento contenente le *Linee guida per la sperimentazione clinica degli xenotrapianti*, redatto a cura del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA E LE BIOTECNOLOGIE, GRUPPO DI LAVORO SUGLI XENOTRAPIANTI, cit., p. 7, in cui si sottolinea come sia necessario al riguardo «fare considerazioni diverse per primati e non primati».

²³ Su tale ulteriore profilo concernente l'eticità dell'uso di animali per xenotrapianto, si rinvia sempre alle *Linee guida per la sperimentazione clinica degli xenotrapianti*, redatte dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA E LE BIOTECNOLOGIE, GRUPPO DI LAVORO SUGLI XENOTRAPIANTI, cit., p. 7, in cui gli interrogativi inerenti «le condizioni nella quali gli animali vengono mantenuti ed il modo con cui vengono trattati durante l'esperimento» vengono fatti rientrare «nel problema generale della sperimentazione sugli animali».

²⁴ Si ricordi che tali animali, il cui patrimonio genetico può essere modificato anche mediante tecniche di clonazione, possono essere impiegati anche con finalità diagnostiche o farmacologiche. In particolare, essi possono essere utilizzati per approfondire le ricerche sulla diagnosi e sulla terapia di patologie tipiche della specie umana. È questo il caso dei topi, tra cui il ben noto «topo di Harvard», nel cui corredo cromosomico venne inserito un oncogene allo scopo di sviluppare particolari tipi di tumori, in funzione dello studio di alcune neoplasie umane. In tema, e per un approfondimento, si rimanda a V. DI CERBO, *Il «topo di Harvard», ovvero la manipolazione genetica di animali all'esame dell'Ufficio europeo dei brevetti*, in *Il Foro italiano*, 1991, IV, p. 178 ss.

²⁵ Così, M.P. FAGGIONI, *Fuga dal labirinto. Il dibattito morale sulla transgenesi*, cit., p. 1224.

²⁶ PONTIFICA ACCADEMIA PER LA VITA, *La prospettiva degli xenotrapianti. Aspetti etici e considerazioni etiche*, Città del Vaticano, 2001.

²⁷ In verità, fin da subito, importanti critiche nei riguardi della posizione espressa dalla Pontificia Accademia per la Vita, non contraria, in linea di principio, alla transgenesi, sono state espresse da N. TONTI FILIPPINI, J.I. FLEMING, G.K. PIKE, *Ethics and Human Animal Transgenesis*, in *The National Catholic Bioethics Quarterly*, 2006, n. 6, p. 689 – 704.

²⁸ Ulteriori perplessità di ordine etico sono altresì sollevate dall'uso degli animali transgenici «quali modelli per la sperimentazione *in vivo* di determinate patologie», ovvero «quali «bireattori» per la produzione di grandi quantità di proteine (*gene-farming*), oltre che dalle continue richieste e la concessione del brevetto di organismi geneticamente mutati, ottenuti con la tecnica transgenica. Su di esse riflette E. BROVEDANI, *Animali transgenici. Aspetti scientifico-tecnici, etici e giuridici*, cit., p. 475 ss. A tale saggio ed alle osservazioni sul punto svolte in esso si rimanda per una panoramica più ampia delle problematiche *de quibus*.

²⁹ Così, S. VEGETTI FINZI, *Io-corpo-macchina e nuovi costrutti d'identità*, in *Psiche*, 2002, p. 156 ss.

accentuando la «crisi dell'identità dell'io-corpo»³⁰, di norma resa comunque fragile da un trapianto³¹, alimenta da tempo, anche in relazione al soggetto ricevente, un importante confronto di carattere etico-filosofico, nonché teologico, che, nella molteplicità e diversità di posizioni espresse, rivela, pure in tale prospettiva, la notevole complessità del tema.

La «singolarità e irriducibilità dell'uomo in rapporto al suo essere (livello ontologico) e al suo sentirsi (livello psicologico) persona», in cui il magistero cattolico condensa quel concetto, pur così «ricco di valenze e di sfumature di significato», che è l'identità personale³², di per sé solo già complica infatti il ricorso ai trapianti, ed ancor più agli xenotrapianti, parcellizzando le ipotesi di ammissibilità in ragione dell'organo da innestare, della sua funzione, ovvero della carica simbolica o anche della natura strutturale che esso riveste nella costruzione dell'identità personale del soggetto³³. Sicché, negata in pieno la liceità del trapianto di organi, quali l'encefalo e le gonadi, che «hanno una relazione inscindibile, per la propria funzione, con l'identità personale del soggetto, indipendentemente dallo loro valenza simbolica»³⁴, la liceità degli interventi aventi ad oggetto organi (ma anche tessuti) di natura meramente funzionale e quelli «con maggiore valenza personalizzante»³⁵ viene al contrario fatta oggetto, di volta in volta, di attento vaglio, e viene quindi stabilita «caso per caso, proprio in funzione della carica simbolica che vengono ad assumere nella singola persona»³⁶.

2. Il ricorso agli xenotrapianti tra questioni di fattibilità scientifica e problemi di condivisibilità etica

La pregnanza delle questioni etico/filosofiche poste dagli xenotrapianti non vale peraltro a relativizzare le problematiche di carattere squisitamente medico/chirurgico connesse all'impianto di organi e tessuti, ma anche cellule, di specie diverse in riceventi umani, soprattutto con riguardo alla denegata ipotesi

³⁰ Su cui, cfr. F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Diritto pubblico*, 2003, p. 158.

³¹ Secondo S. VEGETTI FINZI, *ult. op.*, cit., p. 156, il trapianto, in effetti, «trasferisce in un corpo malato, in un'identità resa fragile da una lunghissima malattia, elementi di vitalità difficili da armonizzare in una storia di vita talora opposta».

³² La definizione del concetto di identità personale qui proposta è quella della Pontificia Accademia per la Vita, nel Documento *La prospettiva degli xenotrapianti – aspetti scientifici e considerazioni etiche*, p. 10, consultabile sul sito www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/aedlife/documents.

³³ Sul punto, PONTIFICIA ACCADEMIA PER LA VITA, *La prospettiva degli xenotrapianti – aspetti scientifici e considerazioni etiche*, cit., p. 10.

³⁴ Così, PONTIFICIA ACCADEMIA PER LA VITA, nel Documento *La prospettiva degli xenotrapianti – aspetti scientifici e considerazioni etiche*, cit., p. 10, a cui si rimanda anche per le importanti precisazioni svolte al riguardo.

³⁵ Sul punto, P. CUER, *Quelques considerations ethiques, notamment sur l'identité lors de xénotransplantations*, *Path Biol* (Paris), 2000, 48, pp. 426-428.

³⁶ *Ibidem*.

di rigetto conseguente all'incompatibilità di natura immunologica³⁷ e fisiologica tra le diverse specie, ovvero con riferimento alle complicazioni di tipo infettivologico³⁸.

Indiscutibilmente, tali problematiche, strettamente connesse alla connotazione ancora oggi in molti casi prettamente sperimentale della pratica *de qua*³⁹, rivestono un notevole rilievo per gli addetti ai lavori, la cui attività, in effetti, risulta in questo senso molto spesso condizionata, oltre che da notevoli pregiudizi etici, altresì da indubbie difficoltà di carattere oggettivo. Peraltro, si tratta di difficoltà ad oggi ancora non risolte neppure dall'auspicato ricorso ad animali appositamente trattati in laboratorio⁴⁰ per favorire la loro non insorgenza, stante la mancanza, allo stato, di risultati davvero apprezzabili, specie sotto il profilo del rischio infettivologico⁴¹. Del resto, a far data dal primo studio sperimentale del trapianto tra specie e generi diversi⁴², numerosi sono stati gli insuccessi⁴³ della medicina, di cui la letteratura specialistica ci informa, e che testimoniano, specie all'inizio e comunque per molto tempo, il carattere pionieristico degli studi in ambito e delle relative concrete applicazioni.

È indubbio che, dalle originarie teorizzazioni sullo xenoinnesto di tessuti, ed in particolare della cornea⁴⁴ ovvero di sezioni di gonadi⁴⁵, ai primi studi sugli xenotrapianti di organi⁴⁶, fino ai più recenti tentativi di xenotrapianti di cellule, numerosi sono stati i passi in avanti compiuti dal sapere scientifico e

³⁷ Sul rischio immunologico connesso all'espletamento di xenotrapianti la PONTIFICIA ACCADEMIA PER LA VITA, nel Documento *La prospettiva degli xenotrapianti – aspetti scientifici e considerazioni etiche*, cit., pp. 2, 3, cui si rimanda per un approfondimento sull'argomento.

³⁸ Sul punto, e per un rigoroso ed esaustivo approccio alla questione, cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA E LE BIOTECNOLOGIE, GRUPPO DI LAVORO SUGLI XENOTRAPIANTI, *Linee guida per la sperimentazione clinica degli xenotrapianti*, cit., p. 8 ss.

³⁹ La prevalente connotazione sperimentale degli xenotrapianti è stata in passato sottolineata da F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 157.

⁴⁰ Premesso che l'utilizzo di cellule di suino o delle stesse insule pancreatiche sono da tempo nella fase della sperimentazione sul paziente umano (su cui, cfr. M.K.J. SCHNEIDER, J.D. SEEBACH, *Xenotransplantation literature update May-October 2009*, in *Xenotransplantation*, 2009, n. 16, pp. 555 – 562), è del luglio di quest'anno la notizia, apparsa su www.tg24.sky.it, nonché su www.ilgiornale.it, secondo cui un team di ricercatori italiani avrebbe creato animali geneticamente modificati, pronti a diventare donatori per gli esseri umani, senza rischio di rigetto.

⁴¹ Come spiega P. SOBBRIO, *ult. op.*, cit., pp. 530, 531, trattando del trapianto nell'uomo di organi da maiale transgenico, creato attraverso l'uso della tecnica dello *Sperm Mediated Gene Transfer*, la ricerca nell'ambito dello XT da maiale transgenico, reso quindi geneticamente compatibile con l'essere umano, pur non risolvendo il problema del rigetto acuto, al pari di quanto accade nei casi di allotrapianto, ha consentito invece di evitare il rigetto iperacuto «che ad oggi ha costituito il più grosso ostacolo alla riuscita dello XT». Tuttavia, «rimane ancora un aspetto non di facile soluzione, ossia la trasmissione di *virus* suini e la conseguente possibile ricombinazione degli stessi con *virus* umani».

⁴² Su cui, G. CORBELLINI, *Gli xenotrapianti: tra aspettative scientifiche ed improbabilità pratiche*, in *L'Arco* di Gianno, 1999, n. 21, p. 13.

⁴³ Tra i tanti casi che, annoverati poi tra gli insuccessi della medicina, hanno scocco l'opinione pubblica ed alimentato fortemente il dibattito etico in tema nel corso degli anni '80, certamente è da annoverare, quale più significativo, quello di Baby Fae; neonata a cui, per la prima volta al mondo, ma inutilmente, venne innestato il cuore di un babbuino. Su tale vicenda, e l'ampio dibattito che ne seguì, cfr. M. PENNACCHINI, *Il trapianto eterologo. Storia, problemi etici e impatto psicologico nei pazienti in lista di attesa*, cit., p. 35 ss.

⁴⁴ Su cui, M. PENNACCHINI, *ult. op.*, cit., p. 18 ss.

⁴⁵ Al riguardo, M. PENNACCHINI, *ult. op.*, cit., p. 19 ss.

⁴⁶ Sul punto, si rinvia ancora a M. PENNACCHINI, *ult. op.*, cit., p. 21 ss.

dalla prassi medico/chirurgica in materia, che hanno infine consentito di annoverare molti di questi interventi tra quelli di tipo terapeutico comunemente praticati⁴⁷. Ugualmente, è innegabile che il progresso delle scienze di base, delle biotecnologie e della bioingegneria rende oramai possibile immaginare, con sempre maggiori probabilità di riuscita, in un prossimo futuro, ed in alcuni casi realizzare nel presente, «la ricostruzione “in vitro” di tessuti ed organi sani in grado di sostituire quelli malati»⁴⁸, in particolare a mezzo dell’impiego di cellule staminali dello stesso paziente⁴⁹, inopinabilmente utile ad evitare la stessa insorgenza di tutte le problematiche tipicamente connesse agli interventi di carattere trapiantologico, compresi gli xenotrapianti.

Tuttavia, ad oggi, è parimenti vero che, se da un lato i nuovi scenari appena disegnati rappresentano delle semplici, sia pur auspicabili, possibilità delle quali è ancora quantomeno dubbio l’impiego in funzione alternativa, se non addirittura sostitutiva, al trapianto tradizionale ovvero allo xenotrapianto, dall’altro anche quest’ultimo, come già evidenziato, non può affatto già definirsi una “realità clinica”, tale da rispondere sempre e comunque a quell’esigenza di superamento della cronica condizione di carenza di organi che ancora oggi si registra nel nostro, come in molti altri Paesi europei e non, ed a cui, invece, è naturalmente strumentale. Sicché, sotto tali profili, nella sua diffusione, la prassi degli xenotrapianti si attesta su percentuali tali, da risultare assolutamente stridenti con le ampie potenzialità di questo tipo di interventi.

A ciò si aggiunga che la serie successiva di allarmi alla salute collettiva ed individuale, registrasi a cavallo tra la fine degli anni ’80 e gli inizi degli anni ’90, a causa della diffusione di malattie quali l’HIV, la SARS, l’influenza aviaria, e, più recentemente, l’encefalopatia spongiforme bovina (meglio nota come “morbo della mucca pazza”) non soltanto ha fortemente condizionato l’opinione pubblica, *quid est* l’accettazione sociale degli xenotrapianti, ma ha chiaramente influenzato altresì le stesse istituzioni, provocando, sia a livello internazionale⁵⁰ e sovranazionale, oltre che interno⁵¹, tutta una serie di inter-

⁴⁷ Da anni, ad esempio, è pienamente entrata nella pratica clinica quella forma di xenotrapianto che prevede l’uso di valvole cardiache provenienti da bovini o suini, così come ricorda E. Cozzi, immunologo clinico dell’Azienda Ospedaliera di Padova, in un articolo a firma di R. VILLA, *La ricerca italiana salvata dall’Europa*, reperibile sul sito <http://www.scienzainrete.it/contenuto/articolo/roberta-villa/ricerca-italiana-salvata-dalleuropa/maggio-2016>.

⁴⁸ Un auspicio di tal tipo è presente già nel documento stilato, oramai anni fa, dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA E LE BIOTECNOLOGIE, GRUPPO DI LAVORO SUGLI XENOTRAPIANTI, *Linee guida per la sperimentazione clinica degli xenotrapianti*, cit., p. 7.

⁴⁹ Già nel 2008, in un saggio da loro scritto, delle ricercatrici del Laboratorio di Biologia Cellulare e Xenotrapianto dell’Istituto Mario Negri di Bergamo, a proposito delle metodiche utili ad evitare i problemi di diversa natura connessi al ricorso ai trapianti, avvertivano di «un approccio completamente nuovo e ancora gli albori», «costituito dall’ingegneria dei tessuti che si prefigge di ricreare in laboratorio tessuti o organi mediante l’utilizzo di cellule che derivano dallo stesso paziente»; così M. MORIGI, B. IMBERTI, *Cellule staminali e ricostruzione d’organo*, reperibile sul sito www.marionegri.it. Proprio quest’anno, poi, ed a riprova che la rigenerazione di tessuti ed interi organi a partire dalle cellule staminali è una delle frontiere più promettenti della biomedicina, altresì al fine di superare i problemi legati alla trapiantologia, un gruppo di ricerca inglese dell’Università di Newcastle è riuscita a creare in laboratorio la prima cornea realizzata interamente con cellule staminali (la notizia è reperibile sul sito www.blastingnews.com).

⁵⁰ Si ricordi, al riguardo, la Raccomandazione dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio n. 1399 del 29 gennaio 1999, con la quale l’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa ha invitato gli Stati membri ad adottare una moratoria sugli xenotrapianti in attesa che le conoscenze scientifiche fossero in grado di documentare i rischi per la salute umana.

venti contrari a possibili sviluppi della sperimentazione in tale ambito. In questo senso, basterebbe ricordare anche solo la Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1399 del 1999⁵². Con essa, infatti, rovesciando sue pregresse posizioni di sostanziale avallo della ricerca in materia, sia pur secondo una logica prudenziale⁵³, l'Assemblea si è infine pronunciata a favore di una moratoria in tema, sul presupposto che i rischi conseguenti al ricorso agli xenotrapianti fossero enormi, e che il livello di incertezza degli studi in materia fosse ancora tale da mettere in discussione la salute del singolo e della collettività, causa la possibile trasmissione di agenti patogeni dall'animale all'uomo⁵⁴. Uguali preoccupazioni vengono quindi espresse da molti comitati etici dei singoli Stati⁵⁵ cui la Raccomandazione è indirizzata, e, tra questi, per quel che concerne il nostro Paese, dal Comitato Nazionale per la Bioetica che, pur riconoscendo l'importanza che la ricerca scientifica riveste in tale ambito, e pur incoraggiandola in ragione delle sue positive ricadute sulla conoscenza medica e sulla utilizzazione industriale, condivide le motivazioni che ispirano la richiesta di moratoria ed aderisce alla stessa⁵⁶. Analogamente, nello stesso lasso temporale, a livello sovranazionale, la Commissione Europea è resa partecipe dalla *European Commission Health & Consumer Protection Directorate-General* non solo degli sviluppi registrati nel campo degli xenotrapianti, ma soprattutto delle preoccupazioni, di ordine propriamente scientifico, oltre che etico, da essi sollevati, avendo riguardo a tutti i soggetti coinvolti nella sperimentazione, compresi i viventi non umani.

Peraltro, a dimostrazione che, specie in questo ambito, la scelta a favore di una moratoria trova la propria *ratio* non solo nell'incertezza che circonda la prassi clinica degli xenotrapianti, ma nell'assenza di un canale comunicativo che consenta ai cittadini di affrancarsi dalle molte delle false paure che spesso circondano il ricorso a tali interventi, è significativo notare come, in maniera ricorrente, a quella stessa scelta le menzionate istituzioni affianchino l'invito ad «incentivare tutte le occasioni di dibattito pubblico al fine di diffondere la conoscenza su tali temi e di promuovere la consapevolezza etica di tut-

⁵¹ A livello interno, a seguito della Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1399 del 29 gennaio 1999, si è espresso l'organo consultivo del Governo, palesando analoghe preoccupazioni. Si rinvia quindi a COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere sulla proposta di moratoria per la sperimentazione umana di xenotrapianti*, Roma, 19 novembre 1999.

⁵² Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1399 del 29 gennaio 1999. Per un'analisi dei contenuti di tale raccomandazione si rimanda ad A. LORETI BEGHÉ, L. MARINI, *Profili giuridici degli xenotrapianti*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 2000, n. 1, p. 170 ss.

⁵³ In effetti, il 30 settembre 1997 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adotta una Raccomandazione, la n. *R(97)15*, con la quale invitava gli Stati membri a regolamentare alcuni aspetti degli xenotrapianti, quali la ricerca di base, e la sperimentazione clinica, la sorveglianza di lungo periodo dei soggetti riceventi e le condizioni di trattamento degli animali allevati ai fini dell'espanto. Nel contempo, pur auspicando che, in futuro, questo tipo di trapianti possa essere annoverato tra gli interventi terapeutici praticabile, il Comitato dei Ministri raccomandava agli stessi Stati di limitare al massimo i rischi di trasmissione di infezioni xenogeniche, conosciute e non, a danno della collettività.

⁵⁴ In argomento, si rinvia alle interessanti osservazioni svolte da A. LORETI BEGHÉ, L. MARINI, *ult. op.*, cit., p. 174.

⁵⁵ Sempre nel 1999, in argomento, si pronuncia anche il COMITÉ CONSULTATIF D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SAUTÉ, con l'*Avis* n. 61. In esso, il CCNE francese, pur senza negare l'importanza che gli xenotrapianti rivestono al fine di superare la cronica carenza di organi, afferma che i rischi di possibili infezioni conseguenti a tali innesti è tale da consigliare, almeno momentaneamente, un freno all'avvio della fase clinica, a prescindere dalla possibilità di far fronte ai problemi di rigetto.

⁵⁶ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere sulla proposta di moratoria per la sperimentazione umana di xenotrapianti*, cit.

ti i soggetti coinvolti, affinché si proceda ad una reale verifica del consenso sociale in merito»⁵⁷. In effetti, tale invito, che sottolinea la diversa natura degli ostacoli che si frappongono alla sperimentazione umana degli xenotrapianti, e che in certa misura svela il viluppo quasi inestricabile che tra essi si crea, evidenzia la peculiare rilevanza che, in tale ambito, anche in prospettiva di una sua regolamentazione, assume l'incertezza che, sia in senso oggettivo, *quid est* scientifico, sia in senso soggettivo, conseguente cioè alla percezione sociale della portata di questi interventi, accompagna il ricorso alla tipologia di trapianti in esame.

3. Nuovi orizzonti della trapiantologia e diritto pubblico: per una riflessione sugli xenotrapianti in prospettiva costituzionale

Indiscutibilmente distanti dagli interessi propri dei giuristi ed in particolare dei costituzionalisti, già da sempre riottosi nell'occuparsi delle questioni di diritto poste dai nuovi scenari della trapiantologia⁵⁸, gli aspetti fin qui considerati rivestono in realtà un'enorme importanza sul piano strettamente giuridico. E non solo per la loro idoneità a confutare i dubbi, proprio di certa dottrina⁵⁹, in ordine alla rilevanza pubblicistica della tematica. Piuttosto, essi rilevano per la capacità che hanno, laddove fatti oggetto di più attenta riflessione, di consentire una più efficace e diretta comprensione delle specifiche problematiche che, nel confronto con quelle sollevate dalla trapiantologia in genere, sono poste dagli xenotrapianti, in ragione delle interrelazioni tra le diverse specie che con essi si realizzano.

Sotto tale profilo, infatti, non può negarsi che, sebbene dal punto di vista medico trapianti e xenotrapianti presentino indubbe affinità, «consistendo entrambi in pratiche terapeutiche ispirate al principio della beneficiabilità»⁶⁰, sul piano giuridico, invece, la connotazione ancora oggi per lo più sperimentale degli xenotrapianti non ne rende possibile un'assimilazione ai primi, che sono invece correntemente riconosciuti e qualificati come «pratica medica diffusa se non addirittura di *routine*»⁶¹. In effetti, molti sono gli elementi che, ad oggi, segnano in maniera netta la distanza che separa dai trattamenti medici *strictu sensu* intesi tali nuovi portati della chirurgia sostitutiva. Si consideri l'incertezza della prospettiva medico/chirurgica che, attualmente, ancora in molti casi governa interventi di questa natura. Ancor più significativa, però, è la portata attuale delle conoscenze scientifiche, tuttora incapace di pervenire a delle conclusioni certe ed univoche sia in relazione alle reazioni di rigetto del materiale organico trapiantato sia rispetto al pericolo di trasmissione di infezioni dall'animale all'uomo. Conseguentemente, a fungere da discriminante è soprattutto l'impossibilità di valutare *ex ante* i rischi connessi all'utilizzo di tali nuove tecniche biomediche e biotecnologiche, sia per il ricevente che per l'intera collettività.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ La trascuratezza dei giuristi nei riguardi del tema è stata sottolineata già molti anni fa da F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 158.

⁵⁹ Molti dubbi sono stati, ad esempio, espressi da G. CORDINI, *Xenotrapianti: i profili costituzionali*, Rassegna Amministrativa della Sanità, 2001, p. 5 ss.

⁶⁰ Così, F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 157.

⁶¹ *Ibidem*.

Peraltro, gli stessi elementi che concorrono a qualificare questo tipo di interventi in termini sperimentali chiariscono altresì la portata delle molte questioni di diritto strettamente conseguenti al ricorso a tal genere di trapianti. Essi, infatti, finiscono, quasi inevitabilmente, per richiamare l'attenzione del giurista, ed in particolare del giuspubblicista, non soltanto sull'esigenza di tutelare, nella sua singolarità, la persona umana interessata da questo tipo di trapianto, il suo benessere psico/fisico e la sua dignità, ma anche sulla necessità di salvaguardare la salute pubblica, a mezzo di un adeguato apprezzamento dei rischi cui è esposta.

Tuttavia, proprio in relazione agli aspetti qui considerati, l'armamentario giuridico "classico" mostra in pieno la limitatezza degli strumenti da sempre utilizzati per la tutela di beni, quali quelli sopra evidenziati, di indiscussa rilevanza costituzionale. *In primis*, infatti, pare fin da subito dubbia l'adeguatezza della tradizionale garanzia offerta dal consenso informato al trattamento medico⁶²; così come controversa sembra l'applicabilità in ambito del principio di precauzione⁶³. Analogamente, assai problematica risulta la predisposizione di meccanismi in grado di consentire un monitoraggio pubblico, a fini di interesse generale, dello stato di salute dei singoli che si sono sottoposti ad uno xenotrapianto, in considerazione dei molti dubbi che ciò alimenterebbe riguardo alla «reale utilità della biotecnologia in parola (anche in termini di efficace allocazione delle risorse)»⁶⁴, oltre che in ragione del rischio di «una sensibile limitazione dei rapporti sociali dei soggetti riceventi»⁶⁵, che potrebbe addirittura condurre a «forme di restrizione della libertà personale di tali soggetti e dei terzi con cui i soggetti riceventi entrino in contatto»⁶⁶.

Sotto altro profilo, l'accento che, con sempre maggiore incisività, nel corso degli anni, è stato posto dagli studiosi sul carattere necessitato degli xenotrapianti, in ragione della scarsità delle risorse disponibili⁶⁷, non soltanto evidenzia l'insufficiente capacità di risposta che, per molto tempo, è stata dimostrata dal sistema normativo rispetto alla continua richiesta di favorire una maggiore disponibilità, attraverso il meccanismo delle donazioni, di organi e tessuti umani a fini di trapianto⁶⁸, ma, in una pro-

⁶² Sul punto, cfr. A. LORETI BEGHÉ, L. MARINI, *ult. op.*, cit., p. 171; nonché, P. SOBBRIO, *ult. op.*, cit., p. 531.

⁶³ Sull'«invocazione del principio di precauzione» in materia, cfr. F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, cit., p. 162 ss.

⁶⁴ A. LORETI BEGHÉ, L. MARINI, *ult. op.*, cit., p. 171.

⁶⁵ Così, A. LORETI BEGHÉ, L. MARINI, *ult. op.*, cit., p. 171. Ma, su tale profilo, si leggano altresì le considerazioni svolte da P. SOBBRIO, *ult. op.*, cit., p. 531 ss.

⁶⁶ In questi termini, A. LORETI BEGHÉ, L. MARINI, *ult. op.*, cit., p. 171. In maniera ancora più puntuale, P. SOBBRIO, *ult. op.*, cit., p. 531 ss.

⁶⁷ Sugli xenotrapianti come risposta ad un bisogno conseguente alla scarsità di organi e tessuti umani da trapiantare, cfr. M. PENNACCHINI, *Il trapianto eterologo. Storia, problemi etici e impatto psicologico nei pazienti in lista di attesa*, cit., p. 9 ss.

⁶⁸ Si tratta di una circostanza attestata dal Centro Nazionale Trapianti, che, tuttavia, da ultimo registra un'importante inversione di tendenza. Secondo i dati raccolti, infatti, nel 2017 in Italia i donatori di organi sono aumentati del 18% rispetto all'anno precedente, raggiungendo la quota del 28,7 per milione di popolazione (rispetto al 24,3 del 2016). Tra l'altro, questi stessi dati attestano che il nostro Paese è sopra la media europea (Europa a 28 Stati: 18,4 donatori per milione di popolazione). Parallelamente, crescono anche i donatori utilizzati, con un + 11,7 % sul 2016 (il 2017 si chiuderebbe con 23,9 donatori utilizzati per milione di popolazione contro il 21,4 dello scorso anno). Secondo il Centro Nazionale Trapianti si tratterebbe di una crescita mai registrata in Italia e che coinvolge sia la fase del *procurement* che gli interventi eseguiti. A beneficiare di questo incremento sono i pazienti in lista di attesa che, per il secondo anno consecutivo, registrano un calo. Su questo scenario positivo influisce anche il dato sulle opposizioni alla donazione che si attesterebbe al 28% per il 2017

spettiva di più ampio respiro, richiama altresì l'attenzione sull'importanza che, in tale ambito, riveste la ricerca di soluzioni condivise a livello sovranazionale ed internazionale⁶⁹. E ciò non soltanto allo scopo di garantire «un livello omogeneo di tutela dei diritti individuali e della dignità umana (anche con riferimento agli aspetti c.d. intergenerazionali), eque condizioni di accesso alla tecnologia in parola, nonché la giusta ripartizione, tra i membri della Comunità internazionale, dei benefici di natura non solo clinica derivanti dallo sviluppo delle tecniche di xenotrapianto, in linea con le esigenze formalizzate nel 1997 dalla Dichiarazione universale dell'Unesco sul genoma umano e i diritti dell'uomo, che proclama simbolicamente il genoma umano "patrimonio comune dell'umanità"»⁷⁰. Ugualmente rilevante, infatti, è parso il diverso obiettivo di assicurare una migliore salvaguardia del benessere degli animali utilizzati a scopo di trapianto, da realizzare attraverso un delicato e pur necessario bilanciamento con le esigenze di sviluppo delle conoscenze scientifiche.

D'altro canto, le profonde divisioni che, sul piano dell'accettazione sociale, si registrano nei riguardi di tali pratiche, nel nostro, come in molti altri Paesi, non soltanto del contesto europeo⁷¹, interrogano i giuristi, oltretutto sulle modalità di sensibilizzazione della società civile rispetto al tema degli xenotrapianti, altresì sui meccanismi di consultazione e di coinvolgimento del pubblico nell'elaborazione delle relative scelte politiche; il tutto con evidenti ed indubbi riflessi sia sul piano della scelta tra i diversi modelli di regolazione utili a normare la materia, sia su quello della caratterizzazione democratica del sistema, sembra più chiaramente pensata in termini partecipativi, e destrutturata, invece, nella sua originaria connotazione rappresentativa⁷².

Approcciato, dunque, dal punto di vista strettamente giuridico, ed anzi squisitamente pubblicistico, il tema degli xenotrapianti finisce insomma per intersecare una pluralità di piani di ricerca da sempre oggetto di interesse proprio dei costituzionalisti, la cui attenzione viene, infatti, di volta in volta richiamata sulla tutela della salute umana, nella sua diversa dimensione individuale e collettiva, e secondo le diverse modalità che impone il carattere terapeutico oppure sperimentale dell'intervento praticato, ovvero sulla salvaguardia del benessere degli animali. Quindi, viene attratta sulla necessità di bilanciamento di tali giuste pretese di garanzia con le altrettanto fondate esigenze di promozione e di sviluppo della ricerca in ambito, o anche sulle diverse problematiche connesse all'allocazione delle risorse di-

contro il 32% di tutti gli accertamenti di morte del 2016. In termini di numeri assoluti, questa riduzione è pari al 15% in meno rispetto allo scorso anno. I dati *de quibus*, e ulteriori più specifiche notizie sulla situazione attuale in termini di donazioni di organi a fini di trapianti sono consultabili sul sito www.trapianti.salute.gov.it.

⁶⁹ Tale auspicio, in realtà, è oramai risalente. Lo si ritrova, infatti, già in G. CORDINI, *Xenotrapianti: i profili costituzionali*, cit., p. 6.

⁷⁰ Così, A. LORETI BEGHÉ, L. MARINI, *ult. op.*, cit., pp. 172-173.

⁷¹ Sul punto, il rinvio è a M. TALLACCHINI, F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali, e ambientali*, Milano, 2004, p. 94, che, studiando «gli approcci maggiormente innovativi in tema di regolazione di rischi», con uno sguardo ai Paesi d'oltreoceano, ricordano che: «A partire da 1999 il governo canadese ha avviato estese attività di informazione, sensibilizzazione e consultazione della società civile sul tema degli xenotrapianti. La campagna informativa si è articolata in una serie di incontri con il pubblico, organizzati in tutte le principali città canadesi, in forma di *town meeting*, nella costante pubblicazione di documenti ufficiali e di commento sugli xenotrapianti, in collegamenti via email di aggiornamento sui programmi di governo».

⁷² E ciò sempre che non si voglia concludere, come fa P. SOBBRIO, *ult. op.*, cit., p. 533, nel senso della tardività degli esercizi di democrazia partecipativa sugli xenotrapianti rispetto all'avanzare dei progressi fatti in campo "cellulare", «tanto che viene il dubbio che più che di partecipazione si possa parlare di forme di richiesta di legittimazione per poter effettuare le sperimentazioni».

sponibili, alla ricerca di soluzioni che, nel segno dell'equità, consentano di superare i problemi di scarsità. E viene altresì sollecitata a riflettere sull'importanza che, specie in tale contesto, riveste l'accettazione sociale delle politiche di carattere tecnico-scientifico. Il tutto, nella consapevolezza dell'uguale rimando da parte di ciascuna di tali specifiche problematiche all'unico interrogativo concernente l'ammissibilità degli xenotrapianti.

4. Sulle molte "criticità" del divieto di ogni sperimentazione finalizzata, a mezzo dell'impiego di animali, alle ricerche sugli xenotrapianti, nella diversa prospettiva interna ed europea

La ricerca di una risposta a tale quesito sposta oggi l'analisi sui contenuti del D. Lgs. 4 marzo 2014 n. 26⁷³, di recepimento, all'interno del nostro sistema ordinamentale, della direttiva 2010/63 sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici⁷⁴. È in sede di trasposizione dell'atto europeo, infatti, che tale *vexata quaestio* viene da ultimo definita a mezzo di una disposizione, tra le più controverse del dettato normativo *de quo*. Specie, infatti, nella formulazione originariamente proposta, il divieto in essa introdotto sembra fin da subito tradire in pieno la realizzazione di quegli obblighi di risultato imposti dalla stessa direttiva di cui pure vorrebbe garantire l'attuazione nell'ordinamento interno. Ancor più, però, il veto opposto ad ogni tipo di sperimentazione altresì finalizzata, a mezzo dell'impiego di animali, alle ricerche sugli xenotrapianti, qui intesi non solo come trapianti di "organi" ma anche di cellule e tessuti tra specie diverse, pare contraddire in pieno il rilievo fondamentale che, sia in ambito sovranazionale che a livello costituzionale interno, viene attribuito ai diversi beni ed interessi rilevanti in ambito.

⁷³ D. Lgs. 4 marzo 2014 n. 26, inerente all'«Attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici», adottato sulla base della L. 6 agosto 2013, n. 96, avente ad oggetto «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2013», entrata in vigore il 4 settembre 2013. In effetti, tale decreto includeva, tra le direttive oggetto di recepimento di cui all'Allegato B, anche la direttiva 2010/63.

⁷⁴ Si tratta della direttiva 2010/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2010, sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici. Una disamina critica dei contenuti di tale direttiva è data dai contributi di R. FORASTIERO, *La tutela giuridica degli animali da esperimento: riflessioni sull'attuazione in Italia della direttiva 2010/63/UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 565 ss.; e P. PUOTI, *L'attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali da sperimentazione nel contesto dell'armonizzazione del mercato interno e il futuro della ricerca in Italia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 301 ss. Anzitutto, però, a tale direttiva, ed ai diversi profili di interesse sia teorico sia applicativo che essa presenta, è stato dedicato il volume a cura di A. MANCIOCCO, E. ROMANO, F. ZORATTO, I. BRANCHI, A. BERRY, *Sperimentazione animale: aspetti teorici, normativi e applicativi della nuova Direttiva europea 2010/13*, Rapporti ISTISAN 11/39, Roma, Istituto Superiore della Sanità, 2011, a cui si rimanda, segnalando in particolare i contributi di G. PANZINI, *La nuova Direttiva europea 2010/63*; A. DIONISI, *Percorso della nuova Direttiva 2010/63/UE per l'Italia e scenario europeo*; G. BOTTA, *Significato e conseguenza della Direttiva europea 2010/63/UE per l'Italia*; G. PERRETTA, *Uso dei primati nella ricerca scientifica alla luce della nuova Direttiva*; M. KUAN, *Associazioni protezionistiche e nuova legislazione*, A. VITALE, *Evoluzione del principio delle 3R*; G. CALAMANDREI, *Progetto EATRIS: il benessere animale nella prospettiva della ricerca traslazionale*; A. CRIADO e A. FERRARA, *Criteri di severità delle procedure sperimentali nella nuova Direttiva europea 2010/63/UE*; E. CESANA, *Direttiva 2010/63 e impatto su allevamento e produzione degli animali da laboratorio*.

In particolare, sotto tale ultimo profilo, risulta immediatamente evidente come tale divieto, unitamente ai limiti opposti alle ricerche sulle sostanze d'abuso, ugualmente previsto all'interno della trama normativa in questione, sacrifichi irragionevolmente le esigenze proprie della ricerca, impedita nella prosecuzione degli studi finalizzati alla cura di importanti patologie⁷⁵. Soprattutto, è palese come esso discrimini ingiustamente l'industria ad essa legata, di cui mortifica pure gli interessi, causa la perdita di competitività che, nel confronto con i soggetti stabiliti in altri Paesi, si registra sul mercato a danno dell'impresa italiana, ostacolata nella possibilità di partecipazione a bandi europei che prevedano l'utilizzo di tecniche di sperimentazione animale per xenotrapianti, ma anche per ricerche sulle sostanze d'abuso⁷⁶.

Al tempo stesso, risulta altrettanto semplice notare come, in prospettiva europea, il divieto *de quo*, valutato anche alla luce del complessivo disposto normativo in cui è calato, finisca per produrre «un forte impatto negativo sul corretto funzionamento del mercato interno, dovuto ai maggiori svantaggi che ne derivano per i ricercatori o le imprese, stabiliti o che intendano stabilirsi in Italia, in violazione dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, quali il divieto di discriminazione, la parità di condizioni di concorrenza tra le imprese (art. 3, par. 3, TFUE), la libertà di ricerca scientifica (art. 179 TFUE), la libertà di stabilimento di ricercatori e imprese (art. 49 TFUE), la libera circolazione degli scienziati e dei ricercatori (art. 45 TFUE), la libera prestazione dei servizi connessi con le attività vietate (art. 56 TFUE)»⁷⁷. Il tutto, senza dimenticare il grave pregiudizio arrecato altresì a quell'esigenza di un'adeguata protezione della salute che ugualmente si impone alle istituzioni europee nell'esercizio delle competenze loro assegnate, ed ai singoli Stati membri in sede di attuazione delle misure adottate dalle prime (art. 9 TFUE).

Per gli aspetti qui considerati, quindi, anche a tacere dell'indubbia contrarietà di queste stesse disposizioni a prescrizioni di rango fondamentale in tema di diritti e libertà, oggi contenute della Carta di Nizza⁷⁸ e già previste nella nostra Costituzione⁷⁹, è impossibile, per quanto qui interessa, negare evidenza all'aperto contrasto delle disposizioni *de quibus* con il «dovere di corretta e uniforme trasposizione che il diritto dell'UE impone a tutti gli Stati membri»⁸⁰, oltre che con l'obbligo di risultato, prescritto dalla direttiva, «di armonizzare le normative nazionali degli Stati membri in materia di protezione degli animali per fini scientifici, al fine di correggere le distorsioni del mercato interno derivanti dalla diversità delle legislazioni nazionali in materia di protezione degli animali utilizzato a fini scientifici, e in tal modo rimuovere gli ostacoli agli scambi prodotti e sostanze ottenuti ricorrendo alla sperimentazione»⁸¹.

⁷⁵ Sul punto, ampiamente, P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 319. Sempre a tal riguardo sia inoltre consentito il rinvio a F. MEOLA, *La tutela degli animali da sperimentazione nel contesto europeo*, in corso di pubblicazione sulla Rivista di diritto comparato ed europeo.

⁷⁶ Il profilo è attentamente analizzato da P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 319 ss. Anche su tale profilo, sia altresì consentito il rinvio a F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

⁷⁷ Così, P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 321.

⁷⁸ Al riguardo, di nuovo, P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 321.

⁷⁹ Sotto tale profilo, infatti, non può non rilevarsi che «si tratta di diritti e libertà, quali la libertà di ricerca scientifica, la libertà di impresa e il diritto alla salute, garantiti anche dalla Costituzione italiana (nell'ordine: articoli 9, 41 e 33 Cost.)»; così, P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 321.

⁸⁰ Così, P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 305.

⁸¹ In tal senso, P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 319. In argomento, si rinvia inoltre a F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

È questa, infatti, la finalità che, a dispetto del titolo e degli obiettivi «di protezione degli animali utilizzati a fini scientifici» in esso fissati, la direttiva *de qua* assume effettivamente come propria, ad essa informando i contenuti delle disposizioni di cui si compone. Anzi, già l'art. 114⁸² in cui essa si radica dimostra come scopo primo dell'atto normativo *de quo* sia proprio quello di neutralizzare il divario esistente tra i singoli Stati membri quanto alla disciplina attuativa della precedente direttiva⁸³ cui essa si sostituisce, ugualmente finalizzata al «riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini specifici», in quanto di ostacolo al funzionamento del mercato interno⁸⁴. *Rectius*, a correggere le distorsioni registratesi nella fase attuativa delle prescrizioni in essa contenute, causa la dubbia portata interpretativa di alcune di esse⁸⁵. D'altro canto, a marcare tale sua specifica vocazione è l'esplicita finalizzazione dell'atto *de quo* all'adozione di norme più dettagliate rispetto a quelle già predisposte allo stesso scopo dalla direttiva 86/609/CEE, quale risulta dai contenuti del 1° *Considerando*, che ne ri-

⁸² Come è noto, tale articolo costituisce la base giuridica per l'adozione, a livello europeo, di atti normativi volti al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri utili all'instaurazione, ovvero al funzionamento del mercato interno. In particolare, il ricorso agli atti di armonizzazione è assai diffuso nella prassi europea tutte le volte in cui il mantenimento delle normative nazionali in un determinato settore, pur oggetto di mutuo riconoscimento da parte di ogni singolo Stato membro, non basta a garantire l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei beni e delle merci secondo le logiche proprie del mercato interno. Di fatto, l'adozione di una misura di armonizzazione riduce il divario esistente fra le diverse legislazioni nazionali in un determinato settore a mezzo della fissazione di *standards* ai quali tutte le normative nazionali dovranno conformarsi. Essa, inoltre, comporta che l'ambito materiale in cui la misura *de qua* è adottata non può più formare oggetto di autonoma regolazione da parte degli Stati membri, i quali, peraltro, non potranno neppure più far valere la possibilità di ricorso alle deroghe di cui all'art. 36 TFUE (in forza del quale la libera circolazione delle merci può subire intralcio in ragione della possibilità per i singoli Stati di opporvi «i divieti e le restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale»). Analogamente, essi non potranno neanche applicare misure nazionali più restrittive giustificate da «esigenze imperative», secondo quanto sancito dalla giurisprudenza della Corte europea nel caso *Cassis de Dijon* (sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, punto 6). E ciò perché, in base a quanto statuito dalla Corte di Giustizia (sentenza 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, punto 8), l'adozione delle predette misure è esclusa in presenza di direttive che prevedano l'armonizzazione delle misure necessarie alla realizzazione dello specifico obiettivo perseguito. In questa ipotesi, infatti, devono essere adottate misure di protezione nell'ambito definito dalla direttiva di armonizzazione. Il sistema così delineato, dunque, palesa la chiara volontà del legislatore sovranazionale di escludere, in linea di principio, la possibilità di mantenere o introdurre misure statali derogatorie alla disciplina armonizzata. Tuttavia, lo stesso sistema consente di derogare a tali limiti, ma solo a mezzo di misure autorizzate dalle stesse Istituzioni UE, ai sensi delle clausole di salvaguardia previste dall'art. 114, paragrafi 4 e 5 TFUE, ovvero quando si trattava di misure consentite da clausola di deroga e/o salvaguardia inserite nell'atto armonizzato.

⁸³ Si tratta della direttiva 86/609/CEE del Consiglio, del 24 novembre 1986, concernente il «Riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini specifici. Tale direttiva è stata a suo tempo recepita con il D. Lgs. 27 gennaio 1992, n. 116, espressamente finalizzato all'«Attuazione della direttiva n. 86/609/CEE in materia di protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici».

⁸⁴ L'atto *de quo*, infatti, aveva per base giuridica l'ex art. 100 del Trattato istitutivo della CEE, poi divenuto art. 95 TCE, e, in conseguenza dell'approvazione del Trattato di Lisbona, tradottosi nell'art. 114.

⁸⁵ Sulla dubbia portata interpretativa delle prescrizioni *de quibus*, R. FORASTIERO, *ult. op.*, cit., p. 570.

badisce altresì la strumentalità al funzionamento del mercato interno⁸⁶. Né, a diverse conclusioni potrebbe indurre il richiamo fatto dal 2° *Considerando* all'art. 13 TFUE⁸⁷, che espressamente assume le esigenze di tutela del benessere degli animali come assolutamente irrinunciabili nella formulazione nonché nell'attuazione delle politiche dell'Unione in settori strategici della sua azione. È indubbio, infatti, che, correttamente inteso⁸⁸, il richiamo alla necessità, per l'Unione e i singoli Stati che ne sono parte, di "tenere pienamente conto delle esigenze in materie di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione", anche nei settori qui rilevanti del mercato interno, della ricerca e dello sviluppo scientifico, deve essere inteso come bisogno di contemperamento tra le esigenze proprie dell'armonizzazione e quelle del bilanciamento. E, in questa prospettiva, debba essere interpretato nel senso che «l'atto di armonizzazione deve assicurare il giusto contemperamento tra opposte esigenze, quali la protezione degli animali da esperimento da una parte; e la necessità di garantire uguali condizioni tra le imprese e gli enti di ricerca degli Stati membri, al fine dello sviluppo di sostanze o prodotti da immettere e far circolare liberamente nel mercato interno, dall'altra»⁸⁹. In questa stessa direzione, del resto, rileva la chiara subordinazione della possibilità, pure riconosciuta agli Stati, di mantenere misure nazionali più rigorose, ovvero in grado di assicurare una maggiore protezione degli animali oggetto della disciplina armonizzata⁹⁰, all'assenza di ogni pregiudizio a danno del corretto funzionamento del mercato interno⁹¹, oltre che al rispetto di ben

⁸⁶ In seno al 1° *Considerando* si ricorda infatti che: «Il 24 novembre 1986 il Consiglio ha adottato la direttiva 86/609/CEE volta a eliminare le disparità tra le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici. Dall'adozione di tale direttiva sono emerse ulteriori divergenze tra gli Stati membri. Alcuni Stati membri hanno adottato misure nazionali di attuazione che garantiscono un elevato livello di protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, mentre altri si limitano ad applicare i requisiti minimi stabiliti dalla direttiva 86/609/CEE. Tali disparità rischiano di costituire degli ostacoli agli scambi di prodotti e sostanze per lo sviluppo dei quali sono effettuati esperimenti su animali. Di conseguenza, è opportuno che la presente direttiva preveda norme più dettagliate al fine di ridurre tali disparità ravvicinando le norme applicabili in tale settore e al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno». Si tratta di una puntualizzazione importante, anzitutto dal punto di vista formale, in quanto consente di definire l'atto in questione in termini di direttiva dettagliata. Non minore, però, ne è la rilevanza sul piano contenutistico. Su tale piano, infatti, essa chiarisce, in maniera assolutamente inequivoca, come la necessità di armonizzare le normative nazionali degli Stati membri in materia di protezione degli animali per fini scientifici non sia mai stata dettata dal fine principale di protezione degli animali, bensì da quello di correggere le distorsioni nel mercato interno derivanti dalla diversità delle legislazioni nazionali in materia di protezione degli animali utilizzati a fini scientifici. Per un approfondimento di tali profili, cfr. P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 307 ss.

⁸⁷ Art. 13 TFUE: «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e dello sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettano nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale».

⁸⁸ Per una ricostruzione dell'esatta portata di tale rinvio, si rimanda a F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

⁸⁹ Così, P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 307.

⁹⁰ Sulla possibilità per gli Stati di conservare misure nazionali più rigorose, cfr. art. 2 della direttiva 2010/63/UE, cit.

⁹¹ Significativo, sotto questo profilo, è altresì il contenuto del 7° *Considerando*, che, pur ritenendo «opportuno consentire agli Stati membri una certa flessibilità nel mantenere le norme nazionali miranti ad una protezione più estesa degli animali», oltre a finalizzare il tutto all'interesse degli animali, subordina comunque tale possibilità alla circostanza che «ciò non pregiudichi il funzionamento del mercato interno».

definiti limiti temporali⁹² e precise prescrizioni di carattere procedurale⁹³. Essa, infatti, rimarca in maniera ancor più significativa la rilevanza che, anche nell'ambito considerato, il legislatore europeo accorda alle esigenze proprie delle imprese e dei ricercatori. A dare infine pienamente ragione della bontà della chiave di lettura proposta è il disposto del 6° e del 10° *Considerando*, che, pur auspicando il ricorso a metodi alternativi, chiarisce in modo incontrovertibile come l'impiego di animali vivi a fini scientifici sia e continui ad essere «necessario per tutelare la salute umana e animale e l'ambiente»⁹⁴. Alla luce della portata complessiva delle disposizioni appena menzionate appare dunque evidente come la direttiva in esame non neghi affatto la necessità di utilizzo di animali a fini scientifici⁹⁵. Piuttosto, nella consapevolezza di tale necessità, ed in vista del pur auspicato «obiettivo finale della completa sostituzione delle procedure su animali vivi a fini scientifici ed educativi non appena ciò sia scientificamente possibile»⁹⁶, essa si propone, espressamente ed esclusivamente, di migliorare «il benessere degli animali utilizzati nelle procedure scientifiche»⁹⁷, e di garantirne «un elevato livello di protezione»⁹⁸. E ciò a mezzo di una serie di disposizioni assolutamente espressive di una maggiore attenzione oggi rivolta dal legislatore sovranazionale nei riguardi della sofferenza degli animali utilizzati nelle procedure sperimentali, contrastata o comunque attutita grazie al ricorso ad una metodica sperimentale certamente meglio rispondente a tali necessità, nonché a mezzo dell'applicazione di misure, preventive ovvero successive, di contrasto di eventuali abusi⁹⁹. Tuttavia, nel loro insieme, tali disposizioni possono ragionevolmente intendersi quale semplice «tentativo, in parte riuscito, di innalzare il livello di prote-

⁹² Sotto tale profilo, si ricordi che, all'art. 2, la direttiva 2010/63/UE, cit., consente il mantenimento delle sole disposizioni interne già vigenti alla data del 09 novembre 2010; giorno, questo, precedente il termine finale concesso agli Stati per l'adozione delle «disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla [...] direttiva» (art. 61).

⁹³ Al riguardo, si tenga conto, che, sempre in base a quanto stabilito al tempo dall'art. 2 della direttiva 2010/63/UE, cit., la deroga concessa agli Stati a favore del mantenimento della norma nazionale più rigorosa è ammessa solo nella misura in cui venga comunicata alla Commissione entro il 1° gennaio 2013.

⁹⁴ In forza del 10° *Considerando*: «Benché sia auspicabile sostituire nelle procedure l'uso di animali vivi con altri metodi che ne prevedano l'uso, l'impiego di animali vivi continua ad essere necessario per tutelare la salute umana e animale e l'ambiente. Tuttavia, la presente direttiva rappresenta un passo importante verso il conseguimento dell'obiettivo finale della completa sostituzione delle procedure su animali vivi a fini scientifici ed educativi non appena ciò sia scientificamente possibile. A tal fine, essa cerca di agevolare e di promuovere lo sviluppo di approcci alternativi. Essa cerca altresì di garantire un elevato livello di protezione degli animali il cui impiego nelle procedure continua ad essere necessario. La presente direttiva dovrebbe essere rivista periodicamente alla luce dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche e delle misure di protezione degli animali».

⁹⁵ «Essa, anzi, si basa su tale presupposto; significativamente rimarcato, tra l'altro, dall'assenza di qualunque divieto opposto agli Stati membri per quel che riguarda l'allevamento di animali a soli fini di sperimentazione»; sul punto, e nei termini *de quibus* si rinvia a F. MEOLA, *ult. op.*, cit., in cui, alla nota n. 88, si ricorda come si tratti di una conclusione che P. PUOTI, *ult. op.*, cit., pp. 311, 312, trae direttamente dal testo della direttiva, e specificamente dal dettato dell'art. 10.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Al 6° *Considerando* si legge: «Sono disponibili nuove conoscenze scientifiche con riguardo ai fattori che influenzano il benessere degli animali nonché alla loro capacità di provare ed esprimere dolore, sofferenza, angoscia e danno prolungato. Per tale motivo è necessario migliorare il benessere degli animali utilizzato nelle procedure scientifiche rafforzando le norme minime per la loro tutela in linea con i più recenti sviluppi scientifici».

⁹⁹ Sul punto, e per una disamina critica delle disposizioni in questione, sia nuovamente consentito rinviare a F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

zione degli animali sperimentali rispetto alla normativa previgente all'interno dell'Unione»¹⁰⁰. Sarebbe, invece, di certo «fuorviante» concludere che «il livello di tutela degli animali ed, in particolare, degli animali da esperimento raggiunto sia il più alto possibile e non abbia bisogno di ulteriori aggiustamenti»¹⁰¹. «Anzi, ancor prima, sarebbe assolutamente opinabile indicare in tali finalità quelle, proprie e/o prioritarie, del legislatore europeo che norma la materia»¹⁰².

In ragione di ciò, allora, la possibilità di spiegare la rigidità delle scelte del legislatore interno in tema di xenotrapianti, e più in generale di sperimentazione animale, alla luce del quadro normativo europeo risulta operazione inopinabilmente priva di qualsiasi pregio. Essa, infatti, si scontra contro l'evidente mancanza, nel testo e nella *ratio* della direttiva in esame, «di qualunque appiglio utile ad intendere le determinazioni del regolatore pubblico sovranazionale riguardo alla salvaguardia degli animali impiegati a fini scientifici come espressive di un disegno politico volto all'affermazione dell'assoluta primazia degli interessi dei viventi non umani, quando non addirittura al riconoscimento di una loro qualche soggettività, in grado di neutralizzare la rilevanza ugualmente accordata, a livello sovranazionale, ai diversi interessi della sperimentazione e del mercato, e di garantire invece una tutela massima degli animali»¹⁰³.

Piuttosto, riguardata in questa prospettiva, la pretesa del legislatore italiano ad una maggiore tutela dei viventi non umani pone subito non pochi dubbi di legittimità¹⁰⁴, oltre che per contrasto con gli obblighi di risultato imposti dalla stessa direttiva di cui pure vorrebbe realizzare la trasposizione, altresì per violazione delle norme preposte dal nostro stesso ordinamento all'adattamento al diritto europeo¹⁰⁵, ed in particolare di quelle che presiedono al recepimento delle direttive, e che al riguardo stabiliscono un chiaro divieto per il legislatore italiano di introdurre o mantenere negli atti di recepimento «livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive»¹⁰⁶.

Tuttavia, ancor più che per i profili appena evidenziati, quella stessa pretesa solleva prontamente più di una perplessità quanto alla rispondenza di molte delle scelte che il legislatore interno va al tempo formulando ad un criterio di ragionevole bilanciamento dei diversi beni/interessi rilevanti in ambito.

¹⁰⁰ Così, R. FORASTIERO, *ult. op.*, cit., p. 573.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Così, F. MEOLA, *ult. op.*, cit., a cui si rinvia per un tentativo di ricostruzione della *ratio* sottesa a tale erronea interpretazione del testo della direttiva in esame.

¹⁰³ Al riguardo, cfr. F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

¹⁰⁴ In realtà, prima ancora che sul decreto infine approvato dal Governo, è sull'art. 13 della legge di delegazione europea 2013 (legge n. 96 del 06 agosto 2013, entrata in vigore il 04 novembre 2013, avente ad oggetto la «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013»), contenente i «Criteri di delega al Governo per il recepimento della direttiva 2010/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2010, sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici», che si attagliano molti dubbi da parte della dottrina. Sul punto, e per un approfondimento delle questioni di legittimità di cui qui si fa cenno, si rinvia a F. MEOLA, *La tutela degli animali da sperimentazione nel contesto europeo*, cit.

¹⁰⁵ Si tratta della legge 24 dicembre 2012, n. 234, contenente *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*.

¹⁰⁶ In effetti, la legge 24 dicembre 2012, n. 234, cit., all'art. 32, richiama gli articoli 24-bis, 24-ter e 24-quater della l. 246/2005 (*Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*) relativi all'analisi di impatto della regolazione (AIR) nei casi di norme interne di recepimento delle direttive, stabilendo che «gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive».

In particolare, il sentito appello ad una correzione del decreto sulla sperimentazione animale, prima ed a prescindere dalle necessità poste dalla procedura di infrazione avviata ai danni del nostro Paese¹⁰⁷, evidenza, in maniera assolutamente paradigmatica, come quelle stesse scelte vengano immediatamente percepite, specie dagli operatori del settore, come fortemente frustranti gli interessi della ricerca scientifica in ambito, in quanto in grado di ostacolare o comunque rallentare tutta una serie di studi dalle notevoli potenzialità benefiche a favore del miglioramento delle condizioni di vita e di salute di chi risulti affetto da patologie allo stato non curabili a mezzo dell'impiego degli strumenti propri della medicina tradizionale¹⁰⁸.

Indiscutibilmente, a fronte di ciò, la postilla che, in conseguenza di quello stesso appello, viene da ultimo aggiunta al decreto, e che oggi circoscrive la portata degli xenotrapianti oggetto di divieto riferendola ai soli trapianti di organi tra specie diverse, e non anche a quelli di cellule e tessuti¹⁰⁹, di fatto consentiti, permette, fin da subito, di evitare molte delle pesanti conseguenze naturalmente connesse alla rigidità iniziale del divieto in discussione.

Tuttavia, l'auspicio da ultimo formulato da parte di molti degli addetti ai lavori a favore di un subitaneo e significativo intervento sanzionatorio da parte dell'autorità europea¹¹⁰ ai danni del nostro Paese, che valga a sollecitare una correzione del decreto infine approvato, attesta, in termini inequivocabili, come, anche così emendato, il dettato normativo in esame continui ad avere delle ricadute assolutamente importanti ancora in molti settori della ricerca¹¹¹, ma anche sulle aspettative di benessere di chi è sempre in attesa di trapianto, come dimostra, ad esempio, l'incidenza in negativo esercitata sulle condizioni di salute e sulle prospettive di vita del malato dall'inibizione di ogni ricerca finalizzata a com-

¹⁰⁷Al riguardo, si ricordi che, dopo una prima procedura di infrazione avviata ai danni dell'Italia per ritardo nell'adempimento a seguito della scadenza del termine di trasposizione della direttiva *de qua*, fissata per il 10 novembre 2012 (su cui ci si permette di rinviare a F. MEOLA, *ult. op.*, cit., ed ivi alla ricostruzione della vicenda contenuta nella nota n. 115), nel 2016 la Commissione europea ha avviato una nuova procedura di infrazione ai danni del nostro Paese, questa volta per il non corretto recepimento della direttiva 2010/63, stante il carattere eccessivamente restrittivo della normativa interna di trasposizione (n. 2016/2013). In particolare, dopo aver inviato all'Italia una lettera di messa in mora con la quale ha dato avvio alla fase precontenziosa della procedura di infrazione *ex art.* 258 TFUE, come da comunicato stampa del 24 aprile 2016, la Commissione ha fatto a ciò seguire un parere motivato *ex art.* 258 TFUE.

¹⁰⁸Tali preoccupazioni sono efficacemente espresse da E. Cozzi, l'immunologo clinico dell'Azienda Ospedaliera di Padova, intervistato da R. VILLA, *La ricerca italiana salvata dall'Europa*, cit., p. 1.

¹⁰⁹In effetti, nella formulazione in ultimo approvata, l'art. 5, comma 2, lett. d), D. Lgs. 4 marzo 2014 n. 26, cit., richiama l'art. 3, comma 1, lettera q) del predetto decreto. Ed è proprio in forza di tale richiamo che, oggi, il divieto di xenotrapianti deve essere interpretato come limitato ai trapianti di "organi" tra specie diverse, con esclusione, quindi, dei trapianti di sole cellule o tessuti, che devono pertanto ritenersi consentiti.

¹¹⁰«L'Italia deve correggere il decreto che fa male ai pazienti e agli animali, non solo alla ricerca»; sono queste le parole con cui si apre l'articolo di R. VILLA, *La ricerca italiana salvata dall'Europa*, cit., p. 1, che, unitamente al titolo, sottolineano non solo l'urgenza di un intervento correttivo della normativa italiana, D. Lgs. 4 marzo 2014 n. 26, cit., di recepimento della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, ma l'importanza del ruolo al riguardo svolto all'autorità europea, il cui intervento, a mezzo della procedura di infrazione, viene chiaramente considerato essenziale ai fini del salvataggio della ricerca italiana, e non solo. «La procedura di infrazione da parte dell'Europa», infatti, giusto quanto sottolineato nell'articolo a p. 2, «restituisce ai pazienti che ne avranno bisogno in futuro la speranza di migliori prospettive».

¹¹¹Su tali ricadute, E. Cozzi, nell'intervista condotta R. VILLA, *La ricerca italiana salvata dall'Europa*, cit., p. 2.

prendere, a mezzo degli xenotrapianti, quale sia la risposta immunitaria responsabile del rigetto del trapianto da uomo a uomo¹¹².

Al tempo stesso, se valutato in questa prospettiva, l'auspicio *de quo* tradisce altresì i molti dubbi che fin da subito il testo normativo solleva in ordine al *balancing test* ad esso sotteso, ed alla sua ragionevolezza. In questo senso, quindi, esso richiama l'attenzione sulle molte altre criticità sotto tale profilo presenti all'interno della trama normativa tessuta dal legislatore italiano, che di fatto consegna infine all'interprete un quadro normativo dai contenuti oggettivamente poco lineari, se non addirittura contraddittori¹¹³. Paradigmatiche, in questo senso, sono le disposizioni che, nel loro insieme, definiscono possibilità e condizioni di allevamento degli animali destinati ad essere utilizzati nelle procedure di sperimentazione, altresì in quelle finalizzate alle ricerche sugli xenotrapianti. A fronte di un più generico e generale principio contenuto nella direttiva, che obbliga ad utilizzare le specie elencate nell'apposito allegato solo per le procedure per le quali sono state allevate, senza riconoscere alcuna possibilità in capo agli Stati membri di vietare l'allevamento degli animali da sperimentazione, e nulla prevedendo nello specifico riguardo all'allevamento degli animali geneticamente modificati¹¹⁴, il decreto adottato dal Governo italiano, in forza del relativo criterio di delega¹¹⁵, stabilisce norme assolutamente più restrittive. E ciò sia per quel che concerne l'allevamento di animali geneticamente modificati, consentito solo «previa valutazione del rapporto tra danno e beneficio, della effettiva necessità della manipolazione, del possibile impatto che potrebbe avere sul benessere degli animali e dei potenziali rischi per la salute umana, animale e per l'ambiente»¹¹⁶, sia per quanto riguarda l'allevamento nel territorio nazionale di cani, gatti e primati non umani destinati alla sperimentazione, categoricamente vietato¹¹⁷. Ebbene, è indubbio che tali prescrizioni, ed in particolare quelle concernenti il trattamento degli animali transgenici, oltre che discriminatorie a danno dei ricercatori e degli enti di ricerca stanziati sul territorio nazionale, e violative della libertà di ricerca, comportino un maggior spreco di risorse economiche, stante la necessità per gli addetti ai lavori di procurare tali animali in altri Paesi, in cui il loro allevamento è consentito. Ma, per quel che rileva, è soprattutto inopinabile che quelle stesse prescrizioni determinino infine un peggioramento delle condizioni di benessere degli stessi animali, soggetti al trasporto da altri luoghi, ovvero all'acquisizione da allevamenti extraeuropei non in linea con i criteri di cura e protezione vigenti nel vecchio continente¹¹⁸. Per tali profili, quindi, oltre che contraddittorie con il quadro normativo europeo, e specificamente con quel principio di tutela del benessere degli animali in esso accolto, nonché violative di taluni diritti e libertà fondanti l'ordinamento sovranazionale, quali la libertà di impresa, il diritto di esercitare un lavoro o un'attività professionale e il diritto di stabilimento, le disposizioni *de quibus* si palesano assolutamente confliggenti con le finalità assunte come proprie dal legislatore italiano in sede di recepimento della direttiva in esame. Alla scelta di que-

¹¹² Su cui, nuovamente, E. COZZI, in R. VILLA, *La ricerca italiana salvata dall'Europa*, cit., p. 2. Sul punto, e per un approfondimento, si rimanda alle ulteriori osservazioni svolte sempre ad E. COZZI, *Usa degli animali nella ricerca medica: gli xenotrapianti*, in www.lincoi.it.

¹¹³ Anche ai fini di una disamina complessiva delle molte contraddittorietà insite nella normativa italiana di recepimento della direttiva 2010/63/UE si rinvia a F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

¹¹⁴ Art. 10, comma 4, D. Lgs. 4 marzo 2014 n. 26, cit.

¹¹⁵ Art. 13, comma 1, lett. e), della L. 6 agosto 2013, n. 96, cit.

¹¹⁶ Art. 10, comma 4, D. Lgs. 4 marzo 2014 n. 26, cit.

¹¹⁷ Art. 10, comma 5, D. Lgs. 4 marzo 2014 n. 26, cit.

¹¹⁸ Su tali aspetti P. PUOTI, *ult. op.*, cit., p. 324.

sti di innalzare il livello di protezione degli animali, migliorandone le condizioni di benessere, fa, infatti, da contraltare un disposto normativo che, in realtà, ne peggiora sensibilmente la situazione. D'altra parte, anche il divieto assoluto di allevamento di cani, gatti e primati, in quanto *ex novo* introdotto dal legislatore italiano, non solo fa emergere in pieno il contrasto tra la normativa interna e la direttiva europea, ma mette altresì chiaramente in luce la contraddittorietà intrinseca della prima, in cui il divieto *de quo* convive con la piena legittimità dell'impiego di tali animali nella ricerca.

5. “Compromesso” politico e “(non) senso” giuridico nella normativa italiana di «Attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici»: osservazioni critiche conclusive

Quid ergo?

A fronte di un divieto e, più genericamente, di un testo normativo chiaramente contrario, per molti profili, agli interessi della ricerca, poco attento nei riguardi delle prospettive di cura a vantaggio dei malati, conseguenti ai possibili sviluppi delle conoscenze scientifiche in materia, ed altresì contraddittorio rispetto alle finalità, pur inopinabilmente perseguite, di salvaguardia del benessere dei viventi non umani sottoposti alle procedure sperimentali, è indubbia la centralità che assume la ricerca, al fondo di tale normativa, di una qualche *ratio legis*.

Proiettata in questa prospettiva, però, l'analisi finisce per spostarsi, o meglio per scivolare, quasi naturalmente, su un piano squisitamente politico. È su questo piano, infatti, che sia i profili di illegittimità costituzionale che possono sollevarsi con riferimento al dettato legislativo interno in ragione della non corretta trasposizione della direttiva in esame¹¹⁹, sia le concrete conseguenze di carattere istituzionale comunque derivate dalla non perfetta aderenza della normativa interna alle prescrizioni europee¹²⁰ «rintracciano una matrice sostanzialmente unitaria»¹²¹.

Al riguardo, riflettendo sul tema in una prospettiva più ampia, in grado di cogliere l'approccio complessivo del legislatore italiano rispetto alla problematica concernente l'impiego degli animali in sede sperimentale, si è già scritto di quanto sia difficile «negare che la dubbia tenuta dell'impianto normativo infine prodotto dal Governo rispetto ad un pluralità di parametri costituzionali, oltre che alle norme che disciplinano l'adattamento del nostro ordinamento al diritto europeo, ed ancor prima l'evidente contrarietà del dettato legislativo alle corrispondenti prescrizioni della direttiva oggetto di recepimento, siano conseguenza di un difficile e pur necessario compromesso cui le forze politiche sono state chiamate a fronte delle resistenze opposte dalle associazioni a difesa degli animali avverso la pretesa, propria del mondo scientifico e della ricerca, al pieno rispetto degli obblighi di risultato imposti dalla direttiva. Un compromesso, quindi, tra le esigenze di sviluppo del sapere biomedico e delle sue applicazioni, cui è ancora certamente strumentale l'impiego in laboratorio degli animali, e le opposte richie-

¹¹⁹ Per un maggiore approfondimento di tale profilo, pure più volte accennato nel corpo del testo, sia consentito nuovamente il rinvio a F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

¹²⁰ Qui, il riferimento è, in particolare, alla nuova procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea ai danni del nostro Paese, nel 2016, questa volta per il non corretto recepimento della direttiva 2010/63. Su tale nuova procedura di infrazione vedi *supra*, nota n. 107. Sul punto, inoltre, per un approfondimento, si rimanda nuovamente a F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

¹²¹ Così, F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

ste di piena tutela di questi, a mezzo dell'abolizione del loro uso a fini sperimentali. Ovvero, tra questo tipo di richieste e gli interessi di natura altresì economica delle imprese che investono nel settore»¹²². Si tratta di conclusioni ovviamente riferibili altresì, nello specifico, al divieto, fissato infine dal legislatore italiano, di ogni sperimentazione finalizzata, a mezzo dell'impiego di animali, alle ricerche sugli xenotrapianti, nell'accezione sopra specificata. In certa misura, anzi, proprio il distinguo che il legislatore opera nella formulazione della disposizione in commento, e che definisce in ultimo la portata del divieto *de quo*, svela, forse meglio di ogni altro elemento si offra in questo senso alla valutazione dell'interprete, la natura compromissoria della scelta governativa.

Diversamente, la possibilità di ravvisare a base di tale scelta ragioni di carattere squisitamente scientifico è destinata ad essere immediatamente sconfessata dall'assoluta indisponibilità di metodi alternativi in grado di consentire la messa al bando della sperimentazione animale. Allo stesso tempo, a fronte di ciò, e del convincimento, oramai diffuso e condiviso, circa la necessità di impiego di animali vivi a fini scientifici, in funzione di tutela della salute umana e animale oltreché dell'ambiente, nonché a proposito della strumentalità degli xenotrapianti al progresso in molte aree della ricerca, anche la possibilità di intendere tale scelta come conseguente a stringenti motivazioni di tipo etico risulta sempre più complessa. Mancano, infatti, argomentazioni contrarie a tali possibili impieghi dei viventi non umani che non siano semplicemente frutto di un qualche pregiudizio o anche di certo fanatismo.

Tuttavia, riconoscere il carattere compromissorio delle scelte positivizzate a livello ordinamentale nazionale non vale a sciogliere i molti dubbi e a risolvere le tante contraddizioni che quello stesso testo pone sul piano strettamente giuridico.

Sotto tale profilo, però, è facile ipotizzare che l'intervento sanzionatorio da parte dell'Europa sarà presto seguito da un diverso e più incisivo controllo di carattere interno, che costringerà a riscrivere i contenuti del decreto in esame, per adeguarli alle conferenti prescrizioni sovranazionali, nonché per conformarli a quel complesso di regole che, nel nostro sistema ordinamentale, sono preposte ad assicurare l'adeguamento di questo al diritto europeo, ma soprattutto per garantirne la rispondenza ai valori costituzionali rilevanti in ambito.

Altrettanto facile, peraltro, è prevedere che difficilmente la strada allo scopo percorsa sarà quella parlamentare. Ma, come in tutti i casi in cui finalità di questo tipo vengano perseguite *ex post* e al di fuori delle aule di rappresentanza della volontà popolare, anche nell'ambito considerato l'ipotesi formulata risulta fortemente problematica, almeno quanto lo è la riscrittura, per quel che qui interessa, del decreto in esame.

¹²² In questi termini, F. MEOLA, *ult. op.*, cit.

Diritto animale, diritto degli animali e diritti degli animali. L'auspicio di un intervento riorganizzativo del legislatore tra esigenze sociali e necessità giuridiche di sistema

Giuseppe Settanni, Manuela Ruggi*

ANIMAL LAW ANIMALS' RIGHTS. THE HOPE OF A LEGISLATIVE INTERVENTION BETWEEN SOCIAL AND LEGAL NEEDS OF THE SYSTEM

ABSTRACT: The article examines the most recent situations concerning animal law, trying to deepen the systematic inconsistencies which seem to underlie different interpretation difficulties, and attempting to outline the necessity of a general intervention of the law-maker to completely regulate the matter.

KEYWORDS: animal law; sentient beings; animals; movable property; rights of animals

SOMMARIO: 1. Un primo quadro internazionale: dichiarazioni, convenzioni, trattati – 2. Il diritto animale e l'ordinamento giuridico italiano: primi cenni – 3. Verso una nuova definizione e una differente classificazione del diritto animale – 4. Gli animali come beni mobili: un inquadramento ancora attuale per il nostro ordinamento? – 5. La concezione degli animali in ambito consumeristico – 6. Il problema della donazione degli animali – 7. Necessità di un intervento organico e sistematico del legislatore.

1. Un primo quadro internazionale: dichiarazioni, convenzioni, trattati

È da millenni che l'uomo convive con gli animali, talvolta venerandoli talaltra addomesticandoli per le proprie esigenze. In tal senso, è da riconoscere che, con il passare del tempo e l'evolversi di una coscienza più piena nell'uomo, quest'ultimo ha riconosciuto negli animali dei preziosi (e in alcuni casi imprescindibili) compagni nel proprio sentiero della vita, cui garantire adeguate e dignitose condizioni di vita e di tutela¹.

Questo percorso non è stato però rapido né del tutto lineare. Senza volersi dilungare troppo in divagazioni socio-culturali (la cui trattazione è probabilmente opportuna in diversa sede), è bene ricordare brevemente il dibattito che, nel secolo scorso, ha portato alla promulgazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale², ovvero il primo provvedimento internazionale che educa al ri-

* Giuseppe Settanni. Università degli Studi di Urbino. Mail: giuseppe.settanni@uniurb.it; Manuela Ruggi. Avvocato. Mail: manuelaruggi@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Già il *Body of Liberties*, un testo normativo adottato nel 1641 nel Massachusetts, prevedeva il divieto di compiere crudeltà inutili sugli animali

² La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale è stata presentata a Bruxelles il 26 gennaio 1978 e proclamata a Parigi il 15 ottobre dello stesso anno presso la sede dell'UNESCO, ovvero l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura, istituita a Parigi 4 novembre 1946. Tuttavia, è bene precisare che solo erroneamente si ritiene che la stessa sia stata redatta dall'UNESCO, in quanto in tale sede fu solamente approvata. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, in realtà, fu preparata dal Prof. George House, un biologo, che iniziò la redazione del testo poi approvato, in successive riunioni, da alcune personalità del



spetto di qualsiasi forma di vita³. Si tratta, com'è facilmente intuibile (trattandosi di una dichiarazione), di un documento che non ha una specifica valenza giuridica in quanto costituisce una semplice dichiarazione di intenti. È però un importantissimo primo passo – messo nero su bianco – di come debbano essere considerati dall'uomo gli animali⁴.

A seguito della promulgazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, molteplici disposizioni normative sono state adottate a tutela del benessere degli animali, ovvero di quello «stato di completa sanità fisica e mentale che consente all'animale di vivere in armonia con il suo ambiente»⁵. Un famoso rapporto internazionale ha precisato che, al fine di garantire il benessere degli animali, è necessario assicurare il soddisfacimento dei loro bisogni essenziali, ovvero la libertà: (i) dalla fame, dalla sete e dalla cattiva nutrizione, mediante il facile accesso all'acqua fresca e a una dieta in grado di favorire lo stato di salute; (ii) di avere un ambiente fisico adeguato, comprendente ricoveri e una zona di riposo confortevole; (iii) da malattie, ferite e traumi, attraverso la prevenzione o la rapida

mondo culturale. In tal senso si veda L. GIRARDELLO, *Lo spirito della dichiarazione universale dei diritti dell'animale dall'etica alla politica*, in AA.VV., *I diritti degli animali (Atti del convegno nazionale – Genova, 23 maggio 1986)*, 69-76.

³ Emblematica del valore riconosciuto agli animali è la premessa della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale così formulata: «Considerato che ogni animale ha dei diritti; considerato che la negazione e il disprezzo di questi diritti hanno portato e continuano a portare l'uomo a commettere crimini contro la natura e contro gli animali; considerato che il riconoscimento da parte della specie umana dei diritti all'esistenza delle altre specie animali costituisce il fondamento della coesistenza delle specie nel mondo; considerato che genocidi vengono commessi dall'uomo e altri ancora se ne minacciano; considerato che il rispetto degli animali da parte degli uomini è connesso al rispetto degli uomini tra loro; considerato che l'educazione deve insegnare a osservare, comprendere, rispettare e amare gli animali sin dall'infanzia». Altre disposizioni della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale sembrano particolarmente interessanti. Ad esempio, gli articoli 11 e 12 della stessa prevedono quanto segue: «Ogni atto che comporti l'uccisione di un animale senza necessità è un biocidio, cioè un delitto contro la vita. Ogni atto che comporti l'uccisione di un gran numero di animali selvaggi è un genocidio, cioè un delitto contro la specie; l'inquinamento e la distruzione dell'ambiente naturale portano al genocidio». L'articolo 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale prescrive inoltre il necessario rispetto anche per l'animale morto; prevede inoltre che le scene di violenza di cui gli animali sono vittime debbano essere proibite al cinema e alla televisione a meno che non abbiano il fine di mostrare un attentato ai diritti dell'animale. Per ulteriori approfondimenti – anche in relazione alle critiche alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale – si veda: B. DE MORI, *Che cos'è la bioetica animale*, Roma, 2007, p. 78.

⁴ In quest'ottica, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale prevede che «Nessun animale dovrà essere sottoposto a maltrattamenti e ad atti crudeli; se la soppressione di un animale è necessaria, deve essere istantanea, senza dolore, né angoscia» (art.3). Inoltre, l'art. 4 riconosce ad ogni animale, appartenente a una specie selvaggia, il diritto di vivere libero nel suo ambiente naturale terrestre, aereo o acquatico e il diritto di riprodursi; ogni privazione di libertà, anche se a fini educativi, è contraria a tale diritto. Tra le altre disposizioni della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, si ricordano quelle che prevedono: (i) che ogni animale appartenente ad una specie che vive abitualmente nell'ambiente dell'uomo ha diritto di vivere e di crescere secondo il ritmo e nelle condizioni di vita e di libertà che sono proprie della sua specie; ogni modifica di questo ritmo e di queste condizioni imposta dall'uomo a fini mercantili è contraria a questo diritto (art. 5); (ii) che per ogni animale, che l'uomo ha scelto per compagno, vi sia il diritto ad una durata della vita conforme alla sua naturale longevità; qualificandone inoltre l'abbandono come atto crudele e degradante (art. 6); (iii) per ogni animale che lavora, il diritto a ragionevoli limitazioni di durata e intensità di lavoro, ad un'alimentazione adeguata e al riposo (art. 7); (iv) una serie di principi a cui ancorare la sperimentazione (art. 8).

⁵ B.O. HUGHES, *Behaviour as an index of welfare*, Vth European Poultry Conf. Malta, 1976. Per una panoramica sul concetto di benessere animale, si veda L. D'ARONCO, *Il benessere degli animali negli allevamenti e la normativa europea. Il caso delle galline ovaiole*, Vicalvi, 2018.



diagnosi e la pronta terapia; (iv) di manifestare le caratteristiche comportamentali specie-specifiche, fornendo spazio sufficiente, locali appropriati e la compagnia di altri soggetti della stessa specie; (v) dal timore, assicurando condizioni che evitino sofferenza mentale⁶. Anche il Consiglio d'Europa ha ritenuto opportuno esprimersi in tale ambito (dimostrandosi molto sensibile al tema), sottoscrivendo varie convenzioni per la tutela degli animali⁷.

E' però nell'ambito dell'Unione Europea che, dopo alcuni importanti interventi⁸, si è avuto un passaggio fondamentale. Il Trattato di Lisbona, infatti, ha espressamente riconosciuto all'art. 13 in via (per così dire) ufficiale la natura degli animali nella qualità di *esseri senzienti*: si tratta di un passaggio davvero rilevante ai fini della nostra analisi (e non solo)⁹. Il Trattato di Lisbona, in questo senso, impegna tutti gli Stati Membri ad assicurare agli animali una condizione di benessere che va oltre le loro esigenze fisiologiche ed etologiche, comprendendo anche una dimensione morale, in quanto gli animali – ai sensi di quanto indicato nel Trattato – sarebbero dotati di sensibilità (e, di conseguenza, come l'uomo possono provare sofferenza e dolore). I medesimi principi sono rinvenibili anche nella Convenzione Europea per la protezione degli animali da compagnia¹⁰.

Vale però fare qualche considerazione ulteriore sull'art. 13 del Trattato di Lisbona. Esso è stato inserito tra le «Disposizioni di applicazione generale» di cui al Titolo II della Parte prima, sotto la rubrica di «Principi». Quello che balza subito all'occhio è però che rimane il riferimento al rispetto delle norme

⁶ Si tratta delle cinque libertà contenute nel *Report of the technical Committee to enquire into Welfare of animals kept under intensive livestock husbandry systems* (Brambell Report) del 1965. Si tratta del primo documento scientifico sull'argomento commissionato direttamente dal governo inglese. Esso riguarda gli animali da reddito, stabilendo le «cinque libertà» da tutelare per garantire all'animale uno stato di benessere. Queste condizioni sono ancora alla base della legislazione internazionale in materia di benessere animale. Le cinque libertà richiamano al rispetto dei bisogni fondamentali e primari di ogni animale, la cui tutela è fondamentale specialmente in condizioni di cattività che non consentono la ricerca individuale e la soddisfazione del bisogno.

⁷ Si può fare riferimento alla Convenzione europea sulla protezione degli animali durante il trasporto internazionale firmata a Parigi il 13 dicembre 1968, alla Convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti sottoscritta a Strasburgo il 10 marzo 1976, alla Convenzione europea sulla protezione degli animali da macello approvata a Strasburgo il 10 maggio 1979, alla Convenzione europea sulla protezione degli animali vertebrati utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici del 18 marzo 1986, alla Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia firmata a Strasburgo il 13 novembre 1987.

⁸ Nel 1986, con l'Atto unico europeo, l'ambiente diventa materia delle politiche fondamentali della Comunità. Nel 1991, con la predisposizione del Trattato di Maastricht, viene adottata la prima Dichiarazione sulla protezione degli animali che riconosce la loro natura di esseri senzienti. Nel 1997, con il Trattato di Amsterdam, tale Dichiarazione viene trasformata in un Protocollo sul benessere degli animali, cui si riconosce – anche se nel solo Preambolo – la natura degli animali come esseri senzienti. Il passaggio più significativo verso il riconoscimento giuridico della natura senziente degli animali si è avuto con il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, e soprattutto col relativo art. 121. Come noto, la mancata ratifica del Trattato – dovuta alla sua bocciatura nei referendum popolari di Francia e Olanda – ha condotto all'approvazione del Trattato di Lisbona, ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 2.8.2008, entrato in vigore a livello europeo dal 1 dicembre 2009.

⁹ All'articolo 13 si legge: «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale».

¹⁰ Firmata a Strasburgo il 13 novembre 1987 e ratificata dall'Italia con la Legge 201 del 2010.

nazionali, così come delle consuetudini, in merito ai riti religiosi e alle tradizioni culturali. Viene immediatamente da pensare ai molteplici pali (e manifestazioni simili) che si svolgono in varie parti d'Europa, alle corride, nonché alle attività circensi, e così via. Si tratta quindi di una norma di compromesso che probabilmente non ha la forza che avrebbe dovuto avere¹¹.

Inoltre, anche il valore delle «Disposizioni di applicazione generale» (all'interno delle quali l'art. 13 è stato inserito) sarebbe da discutere e approfondire. Infatti, tali norme costituiscono un insieme piuttosto eterogeneo e «variopinto» di politiche sociali, ma non è chiarissimo quanto possano essere forti e in che misura fatte valere in giudizio. Quello che pare evidenziarsi dalla lettura di tali disposizioni è più una natura programmatica delle stesse che un ruolo centrale all'interno del sistema giuridico dell'Unione Europea (e quindi dei singoli Stati membri): infatti, la suddetta norma sul benessere degli animali è inserita all'interno di un insieme di disposizioni comprendenti anche l'ambiente e i consumatori. Quello che si prevede è semplicemente che delle esigenze di tutela degli animali si debba tener conto in tutte le politiche dell'Unione Europea. Probabilmente è un po' troppo poco, però è un chiaro esempio di come – almeno a livello programmatico – l'Unione Europea sia ben conscia del problema e delle necessità di tutela degli animali.

Alla luce di quanto detto, appare evidente come in ambito giuridico internazionale si siano fatti importanti passi avanti (seppure certamente non risolutivi e chiaramente migliorabili): ciò deriva dal fatto che, nella nostra epoca, la società ormai non può più fare a meno degli animali, che quindi non possono essere più considerati oggetti, ma veri e propri soggetti partecipanti della vita di tutti i giorni. E il diritto, in quanto scienza che deve regolare i rapporti giuridici, non può pertanto evitare di disciplinare le relazioni uomo-animale (o trattarle solo superficialmente o incidentalmente) e deve porsi come obiettivo una – per quanto possibile – completa regolamentazione del settore che, come ormai molti cominciano a evidenziare, costituirebbe un vero e proprio «diritto animale»¹².

2. Il diritto animale e l'ordinamento giuridico italiano: primi cenni

L'Italia non è stata esente da un'attenzione sempre crescente per le questioni giuridiche concernenti

¹¹ Potrebbe valere la pena in proposito anche approfondire la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 12 luglio 2001 in causa C-189/01, *Jippes et al. Vs Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*. Si trattava, in parole povere, del l'opposizione di una signora olandese al divieto di vaccinare contro l'afta epizootica (vaccino a seguito del quale si sarebbe potuto procedere anche all'abbattimento) alcune pecore e capre allevate da tale signora, né a scopo di riproduzione né per la produzione di latte o carne. La richiesta si basava sul fatto che il divieto di vaccinazione fosse in contrasto con il principio generale di diritto comunitario, secondo il quale devono essere adottate tutte le misure idonee per garantire il benessere degli animali e assicurare che gli stessi non vengano inutilmente esposti a trattamenti dolorosi o a sofferenze e che non vengano fatti oggetto di inutili lesioni. Tuttavia, la sentenza è chiara nel precisare che a livello comunitario si può fare riferimento solo a norme per le quali sia previsto di tenere generalmente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali, senza che ciò implichi l'esistenza di un principio generale di diritto comunitario in tale materia.

¹² L'espressione «diritto animale», indubbiamente poco elegante, è ormai d'uso corrente, in quanto denominazione tratta dall'oggetto di un settore normativo. Sul punto, L. L. VALLAURI, *Testimonianze, tendenze tensioni del diritto animale vigente*, in S. CASTIGNONE, L. L. VALLAURI (curr.), *La questione animale*, Milano, 2012, p. 250, nota 1.

gli animali¹³. Sicuramente ciò è stato facilitato dal fatto che in Italia sono molte le famiglie che possiedono animali domestici nella propria abitazione. Cani, gatti, uccelli, criceti, tartarughe e pesci ormai fanno parte integrante delle famiglie italiane. Tale aspetto è sicuramente importante per una più precisa e puntuale considerazione degli animali, sebbene non possa costituire l'unico punto da approfondire nella materia *de qua*, visto che gli animali devono anche essere visti in un'ottica di esseri a sé (e non solo come corollario dell'uomo).

A questo proposito, è bene ricordare che, nel nostro Paese, vi è stata nel corso degli anni l'emanazione di norme volte alla tutela degli animali d'affezione (non armonizzate a livello comunitario se non per alcuni aspetti commerciali, come nel caso del regolamento di divieto di commercializzazione di pellicce di cani e di gatti), magari ancora molto incentrate su un'impostazione etica, senza comunque tralasciare aspetti legati alla prevenzione delle zoonosi e ai rischi per la salute pubblica.

Nella storia di questa materia nel nostro ordinamento¹⁴, un momento fondamentale è rappresentato dalla legge quadro in materia di tutela degli animali d'affezione e lotta al randagismo¹⁵, la quale ha sancito un principio fondamentale, ovvero quello secondo cui lo Stato deve promuovere e disciplinare la tutela degli animali d'affezione, condannando gli atti di crudeltà contro gli stessi, i maltrattamenti e il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l'ambiente. L'Italia è stato il primo Paese al mondo ad affermare tale principio – e questo va riconosciuto al legislatore nostrano – garantendo ai cani e gatti randagi il diritto alla vita e alla tutela da parte dell'ordinamento. La principale portata innovativa di tale testo sta nel divieto di

¹³ In tema di diritto animale, la dottrina comincia a essere numericamente interessante. Tra gli altri, si segnalano, senza nessuna pretesa di completezza: E. BATTELLI, *La relazione fra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1, p. 35; M. LOTTINI, *Benessere degli animali e diritto dell'Unione Europea*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1, p. 11; G. SPOTO, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1, p. 61; L. BOSCOLO CONTADIN, *La tutela giuridica degli animali e il loro valore come categoria protetta*, Milano, 2017; V. VADALA, *Prospettazione storico-evolutiva dei diritti degli animali*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 549; A. CRISTOFORI, A. FAZZI, *Codice di diritto animale*, Roma, 2017; G. PECCOLO, *Diritto della protezione e produzione animale*, Padova, 2016; M. MAZZA, *Nuove prospettive del diritto costituzionale comparato: la tutela giuridica degli animali*, in *Politico*, 2016, 2, p. 73; M. SALVATORE, *Il diritto di proprietà 'europeo' e il danno non patrimoniale da morte dell'animale d'affezione*, in *Studium iuris*, 2014, p. 1430; P. DONADONI, *Sulla natura giuridica della relazione con l'animale di affezione. La bioetica tra diritto di proprietà e diritto della personalità*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2014, 1, p. 259; M. GAZZOLA, *Sul diritto alla vita e alla libertà degli animali*, in *Cultura e diritti*, 1, p. 95; G. PECCOLO, *Nozioni di diritto della protezione animale*, Padova, 2012; T. GAZZOLO, *Diritto e divenire-animale*, in *Pol. dir.*, 2012, p. 709; E. BASSOLI (a cura di), *Animali da compagnia: Tutele – Diritti – Responsabilità*, Dogana (RSM), 2012; G.A. PARINI, *Morte dell'animale di affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 603; C.M. MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 505; S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010; A. CASTALDO, *Uno sguardo generale ai diritti degli animali*, in *Bioetica*, 2010, p. 493; S. CAGNO, *Dai diritti dell'uomo ai diritti dell'animale*, Milano, 2009; D. ZORZIT, *Diritto e sentimento: il danno da perdita dell'animale d'affezione*, in *Danno resp.*, 2008, p. 909; L. BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Roma-Bari, 1997. Da ricordare poi l'antichissimo studio di C. GORETTI, *L'animale quale soggetto di diritto*, in *Riv. fil.*, 1928, p. 348.

¹⁴ Per valutare appieno l'interesse di tale materia nel nostro ordinamento, si pensi al Disegno di Legge sulla Protezione degli animali presentato addirittura nel 1910 dall'allora Ministro dell'Interno on. Luigi Luzzati, in cui si specifica che «occorre educare la popolazione a non incrudelire verso gli animali concedendo premi agli insegnanti che diano nella scuola speciali istruzioni sulla necessità di proteggere gli animali».

¹⁵ Legge 14 agosto 1991, n. 281.

sopprimere cani e gatti randagi, ad eccezione di quei soggetti gravemente malati, incurabili o di comprovata pericolosità. La legge quadro in materia di tutela degli animali d'affezione e lotta al randagismo ha poi individuato compiti e responsabilità delle istituzioni coinvolte nella gestione del randagismo.

Un'altra tappa di indubbia importanza è rappresentata dalla promulgazione dell'Accordo del 6 febbraio 2003, siglato in sede di Conferenza Stato Regioni, tra il Ministero della Salute, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano¹⁶. L'Accordo Stato Regioni del 2003 – rifacendosi alla Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia – inquadra e precisa alcuni principi fondamentali per una maggiore e più corretta relazione tra l'uomo e gli animali da compagnia. In tale Accordo, si fa riferimento a vari aspetti e concetti importanti per la materia *de qua*, quali quello di possesso consapevole, di *pet-therapy*, e così via.

L'Accordo Stato Regioni del 2003 è anche importante perché elenca tutta una serie di obblighi a carico di chiunque conviva con un animale d'affezione o abbia accettato di occuparsene: in tal senso, rappresenta una sorta di elencazione di responsabilità e impegni che possono essere equiparati a un primo inquadramento semi-sistematico del rapporto diretto tra uomo e animale d'affezione. In quest'ottica, chiunque conviva con un animale d'affezione o abbia accettato di occuparsene è responsabile della salute e del benessere di questo, ha l'obbligo di provvedere alla sua sistemazione e di fornirgli adeguate cure e attenzioni, tenendo conto dei suoi bisogni fisiologici ed etologici, secondo l'età, il sesso, la specie e la razza. Nello specifico, chiunque conviva con un animale d'affezione o abbia accettato di occuparsi del medesimo deve: (i) rifornirlo di cibo e di acqua in quantità sufficiente e con tempistica adeguata; (ii) assicurargli le necessarie cure sanitarie ed un adeguato livello di benessere fisico ed etologico; (iii) consentirgli un'adeguata possibilità di esercizio fisico; (iv) prendere ogni possibile precauzione per impedirne la fuga; (v) garantire la tutela di terzi da aggressioni; (vi) assicurare la regolare pulizia degli spazi di dimora.

Un'altra tappa importantissima in materia è rappresentata dalla legge n. 189/2004, la quale ha introdotto nel titolo IX *bis* del codice penale varie ipotesi delittuose a tutela del sentimento per gli animali, nell'ottica di un riconoscimento del soggetto passivo animale su cui ricade l'azione, non più solo quale bene patrimoniale, ma anche come il destinatario di sentimenti di pietà e affezione che necessitavano di una specifica e adeguata salvaguardia¹⁷. Da questo momento in avanti, è stato pertanto sal-

¹⁶ Recepito con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 28 febbraio 2003.

¹⁷ Nel nostro codice penale, all'art. 638, era già prevista e punita l'ipotesi dell'uccisione o danneggiamento di animali. Con la modifica rappresentata dall'inciso «salvo che il fatto costituisca più grave reato», la fattispecie *de qua* diviene ipotesi residuale, destinata ad uno scarso rilievo pratico e, dunque, ad una sostanziale abrogazione. A seguito della legge n. 189/2004, l'uccisione di un animale, sia esso di proprietà altrui rispetto all'agente, ovvero di proprietà dell'agente stesso, è confluita nell'ipotesi regolata dall' art. 544 bis che ne prevede la realizzazione «per crudeltà o senza necessità» e ha sostituito la precedente fattispecie di cui all'art. 727 c.p. oggetto di totale riscrittura; il reato di uccisione di animale, che «apre», dunque, il titolo dei delitti contro il sentimento per gli animali, diviene un delitto ascrivibile sia ad una terza persona, sia al proprietario stesso e lesivo non solo del valore economico del bene, ma anche e soprattutto del sentimento di cui gli animali sono oggetto. A seguito dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, il reato di maltrattamenti nei confronti degli animali, di cui all'art. 544 *ter* c.p., assurge al rango di delitto (non costituisce più una contravvenzione, com'era, invece, previsto dalla vecchia normativa) e, in conseguenza di ciò, anche il trattamento sanzionatorio ne risulta inasprito. Sono stati poi introdotti anche il reato di *doping* a danno degli animali nonché l'organizzazione e la

vaguardato a livello penale il sentimento per gli animali. Le ipotesi introdotte dal legislatore sono quelle che fanno riferimento all'uccisione di animali, al maltrattamento di animali, alla promozione e organizzazione di spettacoli o manifestazioni che comportino sevizie o strazio per gli animali, alla promozione, organizzazione o direzione di combattimenti o competizioni non autorizzate tra animali che possono metterne in pericolo l'integrità fisica. Come si vede, si tratta di fattispecie eterogenee e puntuali, che rispondono a esigenze che si erano manifestate nella società e alle quali il legislatore ha ritenuto opportuno rispondere.

Il legislatore, con l'introdurre le nuove norme, ha ritenuto imprescindibile la garanzia di un'elevata protezione giuridica di ciascun animale, indipendentemente dal grado della scala biologica da questi occupato, al fine di orientare il comportamento dei consociati al riconoscimento sempre più accentuato di una soggettività animale che deve essere rispettata e tutelata¹⁸. Tuttavia, è bene ricordare che il regime sanzionatorio di cui alla Legge 189/2004 è stato fortemente limitato dall'art. 19-ter delle disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale, che prevede la non applicabilità ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, pesca, allevamento, trasporto, macellazione, sperimentazione scientifica, attività circense, giardini zoologici, manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla Regione competente. Di fatto, questa limitazione rappresenta un grande ostacolo alla realizzazione piena di un obiettivo di tutela piena del benessere animale.

Successivamente, con legge n. 201/2010, è stata ratificata la Convenzione del Consiglio d'Europa risalente al 1987 e riguardante la protezione degli animali, che ha inasprito le pene per i delitti, già previsti dal codice penale, di uccisione e di maltrattamento di animali. Con la normativa entrata in vigore il 4 dicembre 2010, è stato infine inserito nell'ordinamento italiano, un nuovo reato: quello di traffico illecito di animali da compagnia, per chiunque introduce, trasporta, cede o riceve nel territorio nazionale animali da compagnia privi di sistemi per l'identificazione individuale (il cosiddetto *microchip*) e delle necessarie certificazioni sanitarie.

Se però finora si è preferito rimanere al livello dei principi al fine di fornire un inquadramento generale della materia, è bene a questo punto scendere più nel dettaglio, sia attraverso un tentativo definitorio sia poi (e soprattutto) al più specifico livello civilistico, per provare a comprendere quale sia lo

promozione di spettacoli e manifestazioni che comportino strazio o sevizie per gli animali. L'art 727 c.p., sul quale la Legge 189/2004 ha operato delle modifiche resta, a tutt'oggi, inserito nel terzo libro del codice penale nel capo II, sezione I, dedicato alle «contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi» ma la sua portata è stata estesa, soprattutto grazie alla giurisprudenza e alla luce del mutato contesto sociale, alla tutela del sentimento di comune pietà verso gli animali. Tale disposizione, che in precedenza puniva in generale i maltrattamenti e le crudeltà nei confronti degli animali confluiti nel 544 *ter*, nella sua nuova formulazione, restringe la sua portata punitiva in primo luogo alle condotte di abbandono degli animali, da intendersi quali l'abbandono di animali domestici o che abbiano acquisito l'abitudine alla cattività e, in secondo luogo, alla detenzione dei medesimi in condizioni incompatibili che comportino loro una grave sofferenza, come evento di danno da valutarsi in sede processuale.

¹⁸ Esistono inoltre altre disposizioni per la tutela degli animali collegate alla riforma del codice penale, ovvero il Decreto del Ministero della Salute del 2 novembre 2006 (Individuazione delle associazioni e degli enti affidatari di animali oggetto di provvedimento di sequestro o di confisca, nonché determinazione dei criteri di riparto delle entrate derivanti dall'applicazione di sanzioni pecuniarie) e il Decreto del Ministero dell'Interno del 23 marzo 2007 (Individuazione delle modalità di coordinamento delle attività delle Forze di polizia e dei Corpi di polizia municipale e provinciale, allo scopo di prevenire e contrastare gli illeciti penali commessi nei confronti di animali).

stato dell'arte, e se il relativo ambito di quello che (come vedremo in seguito) viene forse impropriamente definito «diritto animale» possa affermarsi essere arrivato ad un livello di compiutezza accettabile.

3. Verso una nuova definizione e una differente classificazione del diritto animale

La questione animale¹⁹ pone già un primo quesito, a livello quasi embrionale: esiste un (o è in ogni caso corretto parlare di) «diritto animale»? In caso affermativo, come può essere definito e/o classificato? Esistono ripartizioni che devono essere effettuate in modo da inquadrare al meglio la materia in questione?

Una distinzione fondamentale da fare preliminarmente in questa materia è quella tra animali d'affezione e animali da reddito. Gli animali d'affezione o da compagnia sono giuridicamente definiti come gli animali tenuti, o destinati a essere tenuti, dall'uomo, per compagnia o affezione senza fini produttivi o alimentari, compresi quelli che svolgono attività utili all'uomo, come il cane per disabili, gli animali da *pet-therapy*, da riabilitazione, e impiegati nella pubblicità²⁰. In tal senso, è importante ricordare che dal legislatore è stata istituita l'Anagrafe degli Animali d'Affezione²¹, la quale rappresenta il registro nazionale dei cani, gatti e furetti identificati con *microchip* in Italia. Gli animali cosiddetti da reddito sono invece definiti dal legislatore come gli animali allevati o custoditi per la produzione di derrate alimentari, lana, pelli, pellicce o per altri scopi agricoli, ivi inclusi i pesci, i rettili e gli anfibi²². Rientrano in questa categoria, quindi, anche i suini, gli ovini, i bovini e gli avicoli. Tale distinzione è fondamentale sia per comprendere meglio l'applicabilità delle varie normative che si sono succedute nel tempo, sia perché diverse tutele sono riconosciute a seconda che si tratti di un animale d'affezione o da reddito.

In realtà, sebbene – come sopra evidenziato – vi siano differenti normative a seconda che si tratti di animali da reddito o animali d'affezione, in alcuni casi sono gli stessi legislatori a non fare distinzione alcuna tra le suddette categorie, e quindi tra gli animali *tout court*. Ciò deriva dal fatto che in molteplici casi non ha senso operare discriminazioni tra le suddette categorie di animali, soprattutto quando si parla di situazioni legate a principi più elevati. E' il caso, ad esempio, del concetto di maltrattamento previsto dalla Legge 473/1993. In tale testo normativo, infatti, il riferimento è alla situazione di maltrattamento fondata solamente sui bisogni e sulle caratteristiche del soggetto necessitante di tutela. In parole povere, con la legge in oggetto si è praticamente individuata una sorta di principio generale che trova la sua estrinsecazione nel divieto di procurare inutilmente sofferenza ad altri es-

¹⁹ Per una prima analisi della letteratura sulla «questione animale», con riferimenti anche alla soggettività degli esseri non umani, si vedano: L. GALLEN, F. VIOLA, F. CONIGLIARO, *Animali e persone: ripensare i diritti*, Milano, 2003; P. CAVALIERI, *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Torino, 1999; P. CAVALIERI, P. SINGER (a cura di), *Il Progetto Grande Scimmia: eguaglianza oltre i confini della specie umana*, Roma, 1994; S. CASTIGNONE, *I diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, Bologna, 1988; S. CASTIGNONE, L. BATTAGLIA (a cura di), *I diritti degli animali: Atti del Convegno nazionale*, Centro di Bioetica, Genova 23-24 maggio 1986, Genova, 1987; P. SINGER, *In defence of animals*, Oxford, 1985.

²⁰ Art. 1, comma 2, del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 28 febbraio 2003.

²¹ Legge 14 agosto 1991, n. 281.

²² Art. 1, comma 2, lettera a) del Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 146.

seri viventi sensibili. In questa sede, in ogni caso, l'analisi più approfondita sarà riservata agli animali d'affezione, senza peraltro dimenticarci – per i profili essenziali – degli animali da reddito.

Tornando alla questione di classificazione, è da osservare che già l'espressione «diritto animale» non pare essere del tutto rispondente alle esigenze definitorie che ci si è prefissati in questo lavoro. Come è stato giustamente osservato, tale espressione può infatti far pensare a un diritto vigente in gruppi di animali²³. Più propriamente, allora, dovrebbe parlarsi di «diritto degli animali», dal momento che – con tale terminologia – si farebbe riferimento a quella branca del diritto che si occupa degli animali: in altri termini, gli animali costituirebbero l'oggetto di tale settore del diritto e, di conseguenza, la formula «diritto degli animali» pare essere maggiormente rappresentativa.

Inoltre, sarebbe opportuno distinguere all'interno del diritto degli animali le varie aree cui questo concetto può riferirsi: il concetto di diritto degli animali è infatti molto vasto e può riferirsi a diverse tematiche, cosicché pare opportuno chiarirsi prima quali siano gli ambiti di tale branca del diritto per poi soffermarsi solamente su quella (o quelle) rilevanti per l'analisi. In tal senso, una distinzione che potrebbe rispondere ai nostri fini fonderebbe una distinzione l'area del diritto *verso* gli animali, l'ambito del diritto (o, meglio, dei diritti) *sugli* animali e lo spazio tematico da riconnettersi ai diritti *degli* animali.

La distinzione sopra riportata non dovrebbe abbracciare né un antropocentrismo ormai superato né uno zoocentrismo eccessivo. Vale la pena, però, avendo introdotto le due prospettive appena citate, spendere qualche parola in più sulle stesse. Con l'antropocentrismo, diritto e giustizia riguardano solo la specie umana. In altre parole, l'uomo, l'essere razionale, è l'unico essere considerabile come fine in sé; tutto il resto, animali inclusi, sono semplicemente un mezzo per la sua realizzazione. Se si adotta un approccio di tipo antropocentrico, il rischio, tuttavia, è quello di non considerare realmente gli animali come entità a sé stanti, ma solamente come enti in relazione con l'essere umano²⁴. Lo zoocentrismo, invece, pone il suo *focus* sull'animale come individuo indipendente. Secondo tale teoria, gli esseri umani hanno l'obbligo di prendere in considerazione gli interessi considerati essenziali e costitutivi della natura degli animali²⁵.

Tornando alla tripartizione sopra identificata e avendo in mente le teorie appena citate, si può vedere meglio come ciascuna di esse possa essere condivisibile per alcuni aspetti e meno per altri. In alcune situazioni, infatti, è l'uomo a dover essere messo al centro e considerato come fine in sé, in altre bisogna porre al contrario l'attenzione sugli animali, senza peraltro cadere in eccessi né nell'uno né nell'altro caso. Andiamo con ordine.

La prima area della tripartizione sopra riportata – ovvero quella del diritto verso gli animali – si riallaccerebbe a tutto ciò che l'uomo (sia egli stesso titolare di un animale o semplicemente destinatario di azioni compiute da animali nei suoi confronti) o la società, l'ambiente, il paesaggio, ecc., possono chiedere agli animali (e ovviamente ai loro proprietari, possessori e/o detentori a qualunque titolo) di

²³ S. CASTIGNONE, L. L. VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, cit., 250.

²⁴ Detto altrimenti, la visione antropocentrica indica che solo gli esseri umani hanno un valore intrinseco o sono moralmente significativi: l'uomo non avrebbe pertanto responsabilità morali verso gli animali e agirebbe nel senso di poter sovrastare il resto della natura. Il benessere umano sarebbe l'obiettivo più importante, con la conseguenza che gli animali potrebbero essere usati per perseguire fini umani.

²⁵ La visione zoocentrica parte dalla consapevolezza che la società non debba concedere benevolenza agli animali, bensì imporsi dei codici comportamentali e degli obblighi verso questi ultimi.

fare o non fare. È chiaro in questo caso il riferimento a eventuali danni che un uomo possa subire dagli animali (con il conseguente diritto al risarcimento) o ai diritti dell'individuo (nel senso più ampio possibile) che potrebbero venire lesi dall'animale di titolarità di un altro individuo. In questo caso, sembrerebbe a una prima occhiata prevalere la soluzione antropocentrica, ma in realtà quest'area del diritto animale dovrebbe trovarsi esattamente a metà strada tra le due teorie citate. Infatti, spesso sono l'ambiente stesso (ad esempio, qualora l'eccessivo proliferare di una specie ne minacci un'altra) o il paesaggio (nel caso in cui un determinato animale possa con il suo comportamento danneggiarlo) a necessitare di un intervento in materia animale. Come si può ben vedere, allora, tale area costituirebbe estrinsecazione di vasti ed eterogenei interessi – eventualmente anche generali – e non potrebbe essere inquadrato in alcuna delle due soluzioni (antropocentrica o zoocentrica) in precedenza citate.

Il secondo ambito, invece, si occuperebbe dei diritti sugli animali di cui può essere titolare un individuo o la società in generale e che possono da essi essere esercitati nelle forme più varie. Ci si riferisce, in altri termini, alla sfera delle facoltà e dei diritti di cui l'uomo (o, come detto, anche la società in generale o generiche categorie di individui) può essere titolare nei confronti degli animali in via diretta o anche solo indiretta. Il riferimento è al concetto, ad esempio, di proprietà sugli stessi, ma anche – a titolo puramente esemplificativo e non esaustivo – a quello di sperimentazione su tali esseri per finalità primarie dell'uomo, e così via. In tal senso, la soluzione prevalente in questo caso sarebbe quella antropocentrica.

L'ultimo ambito, infine, dovrebbe essere quello relativo ai diritti degli animali o dei doveri dell'uomo, dell'ambiente, della società, del paesaggio, ecc., nei confronti dell'animale. Con quest'espressione si farebbe riferimento a tutte le tutele che gli animali possono vantare nei confronti di qualunque soggetto o entità. Già lo studioso Peter Singer utilizza questa terminologia, affermando che i diritti degli animali non sono dei veri diritti in capo agli animali analoghi a quelli in capo alle persone (fisiche o giuridiche), poiché non sono classificabili in nessuna delle due tradizionali categorie dei diritti soggettivi, ossia quella dei diritti assoluti e quella dei diritti relativi: infatti essi non sono diritti di credito, e per giunta sono attribuiti con generalità alla totalità del mondo animale e non al singolo particolare individuo (quindi non sono relativi), ma pur avendo molte delle caratteristiche di «diritti fondamentali» possono essere fatti valere solo nei confronti delle azioni dell'uomo (quindi non sono assoluti) e non di quelle di altri animali (ad esempio, secondo questa filosofia, l'uomo non può uccidere un animale, neanche per cibo: ma l'animale può essere ucciso da un altro animale, quindi non possiede il vero e proprio diritto a non essere ucciso)²⁶. Per questo motivo, da un punto di vista giuridico, sarebbe più corretto parlare di doveri dell'uomo nei confronti dell'animale, piuttosto che di diritti degli animali. A ciò dovrebbero aggiungersi però anche i doveri di qualsiasi altra entità (oltre all'essere umano) nei confronti dell'animale: ambiente, paesaggio, ecc. In ogni caso, l'espressione «diritti degli animali», oltre a essere più immediata, non pare essere scorretta e, di conseguenza, potrebbe essere utilizzata per delimitare il campo in oggetto. In questo caso, potrebbe prevalere più una soluzione zoocentrica.

Già da questa prima breve disamina a livello definitorio, emerge che il concetto tradizionale di diritto

²⁶ Basilare, in questo senso, è il saggio – più volte rivisto dallo stesso autore – P. SINGER, *Liberazione animale: il manifesto di un movimento diffuso in tutto il mondo*, Milano, 2015.



animale probabilmente non è del tutto appropriato o può comunque essere fuorviante. Non di diritto animale dovrebbe allora parlarsi, bensì di diritto degli animali in quanto categoria giuridica a sé stante. E, all'interno di tale branca del diritto, bisognerebbe distinguere tra varie aree, ovvero quella del diritto verso gli animali, quella del diritto (o, meglio, dei diritti) sugli animali e quella dei diritti degli animali. I concetti giuridici andrebbero quindi già rianalizzati e riclassificati: sarebbe questa una prima innovazione di cui tenere conto per lo studio della materia. A questo punto, però, è opportuno spostarsi sul piano del diritto civile in senso stretto in modo da approfondire alcune tematiche che – già lo si anticipa – potrebbero portare nuovi dubbi interpretativi nell'ambito del diritto degli animali.

4. Gli animali come beni mobili: un inquadramento ancora attuale per il nostro ordinamento?

Nella concezione codicistica, gli animali vengono tradizionalmente inquadrati come cose mobili²⁷. È opportuno pertanto domandarsi se questa caratterizzazione sia corretta o se debba essere tentata una nuova via di inquadramento che sia più pertinente e rispondente ai dettami della società civile in cui oggi viviamo.

Com'è noto, bene è qualsivoglia cosa che possa formare oggetto di diritti: bene e cosa, pertanto, nel linguaggio codicistico, rappresentano tendenzialmente la medesima situazione. I beni possono essere mobili o immobili: mentre questi ultimi sono rappresentati da suolo, sorgenti e corsi d'acqua, alberi, edifici e altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo, nonché i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione, i beni mobili sono invece definiti in via residuale come tutti i beni che non siano immobili.

Il codice civile disciplina poi i frutti che possono essere prodotti da un bene: tra i frutti naturali, vengono elencati quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo, tra cui i parti degli animali, specificando che, finché non avviene la separazione, i frutti formano parte della cosa e potendosi tuttavia disporre di essi come di cosa mobile futura²⁸. In tema di acquisto della proprietà tramite occupazione, la disciplina codicistica prevede che i beni mobili che non siano di proprietà di alcuno si acquistano con l'occupazione: tra di essi, vengono indicati anche gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca²⁹. Varie altre norme o indici potrebbero essere citati, ma tutti

²⁷ L'ordinamento giuridico italiano in molti punti conferma l'idea che gli animali debbano essere trattati come cose. Si pensi all'art. 820 c.c., all'art. 2052 c.c. sul danno cagionato da animali o all'art. 925 c.c., che tratta della fuga di animali, o ancora all'art. 843 c.c. Questa generale categorizzazione degli animali come cose ha trovato un immediato riflesso anche nella legislazione penalistica. In essa la protezione degli animali inizialmente si dava infatti come tutela della proprietà privata dei medesimi. Nella sua classica impostazione presentava soprattutto una netta connotazione di disciplina volta alla tutela del comune sentimento di compassione verso di essi, senza che, naturalmente, venisse in considerazione la sofferenza animale quale espressione di una soggettività. Per una disamina, si vedano G. FELICETTI (a cura di), *Animali, non bestie, Difendere i diritti, denunciare i maltrattamenti*, Milano, 2004; M. SANTOLOCI, C. CAMPANARO, *Tutela giuridica degli animali. Aspetti sostanziali e procedurali*, Milano, 2010.

²⁸ Art. 820 c.c.

²⁹ Art. 923 c.c.

confermerebbero e ribadirebbero soltanto il concetto secondo il quale, per la disciplina codicistica, che gli animali altro non sono che beni mobili.

Si è quindi avuto modo di osservare come gli animali siano classificati dal codice come beni, ovvero cose oggetto di diritti, con la conseguenza che – non essendo l'animale considerato soggetto giuridico autonomo titolare di diritti – la protezione che l'ordinamento appronta per essi è una tutela indiretta, tramite tutte quelle azioni che il proprietario o più genericamente il titolare di diritti reali può compiere a tutela dei beni che gli appartengono³⁰. Tuttavia, tale inquadramento non sembra essere più convincente.

Se da un lato è infatti vero che il nostro codice civile considera gli animali come oggetti, già il codice penale include invece reati che vedono gli animali come vittime nei «delitti contro il sentimento per gli animali». Si tratta di una categorizzazione che fa capire come l'ordinamento non è affatto estraneo al comune sentire circa l'importanza degli animali nella nostra società, al punto da prevedere specifici reati penali che vadano a disciplinare alcune fattispecie peculiari. Ed è difficile rinvenire altri beni mobili cui sia riconosciuta questa tutela a livello penalistico.

Inoltre, neppure la giurisprudenza è rimasta (e rimane tutt'ora) inerte davanti a tale problematica. In molti casi, infatti, si rinvencono pronunce innovative o interpretative in senso estensivo che assicurano tutele che, a stretto rigore di codice civile, non sarebbero tipicamente ammissibili. Non è il caso di tralasciare in quest'ottica quelle pronunce che in sede di separazione attribuiscono all'animale di compagnia un ruolo e un'importanza centrali³¹.

Vale allora la pena ritornare all'inquadramento codicistico per gli animali e provare a pensare a una terza possibilità. Il codice civile è stato predisposto ed emanato quasi ottanta anni fa e non sarebbe un sacrilegio toccarlo, anche modificandone l'impostazione. Ciò è già stato fatto in altri settori e non ha causato la morte del codice stesso, bensì una sua rivisitazione e un suo aggiornamento alle mutate esigenze e caratteristiche della società.

In tal senso, si potrebbe ipotizzare una categoria apposita per gli animali. In quest'ottica, un aiuto potrebbe venire dalle norme internazionali precedentemente citate, che parlano di «esseri senzienti» e li distinguono certamente dall'uomo, ma anche dai beni mobili. Anche la giurisprudenza potrebbe fornire spunti interessanti, dal momento che già da molto tempo la stessa si è fatta portavoce di varie istanze provenienti dalla società. I giudici di legittimità hanno sancito in proposito «un vero e proprio diritto soggettivo all'animale da compagnia nell'ambito dell'attuale ordinamento giuridico» legittimando un'interpretazione evolutiva e indirizzata dalle norme vigenti, che «impone di ritenere che l'animale non possa essere più collocato nell'area semantica concettuale delle cose» ma vada ricono-

³⁰ G. SPOTO, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, cit., 62.

³¹ Già il Tribunale di Milano nel 2013 aveva riconosciuto l'obsolescenza di tale punto di vista a partire da una causa di separazione: un animale di compagnia non può essere una cosa da dividere, è molto di più. Nello specifico, il tribunale ha precisato che nell'ordinamento attuale il sentimento per gli animali ha protezione costituzionale e riconoscimento europeo e, di conseguenza, deve riconoscersi un diritto soggettivo all'animale da compagnia. Una interpretazione evolutiva e orientata delle norme vigenti impone di ritenere che l'animale non possa essere più collocato tra le cose, ma debba essere trattato a tutti gli effetti come essere senziente. Si veda Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 13 marzo 2013, in <http://www.altalex.com/documents/news/2013/04/02/gli-animali-non-sono-cose>.



sciuto altresì come un «essere senziente»³². In tale ottica, l'idea di una nuova categoria di esseri senzienti potrebbe essere rispondente alle varie esigenze e necessità sia sociali che giuridiche.

Tuttavia, è opportuno ricordare che esistono anche pronunce che non si pongono nell'ottica di una evoluzione della posizione giuridica degli animali. In alcuni casi, a titolo esemplificativo, è stato negato dagli stessi giudici di legittimità il risarcimento per il pregiudizio sofferto per la perdita di un animale³³. È chiaro quindi come sia necessario un intervento del legislatore (sulla base anche del fatto che non c'è una vera e propria univocità di vedute da parte della giurisprudenza), ma sicuramente un dato balza all'occhio, ovvero che sono sempre di più le pronunce che ammettono l'esistenza di diritti degli esseri animali.

Da tempo ormai si parla di esseri senzienti, e tale concezione potrebbe estendersi anche a livello civilistico. Questo nuovo inquadramento potrebbe aiutare certamente anche la giurisprudenza, fornendole elementi certi e incontrovertibili. Si prenda il caso – a titolo puramente esemplificativo - di un veterinario che venga citato in giudizio perché con il proprio operato ha creato un danno o addirittura provocato la morte di un animale. L'introduzione del concetto di essere senziente farebbe sì che il giudice possa tenere conto di elementi morali, garantiti dalla presenza della dicitura «esseri senzienti» nel codice civile. Lo stesso ragionamento potrebbe essere applicato – ovviamente *mutatis mutandis* – agli animali in allevamento (e quindi da reddito).

Aperture in tal senso ci sono già state. Ad esempio, in tema di pignorabilità degli animali, è stato chiarito che gli animali da compagnia (senza fini produttivi o alimentari) e gli animali impiegati per fini terapeutici non possono essere pignorati in quanto beni che hanno un valore morale e affettivo. Sul punto, è stato lo stesso legislatore a intervenire alcuni anni fa, precisando che non sono pignorabili gli animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali e, ancora, gli animali impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli³⁴. Dunque, nonostante nel nostro ordinamento l'animale sia ancora da identificare come una *res*, la legge processuale è intervenuta nel senso di escludere che i pelosi d'affezione (cani, gatti, ma anche criceti e conigli, ad esempio) siano pignorabili. Resta invece la potenziale pignorabilità di esemplari d'allevamento e di altre attività economiche.

In quest'ottica sono andate anche le disposizioni che hanno «liberalizzato» l'apertura dei condomini agli animali domestici, ovvero una delle novità più rilevanti della riforma in materia condominiale entrata in vigore il 18 giugno 2013. L'articolo 1138 del codice civile, così come modificato dalla legge

³² Il principio lo ha affermato la Cassazione con il Decreto 13 marzo 2013, nel quale si dispone che «il gatto, come anche il cane» vada valutato, ai fini di legge, come membro della famiglia e dunque, in virtù di queste ragioni, esso vada collocato presso il coniuge separato con regolamento di spese analogo a quello del figlio minore.

³³ Cass. 27 giugno 2007, n. 14846, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2270 ss.

³⁴ La Legge 28 dicembre 2015, n. 221, c.d. collegato ambientale, ha introdotto due commi appositi all'art. 514 c.p.c. che disciplina le cose mobili assolutamente impignorabili. Nello specifico, i commi 6-bis e 6-ter stabiliscono, rispettivamente, che non sono pignorabili gli animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali e, ancora, gli animali impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli.

220/2012, prevede ora che le norme del regolamento condominiale non possano vietare il possesso o la detenzione degli animali domestici³⁵.

Sembra quindi giunto il momento di ripensare alla classificazione giuridica dei beni contenuta nel codice civile in modo da adeguarla alle nuove esigenze sociali e al fine di tenere conto del ruolo e dell'importanza degli animali. Probabilmente, ciò dovrebbe andare di pari passo anche con una modifica a livello costituzionale. Nella Costituzione, infatti, viene prevista la tutela del paesaggio – e quindi dell'ambiente – e potrebbe non essere inutile né contrario ad altri principi allargare la tutela in oggetto anche agli animali, magari introducendo uno specifico e preciso riferimento in tal senso.

In quest'ottica, si potrebbe pensare di integrare l'art. 9 della nostra Costituzione inserendo il principio secondo cui gli animali sono esseri senzienti e la Repubblica ne promuove e garantisce la vita, la salute e un'esistenza compatibile con le proprie caratteristiche.

Inoltre, come tra l'altro già chiesto da una nota associazione animalista, la quale sta raccogliendo firme per una proposta di legge di iniziativa popolare per introdurre la tutela del benessere animale nella Costituzione, si potrebbe pensare di prevedere l'inserimento all'art. 117 della Costituzione, dopo «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali», la locuzione «e del benessere animale». In tal modo, sarebbe possibile intanto garantire una tutela e un riconoscimento a livello costituzionale, che potrebbero essere prodromici a ulteriori e più puntuali interventi legislativi.

5. La concezione degli animali in ambito consumeristico

Una nuova classificazione degli animali come esseri senzienti e l'introduzione di un *corpus* normativo *ad hoc* riguardante il diritto degli animali sarebbe auspicabile anche per evitare paradossi, o comunque interpretazioni forzate, che avvengono in altri settori, come quello consumeristico.

Come è noto, la legislazione italiana in materia di consumatore³⁶ è imponente³⁷. In questa sede, ci interessa verificare se un animale possa essere considerato un bene cui si applichi la normativa consu-

³⁵ Si tenga presente che, in ambito condominiale, bisogna distinguere tra regolamento assembleare (approvato a maggioranza dai condòmini, modificabile a maggioranza e che non può limitare, ma si limita a regolare e che non può privare nessun condòmino dei diritti che la legge gli riconosce rispetto al regolamento di natura contrattuale) e regolamento contrattuale (predisposto dall'originario unico proprietario dell'intero edificio e trascritto nei registri immobiliari, avente carattere convenzionale, vincolando tutti i successivi acquirenti, non solo per le clausole che disciplinano l'uso di godimento di servizi delle parti comuni, ma anche per quelle che limitano il potere e le facoltà dei singoli condòmini sulle loro proprietà esclusive). Quest'ultimo, essendo un contratto tra le parti, ha un contenuto libero salvo che le pattuizioni riguardino diritti liberamente disponibili e siano meritevoli di tutela, e può limitare, pregiudicare, ridurre, ecc., i diritti e le facoltà spettanti ai singoli, ai quali possono essere imposti anche obblighi non spettanti dalla legge.

³⁶ Non è ovviamente questa la sede per approfondire la nozione di «consumatore» e la sua evoluzione nel corso del tempo. Per approfondimenti si potranno leggere C. DALIA, *Le nozioni di consumatore e il valore della dichiarazione di agire per finalità di consumo*, in *Giur. merito*, 2009, p. 1733; F. GARATTI, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*, in *Danno resp.*, 2009, p. 944; V. SANGIOVANNI, *Nozione di consumatore e legittimazione alla class action*, in *Corr. merito*, 2010, p. 1048; O. TROMBETTI, *L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 275; G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 86.

³⁷ In materia di diritto dei consumatori, la legislazione consumeristica è vastissima. Per citare solo i più recenti interventi, si veda la seguente normativa: Direttiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno; Direttiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingan-

meristica e se quindi l'acquirente dello stesso possa rivestire la qualifica di consumatore, al fine di verificare se si applichi la relativa disciplina. E, ovviamente, se la disciplina applicabile e le interpretazioni finora date possano dirsi convincenti o se sia necessaria una rivisitazione anche in questo campo.

Ai sensi del codice del consumo, sono beni di consumo tutti i beni mobili, anche da assemblare, tranne i beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie (anche mediante delega ai notai), l'energia elettrica, nonché l'acqua e il gas, quando non confezionati per la vendita in un volume delimitato o in quantità determinata³⁸. E' invece consumatore la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta³⁹. Assume particolare rilievo per la nostra materia la disciplina in materia di vizi contenuta nel codice del consumo, ai sensi della quale, in caso di bene che presenti un difetto di conformità (il quale si manifesti entro il termine di due anni dalla consegna del bene), il consumatore deve denunciare al venditore il difetto di conformità entro il termine di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto⁴⁰.

Bisogna ammettere fin da subito che fa un po' effetto parlare di consumatore quando l'oggetto del proprio consumo riguarda un animale, soprattutto nel caso in cui questi sia un animale da compagnia. Detto altrimenti, è da credere che poche persone – legittimi proprietari di animali da compagnia – sarebbero contente di essere inquadrate come consumatori di cani, gatti, e così via. Ma, purtroppo, la situazione sembra ancora essere questa.

Infatti, un indice in tal senso può venire da una pronuncia riguardante i vizi di un animale – nella specie, un cane di razza – acquistato da un consumatore, risalente ormai a qualche tempo fa. Nello specifico, la questione riguardava l'acquisto (da parte di un consumatore nei confronti di un allevatore) di un cane di razza al fine di farlo partecipare a determinate gare. Essendosi scoperto successivamente all'acquisto che l'animale venduto era affetto da malattie che non lo rendevano idoneo a partecipare alle gare per cui era stato acquistato, la giurisprudenza ha condannato l'allevatore al risarcimento del danno⁴¹. Il principio sul quale l'organo giudicante ha fondato la sua decisione è stato preso a tutti gli effetti dalla disciplina consumeristica, per la quale il venditore che aliena un animale è tenuto a garantire al compratore che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, dovendosi intendere per «vizio» un'imperfezione materiale dell'animale acquistato tale da incidere sulla sua destinazione (ad esempio patologie, difetti, tare genetiche).

Anche la giurisprudenza di legittimità è intervenuta nella materia *de qua* specificando ulteriormente la situazione. In concreto, la Cassazione ha affermato che chi acquista un animale da compagnia o

nevole e comparativa; Direttiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito dei consumatori; Direttiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio; Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori.

³⁸ Art. 128 cod. cons.

³⁹ Art. 3, comma 1, cod. cons.

⁴⁰ Art. 132 cod. cons.

⁴¹ Giudice di Pace di Macerata, sentenza depositata il 7 luglio 2013, n. 250, inedita.

d'affezione in qualità di consumatore ha diritto alla tutela approntata dal codice del consumo. Il padrone, ove scopra successivamente che l'animale che ha acquistato è affetto da una grave patologia, può denunciare il vizio ai sensi del codice del consumo⁴². Secondo gli Ermellini, la compravendita di animali da compagnia non è, di per sé, esclusa dalla disciplina del codice del consumo e dunque non v'è ragione per negare all'acquirente di un animale da compagnia la maggior tutela riconosciuta da tale ultimo codice quando risultino sussistenti i presupposti per la sua applicabilità⁴³. A tutela del consumatore, quindi, deve applicarsi non il breve termine di decadenza di otto giorni dalla scoperta del vizio previsto dall'art. 1495 c.c., ma il più lungo termine di due mesi dalla scoperta previsto dal codice del consumo. Per la Cassazione, la compravendita di animali da compagnia o d'affezione, ove l'acquisto sia avvenuto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata dal compratore, è regolata dalle norme del codice del consumo, salva l'applicazione delle norme del codice civile per quanto ivi non previsto. I suddetti riferimenti giurisprudenziali non possono però far apparire *in toto* una concezione che apre il fianco a varie discrasie e non tiene conto del livello socio-culturale raggiunto ai giorni nostri. Se da un lato il legislatore penale introduce reati contro gli animali, le convenzioni internazionali parlano di esseri senzienti, la dottrina attribuisce un ruolo primario agli animali, in ambito consumeristico si parla ancora di animali come beni di consumo. Non pare possibile limitare – ancora una volta – gli animali nel cerchio ristretto dei beni mobili. Gli animali sono altro, e ciò è talmente evidente da apparire quasi scontato.

6. Il problema della donazione degli animali

In realtà, oltre a problematiche sistemiche, socio-culturali, di opportunità, ecc., una mancata corretta categorizzazione degli animali potrebbe portare a questioni di dubbia risoluzione anche da un punto di vista meramente pratico. Un caso emblematico (ma sicuramente non l'unico) potrebbe essere rappresentato dal caso della donazione di animali, soprattutto (per il momento) con riferimento a quegli animali per i quali è prevista l'iscrizione obbligatoria nell'anagrafe statale. È bene andare però con ordine.

La donazione, com'è noto, è il contratto con il quale, per spirito di liberalità, una persona arricchisce l'altra, disponendo a suo favore di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione. Gli elementi essenziali della donazione sono due, ovvero lo spirito di liberalità e l'arricchimento del do-

⁴² Cass., Sec. Sez. Civ., 25 settembre 2018, n. 22728, reperibile al seguente indirizzo internet: <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/20600.pdf>.

⁴³ Questo in breve il caso trattato: il padrone di un cane di razza, acquistato presso un negozio di animali, aveva chiesto la condanna di questi al risarcimento del danno e alla restituzione del prezzo dopo aver successivamente scoperto che il cane era affetto da grave cardiopatia congenita. La domanda attorea veniva, tuttavia, rigettata dai giudici di merito: si riteneva che il proprietario avesse tardivamente denunciato il vizio, ovvero dopo gli otto giorni dalla scoperta del vizio, come indicato dall'art. 1495 c.c. Secondo i giudici di merito, alla fattispecie non sarebbe stata applicabile la disciplina del codice del consumo che prevede, invece, un termine di due mesi per denunciare il vizio. Il ricorrente sosteneva invece che l'animale d'affezione era da ricomprendersi nell'ampia nozione di bene di consumo di cui al codice del consumo: l'acquirente di un tale animale si sarebbe dovuto qualificare come *consumatore* ove l'acquisto (come nel caso di specie) non fosse collegato all'esercizio di attività imprenditoriale o professionale. Quest'ultima è stata la tesi accolta in Cassazione.

notario. Quanto alla forma, è necessario ricordare che è necessaria la stipulazione per atto pubblico alla presenza di due testimoni⁴⁴; in mancanza l'atto è nullo. Questa regola non applica per le donazioni di modico valore, dove per la validità dell'atto è sufficiente la consegna del bene.

Trasponendo la figura della donazione e applicandola al diritto degli animali, dobbiamo ancora una volta fare riferimento alle regole riportate nei beni precedenti. Essendo quindi gli animali ancora considerati da un punto di vista civilistico come beni mobili, sarà necessario osservare le forme prescritte, ovvero l'atto pubblico, a meno che non si tratti di animali (e quindi di cose) di modico valore, per le quali sarà sufficiente la semplice consegna (la modicità deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante). Tendenzialmente, allora, basterebbe quasi sempre la sola consegna dell'animale a far realizzare una fattispecie di valida donazione, sull'assunto che il valore degli animali è quasi sempre non elevatissimo.

E' però necessario ora introdurre un istituto che sta assumendo sempre maggiore rilevanza a livello organizzativo e di controllo, ovvero l'Anagrafe degli Animali d'Affezione. Esso è il registro nazionale dei cani, gatti e furetti identificati con *microchip* nel nostro Paese. Si tratta di una banca dati, alimentata dalle singole anagrafi territoriali, che intende fornire *on line* i riferimenti utili per rintracciare il luogo di registrazione degli animali e il loro legittimo proprietario, nel rispetto della tutela della *privacy* del cittadino. L'Anagrafe degli Animali d'Affezione è realizzata dal Ministero della Salute in stretta collaborazione con le amministrazioni regionali, che vi riversano i dati locali. Oltre a rendere più facile la restituzione dell'animale al proprietario, il sistema delle anagrafi, nazionale e territoriali⁴⁵ garantisce la certezza dell'identificazione, rappresenta un efficace strumento di dissuasione dagli abbandoni degli animali, favorisce studi e interventi per la prevenzione e cura delle malattie degli animali. La registrazione dei cani nelle banche dati regionali, che confluiscono in quella nazionale, è un obbligo previsto dalla legge⁴⁶. La semplice iscrizione di gatti e furetti nelle anagrafi regionali, riversata nell'Anagrafe degli Animali d'Affezione, è invece su base volontaria se non si ha la necessità di acquisire il passaporto.

Solo a titolo esemplificativo, possiamo prendere a caso di analisi quello dei cani. Per i cani, è obbligatorio provvedere all'identificazione e alla registrazione nell'Anagrafe canina del Comune di residenza o della ASL competente, in conformità alle disposizioni adottate dalle regioni. Il proprietario o il detentore di un cane deve provvedere a far identificare e registrare dal veterinario l'animale entro il secondo mese di vita tramite l'inoculazione del *microchip* e contestualmente richiedere il rilascio del certificato di iscrizione in anagrafe, che costituisce il documento di identità e che deve accompagnare il cane in tutti i suoi trasferimenti di proprietà.

In questo caso è evidente il problema. Se, infatti, per la donazione di un cane, o comunque di un animale che rientra nell'obbligo di iscrizione obbligatoria all'anagrafe, la donazione – qualora l'animale sia di modico valore – può essere fatta (e in genere sarà fatta) senza il ricorso all'atto pubblico, come ci si deve regolare poi per la registrazione all'Anagrafe canina? E' necessario osservare

⁴⁴ Art. 782 c.c.; art. 42 l. notarile.

⁴⁵ Istituito con l'accordo Stato-Regioni del 6 febbraio 2003.

⁴⁶ In particolare, dalla Legge quadro in materia di animali d'affezione e prevenzione del randagismo 14 agosto 1991, n. 281, obbligo successivamente ribadito e più dettagliatamente chiarito nella sua procedura da ordinanze ministeriali e sancito dall'Accordo 24 gennaio 2013.

comunque una specifica forma (ad esempio, scritta) e osservare altri requisiti, in modo da poter giustificare un eventuale trasferimento di proprietà all'anagrafe?

Anche la giurisprudenza ha cominciato a interrogarsi in tal senso, seppure in via soltanto embrionale. A parere di chi scrive, è necessario che vi siano norme chiare a tutela non solo degli animali, ma anche dei loro proprietari (siano essi donatori o semplici acquirenti), dei terzi (che devono avere ben chiaro a chi rivolgersi nel caso di sinistri causati da animali) e dell'ordine pubblico in generale. In questo senso, se è pur vero che probabilmente non dovrebbe essere necessario l'utilizzo dell'atto pubblico per regolamentare la donazione di animali soggetti a iscrizioni obbligatorie quali quella dell'Anagrafe sopra citata, è altrettanto evidente che dovrebbero essere previste alcune peculiarità specifiche a livello normativo che prevedano almeno l'obbligo di registrazione del passaggio di proprietà tramite donazione dell'animale. E rimane sullo sfondo che, per le stesse motivazioni, forse anche la compravendita in generale riguardante gli animali, specie se d'affezione e soggetti a iscrizione obbligatoria, dovrebbe essere regolamentata in maniera più compiuta. Anche in questo caso, di conseguenza, una soluzione organica a livello legislativo sarebbe – a parere di chi scrive – fortemente auspicabile⁴⁷.

7. Necessità di un intervento organico e sistematico del legislatore

Sulla base di quanto detto, sembra doversi concludere che è necessario un ripensamento della materia del diritto degli animali. In primo luogo, pare opportuna una riclassificazione della materia in oggetto tale per cui non di «diritto animale» dovrebbe parlarsi, bensì di «diritto degli animali». Tale ambito andrebbe poi ripartito tra l'area del diritto *verso* gli animali, quella del diritto (o, meglio, dei diritti) *sugli* animali e quella dei diritti *degli* animali.

Scendendo poi dal quadro definitorio a un piano più civilistico, sembra doversi ammettere che la concezione degli animali come beni mobili non è più così pertinente né socialmente accettabile. Gli animali non sono cose, o beni mobili che dir si voglia. Una classificazione che si basi ancora su tali concezioni è ormai evidentemente fuori luogo e fuori tempo, e non fa che applicare concetti obsoleti a una società che si è evoluta in maniera sostanziale. Gli animali, allora, dovrebbero essere visti come «esseri senzienti», in quanto percipienti sensazioni e sentimenti molto simili a quelli degli uomini.

⁴⁷ Trib. Bologna, 28 febbraio 2018, n. 20200, in <https://www.iltuoforo.net> è una pronuncia che può far comprendere meglio il problema. Nello specifico, una donna citava in giudizio un educatore cinofilo sostenendo di aver ricevuto da questo a titolo gratuito un cane, munito di libretto vaccinale e libretto delle qualifiche ENCI, e di non aver tuttavia avuto il pedigree, che l'uomo si era riservato di consegnarlo e che poi non aveva fatto a causa dell'interruzione dei rapporti tra di loro. La donna domandava la condanna del convenuto alla consegna del pedigree e al risarcimento dei danni cagionategli. L'educatore cinofilo, costituitosi in giudizio aveva contestato l'adozione del cane, il quale era stato ceduto alla donna solamente in custodia temporanea, di conseguenza lo stesso domandava la reiezione della domanda e la restituzione dell'animale. Dai fatti di causa risulta comprovato l'avvenuto perfezionamento tra le parti di una donazione di modico valore avente ad oggetto l'animale. L'organo giudicante ha chiarito che la donazione di un cane può avvenire anche senza il ricorso ad alcuna forma solenne. Verificato che il cane è stato oggetto di valida donazione, consegue il diritto della donna, divenuta a pieno titolo proprietaria dell'animale, di ricevere tutta la documentazione riguardante lo stesso, compreso il pedigree. Rimane però sullo sfondo, come detto *supra*, il problema dell'iscrizione all'Anagrafe e di tutte le possibili conseguenze.

Tra l'altro, non si tratterebbe di una novità. In Francia, ad esempio, recentemente è stata introdotta una modifica al codice civile, per la quale gli animali sono ora da riconoscere come esseri viventi dotati di sensibilità⁴⁸. La nuova definizione francese rappresenta il segno della mutata sensibilità verso gli animali e ha la funzione di allineare il diritto civile con il sistema di tutele previste dal diritto penale. Oltralpe, allora, è già cambiata radicalmente la concezione civilistica degli animali, che non sono più semplici beni mobili.

In Germania, addirittura, i diritti degli animali sono riportati nella Costituzione per effetto di una modifica avvenuta ormai più di quindici anni fa. In particolare, le parole «e degli animali» sono state aggiunte alla frase della Costituzione nella quale si parla dell'obbligo dello Stato di rispettare e proteggere la dignità degli esseri umani⁴⁹. Anche la Svizzera non è rimasta a guardare, con l'adozione – tra le altre – di una legge sulla protezione degli animali⁵⁰. Non si vede pertanto perché una impostazione diversa su tale piano non possa essere seguita anche dal nostro Paese.

È chiaro che l'adesione a un diverso modello rispetto a quello definito dal codice civile avrebbe come effetti collaterali il ripensamento di alcuni principi fondamentali della responsabilità civile del nostro sistema, sia per quanto riguarda il concetto di danno inferto all'animale, sia per quanto riguarda l'ipotesi di danno cagionato dall'animale a terze persone o ad altri animali, e così via⁵¹. Tuttavia, non si vede perché un cambio radicale nella società non debba tramutarsi in una modifica nel testo legislativo che è alla base dei rapporti giuridici tra privati. Per questa ragione, non dovrebbe poi risultare difficile ammettere che gli animali non possano essere più considerati beni mobili e che quindi debba trovarsi un'altra collocazione all'interno del nostro ordinamento, magari riscrivendo – o, perché no, abrogando – alcune norme codicistiche.

Se il problema è quello della soggettività giuridica degli stessi, si può obiettare che potrebbe essere difficile assicurare una tale caratteristica agli animali, perlomeno in termini di autonomia rispetto a quella dell'uomo. E, in realtà, si potrebbe essere anche d'accordo in termini generali con queste affermazioni. Viene però da porsi un'ulteriore domanda: è necessario davvero attribuire una soggettività giuridica piena agli animali? Non è invece forse sufficiente riconoscere una soggettività – certamente distinta da quella dell'uomo, ma comunque – differente agli stessi? Se si rimanesse nell'ambito delle categorie tradizionali, forse sarebbe difficile superare quest'ulteriore ostacolo, ma se si ragionasse in termini un po' più innovativi e rispondenti ai canoni della società moderna, probabilmente molte delle difficoltà potrebbero venire meno.

Sembra pertanto giunta l'ora di costruire un sistema in cui sia presente la soggettività giuridica degli animali: solo ricorrendo all'idea dei diritti soggettivi si potrebbe arrivare a una reale tutela da parte dell'ordinamento. È quindi necessario che gli animali siano considerati soggetti di diritto in modo da

⁴⁸ Nella formula adottata dal legislatore francese, si parla di «être vivant doué de sensibilité»: così l'art. 528 del Code Civil.

⁴⁹ L'art. 20a della Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania prevede che «lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto». Tale articolo è stato inserito dalla Legge di modifica del 27 ottobre 1994, I 3146, e successivamente modificato – ai fini che qui interessano – dalla Legge per la modifica della Legge fondamentale (Finalità pubblica della protezione degli animali) del 26 luglio 2002, I 2862.

⁵⁰ Legge federale sulla protezione degli animali (LPAn) del 16 dicembre 2005.

⁵¹ G. SPOTO, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, cit., p. 63.

poter usufruire di un proprio *status* giuridico. Viste le differenze tra uomini e animali, si ricondurranno a questi ultimi solo alcuni diritti, tendenzialmente ricollegabili agli interessi di cui anche gli animali sono portatori. E nessuno nega che tali diritti non potranno che essere relativi, dal momento che dovranno essere bilanciati con alcune prerogative umane superiori. Il primo passo dovrebbe essere un riconoscimento costituzionale dei diritti animali, della loro sensibilità, di una dignità a sé stante di questi.

E, successivamente a un intervento di rango costituzionale, dovrebbe poi seguire, alla luce di tutte queste considerazioni, un intervento organico del legislatore, magari nella forma di un testo compiuto, di un *corpus* sistematico di norme che regoli il diritto degli animali in tutti i suoi aspetti e le molteplici sfaccettature. Questa pare ormai un'esigenza non più procrastinabile per il nostro ordinamento.

L'esercizio del diritto al di là della terapia: lo *human enhancement*

*Lidia Ricci, Beatrice Di Nicolò, Pasquale Ricci, Francesco Massoni, Serafino Ricci**

THE EXERCISE OF RIGHTS BEYOND THERAPY: ON HUMAN ENHANCEMENT

ABSTRACT: Human Enhancement is a modification aimed at improving individual human performance through scientific or technological interventions in the human body. Sure enough, it is based on techniques aimed to improve the knowledge, to change the physique appearance, to increase the physique and the athletic performance, to intensify the working capabilities. The Authors propose to identify the ethical and juridical frames, as well as the medical legal and medical social ones, in which to assimilate the enhancement, duly considering that it's inevitable, since human beings are naturally competitive and since the change is constant and it's the historical main character of every social and cultural revolution, in other words it's the main reason of our evolution. Therefore, we need to value if the application of the enhancement technologies is harmful of the human dignity or if it's an useful tool to improve the human life's condition and then his own dignity.

KEYWORDS: human enhancement study; enhancement technologies; off label enhancement; legal framework; enhancement typologies classification

SOMMARIO: 1. Il potenziamento umano: definizione – 2. Le tipologie di potenziamento giuridicamente regolate: il doping, la chirurgia estetica e la selezione eugenetica – 3. L'utilizzo *off label* di farmaci e tecnologie: le *smart drugs* e la stimolazione cerebrale profonda (*Deep Brain Stimulation*) – 4. Gli studi *in itinere*: il potenziamento militare e biologico – 5. Conclusioni.

1. Il potenziamento umano: definizione

Gli Autori esaminano le problematiche giuridiche sollevate dal potenziamento umano sulla persona sana in assenza di malattia e per finalità che esulano dalla cura di una patologia, con particolare riferimento a sette ambiti di applicazione: la selezione eugenetica pre-natale, la chirurgia estetica non ricostruttiva, il potenziamento di capacità e risorse utili al combattimento per finalità militari, la stimolazione cerebrale profonda come potenziatore cognitivo o il potenziamento biologico volto alla ricerca dell'immortalità, il doping ed infine le *smart drugs*. I suddetti ambiti sono

* Lidia Ricci, Dottore in giurisprudenza, Specialista per le professioni legali; Beatrice Di Nicolò, Dottore in giurisprudenza; Pasquale Ricci, Professore a contratto, Facoltà di Medicina e Odontoiatria, Università "Sapienza" di Roma; Francesco Massoni, Professore a contratto, Facoltà di Medicina e Psicologia, Università "Sapienza" di Roma; Serafino Ricci, Professore di ruolo, Dipartimento di Scienze Anatomiche, Istologiche, Medico Legali e dell'Apparato Locomotore, Università "Sapienza" di Roma. Mail: serafino.ricci@uniroma1.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

suddivisibili in tre categorie: le tipologie di potenziamento già regolate giuridicamente (doping, chirurgia estetica e divieto di selezione eugenetica), l'utilizzo *off label* di farmaci e tecnologie (*smart drugs* e *Deep Brain Stimulation*), ed infine le ricerche e studi in corso (potenziamento militare e biologico). L'obiettivo è quello di rappresentare le peculiari e specifiche difficoltà nell'identificazione dei limiti di liceità di ciascuna delle tecnologie di potenziamento associati a variabili di differenziazione, tra cui la maggiore o minore invasività, la durata, la reversibilità, la trasmissibilità ai discendenti e così via.

Il potenziamento umano consiste in una modifica volta a migliorare la prestazione umana individuale attraverso interventi scientifici o tecnologici nel corpo umano¹. Inoltre, «il potenziamento e/o miglioramento può fare riferimento a capacità fisiche, mentali e/o emotive dell'uomo, anche sovrapponibili»².

Per determinare tale concetto si fa «riferimento ad una transizione o cambiamento da uno stato antecedente verso uno stato futuro. Lo stato futuro costituisce l'obiettivo identificabile in un cambiamento 'per il meglio'. Lo stato precedente si riferisce ad una condizione di 'normalità' o condizione 'standard»³. Tale condizione di "normalità" si identifica con il concetto di salute⁴. La linea di demarcazione tra potenziamento e terapia è a ben vedere labile: lo stesso Science and Technology Options Assessment (STOA), nello *Human Enhancement Study*, ne ha evidenziato la difficoltà. Attraverso gli studi condotti dal medesimo STOA si è tentato di delimitare il campo tra tre ordini di interventi: il non potenziamento (consistente nel trattamento di una malattia o lesione, ed è questa la medicina tradizionale, che risponde ai criteri di appropriatezza⁵ clinica e chirurgica^{6,7}), il potenziamento terapeutico (ovvero il trattamento di malattie o lesioni con effetti «che eccedono il ripristino dello *status quo ante*»⁸ e «la odifica o rimozione di una caratteristica fisica congenita ritenuta una malattia») ed infine il potenziamento non terapeutico⁹.

¹ European Parliament, Science and Technology Options Assessment (STOA), C. COENEN, M. SCHUIJFF, M. SMITS, P. KLAASSEN, L. HENNEN, M. RADER, G. WOLBRING, *Human Enhancement Study*, 2009, 22.

² L. PALAZZANI, *Il Potenziamento Umano, tecno scienza, etica e diritto*, Torino, 2015, 71-72.

³ L. PALAZZANI, *op. cit.*, 6.

⁴ Per meglio dire, è necessario giungere ad una nozione univoca di "salute" e di "stato antecedente". Ciò non è facilmente individuabile, in primis perché lo stesso concetto di salute è sottoposto ad una serie di definizioni tutt'altro che concordanti. Il primo tipo di concezione è quello oggettivistico su basi naturalistiche, che "riconduce la salute alla normalità funzionale identificata con l'assenza di malattia, intesa come menomazione o abbassamento della capacità biologica, ritenuta statisticamente tipica dell'uomo e della specie umana". In tale contesto, compito della medicina è "prevenire e curare la malattia, ristabilire la salute, alleviare il dolore e prendersi cura della qualità della vita del malato". Secondo questa visione di insieme l'atto medico volge al miglioramento del soggetto, e la terapia tende alla cura. Non trova spazio nessun tipo di *enhancement* fine a sé stesso; la condizione potenziativa è prevista solo se "prodotto della terapia e parte della terapia stessa". L. PALAZZANI, *op. cit.*, 6-9.

⁵ F. MASSONI, C. SIMEONE, E. LUZI, ET AL., *Appropriateness prescribing and doctor's professional responsibility*. *Clin Ter* 2012; 163(4):e193-9.

⁶ E. SPAZIANI, G. SILECCHIA, S. RICCI, ET AL., *Minimally invasive approach for the treatment of idiopathic varicocele*. *Surg Laparosc Endosc* 1997; 7(2):140-3.

⁷ M. CASSESE, M. NICOLETTI, S. RICCI, *Rupture of the right ventricular wall closed with Daflon patching and biological glue*. *Clin Ter*. 2012;163(4):e177-80.

⁸ *Treatment of a disease or injury with (intended or unintended) effects that exceed restitutio ad integrum*.

⁹ European Parliament, Science and Technology Options Assessment (STOA), *op.cit.*, 19.

2. Le tipologie di potenziamento giuridicamente regolate: il doping, la chirurgia estetica e la selezione eugenetica

Nella prima categoria rientrano le questioni relative al doping, alla chirurgia e medicina estetica ed al divieto di selezione eugenetica. I tre settori appena elencati risultano, in Italia, provvisti di una disciplina specifica. Per tale ragione, peraltro senza pretesa di completezza, si è proceduto ad uno studio delle discipline ad oggi vigenti riguardo ciascuna di esse, che ci accingiamo a presentare.

Il termine "doping" nel mondo sportivo significa «l'uso improprio di sostanze o metodi atti ad aumentare artificialmente le prestazioni fisiche mediante l'incremento delle masse muscolari o della resistenza alla fatica»¹⁰. La lotta al doping in ambito internazionale ha visto una evoluzione ed una coesione degli Stati che hanno portato, da un lato, ad una uniformità normativa, e dall'altro, a progressi scientifici nella ricerca. Questi ultimi hanno condotto a porre in essere controlli antidoping più efficaci. Risultato degli sforzi internazionali sono stati il Codice mondiale antidoping¹¹ della World Anti-Doping Agency (WADA) del 2003 (emendato nel 2009) e la Convenzione internazionale contro il doping nello

¹⁰ La L. 14 dicembre 2000, n. 376 in materia di *Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*) ha ampliato tale definizione ai «farmaci, sostanze e pratiche idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti» (art 1). Con il termine "alterazione" si fa riferimento tanto ad «un miglioramento che a un peggioramento della prestazione sportiva da uso di dopanti ergonomici o ergogenici e dopanti ergolitici». COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Etica Sport e Doping*, 2010, 9, <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/etica-sport-e-doping/> (ultima consultazione 11/12/2018). E. CAPODACQUA, *Il fenomeno doping*, in S.D. FERRARA (a cura di) *Doping Antidoping*, Padova, 2004: «Le classi di sostanze vietate in Italia con D.M. 15-X-02 (G.U. 278 del 27-11-02; Suppl. 217), sono le seguenti: stimolanti, narcotici, anabolizzanti, diuretici, ormoni peptidici, anestetici locali, alcool, derivati della cannabis sativa ed indica, glicocorticosteroidi, beta-bloccanti. Con successivo D.M. del 30-XII-02 (G.U. 64-18-3-03) tale elenco è integrato da quello delle pratiche mediche vietate: doping ematico, metodi che aumentano artificialmente la massa eritrocitaria, trasportatori di ossigeno. Modificatori allosterici dell'emoglobina, sostanze che modificano artificialmente il PH e/o il volume totale del sangue, manipolazione del campione per alterarne l'integrità, utilizzo di sostanze che alterano la composizione e la concentrazione del campione, gli inibitori della miostatina e infine il doping genetico».

¹¹ Il Codice prevede le pratiche considerate dopanti (senza però circoscrivere la definizione di doping); l'ipotesi di positività ai controlli, inoltre, è «assoggettata ad un regime disciplinare di *strict liability*». Con ciò si intende affermare che all'atleta risultante positivo ai controlli antidoping è attribuita una responsabilità oggettiva assoluta «in riferimento all'esito della gara durante la quale l'atleta è incorso nella positività»: i risultati della competizione, ai sensi del Codice mondiale antidoping, saranno annullati in maniera automatica (c.d. *disqualification*) senza l'ammissione di prova liberatoria (art. 9), poiché l'atleta risulta comunque aver avuto «un vantaggio illecito sugli altri concorrenti». Per ciò che concerne la sanzione aggiuntiva riguardante la squalifica dalle competizioni (c.d. *ineligibility*), «per un periodo più o meno prolungato (art. 10.5)», la responsabilità configurata è oggettiva relativa; si permette dunque la prova liberatoria nel tentativo di evitare il periodo di squalifica. Ciò accade quando l'atleta dimostri «l'esistenza di circostanze eccezionali e l'assenza di qualsiasi colpa o negligenza da parte sua (art 10.5.1)»; se lo sportivo dimostra viceversa «di non essere incorso in una significativa colpa o negligenza, il periodo di squalifica può essere ridotto fino alla metà di quello editale». Per ciò che concerne le "sostanze specificate" facenti parte della c.d. *Prohibited List* (elaborata e aggiornata dalla WADA), che hanno un «effetto dopante di carattere minore», l'atleta, nel caso in cui riesca a dimostrare «come sia avvenuta l'assunzione della sostanza o come ne sia entrato in possesso e che l'assunzione non fosse tesa a incrementare la prestazione sportiva o a mascherare l'uso di una sostanza proibita (art. 10.4)», sembra poter ottenere che sia ridotto o eliminato il periodo di squalifica.

sport della Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza, la Cultura e la Comunicazione (The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO).

Per ciò che attiene alla finalità della normativa anti-doping, si può affermare che questa abbia il triplice scopo di tutelare la salute degli atleti, di garantire l'uguaglianza nella competizione e infine di salvaguardare l'etica sportiva. Sotto il primo profilo, sia la Convenzione europea antidoping (1989) sia la Convenzione Antidoping UNESCO dichiarano, nei rispettivi preamboli, la preoccupazione per le conseguenze dannose sulla salute dei partecipanti alle competizioni sportive; lo stesso si può dire, tra gli altri, anche della stessa legislazione italiana, L. 14 dicembre 2000, n. 376, in materia di *Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping* che all'art. 1 comma 1 descrive il ruolo dell'attività sportiva in chiave promotrice della salute individuale e collettiva. Anche in ambito privatistico, il Codice mondiale antidoping della WADA prevede, tra i suoi scopi, quello della promozione della salute: da ciò si può giustamente dedurre, come infatti è, che tutti i regolamenti antidoping delle organizzazioni sportive (nazionali e internazionali) conformi al Codice diano rilievo alla tutela della salute quale obiettivo fondamentale.

Sotto un secondo profilo, si evince come nella *Prohibited List* predisposta dalla WADA «figurano anche sostanze o metodi che a detta dei medici non danneggiano di per sé la salute, o per i quali non vi è comunque la certezza scientifica che arrechino danni alla salute»¹². Si pensi, a tal proposito, al testosterone o ad alcuni stimolanti, prodotto naturalmente il primo, usati in larga parte dalla popolazione i secondi. La presenza di tali sostanze (o metodi) nella lista si giustifica poiché, oltre a tutelare la salute degli atleti, altra *ratio* fondamentale delle norme antidoping è proprio la salvaguardia delle condizioni di uguale partecipazione alle gare; l'obiettivo è quello di evitare, dunque, alterazioni artificiali delle prestazioni. Tale scopo è rinvenibile tanto nel preambolo della Convenzione antidoping UNESCO, in cui esplicitamente si tutela il principio della correttezza, quanto nel Codice mondiale antidoping, che richiama la protezione e promozione della salute, della correttezza e dell'uguaglianza per gli atleti di ogni parte del mondo; lo stesso fine è presente poi nel preambolo della Convenzione europea antidoping.

Per ciò che concerne l'analisi nazionale della normativa anti-doping, di imprescindibile rilevanza risulta la già citata L. n. 376/2000, rubricata *Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta al doping*¹³. La legge al suo art. 1, comma 2, presenta una definizione di doping¹⁴ «costruita su un presupposto positivo», cioè la capacità delle sostanze in questione di alterare le condizioni fisiche e/o biologiche dell'atleta, e da uno negativo, vale a dire la mancanza di condizioni patologiche nel soggetto. Il comma 3 prevede come *doping* anche la c.d. "manipolazione farmacologica"¹⁵; l'articolo successivo,

¹² S. BASTIANON, F. BESTAGNO, S. M. CARBONE, M. COCCIA, A. COMBA, C. DORDI, L. FUMAGALLI, C. GARBARINO, E. GREPPI, B. NASCIMBENE, R. SAPIENZA, F. SEATZU, M. VELLANO, a cura di EDOARDO GREPPI E MICHELE VELLANO, *Diritto internazionale dello sport*, seconda edizione, Torino, 2010, 207 ss.

¹³ L. 14 dicembre 2000, n. 376, in materia di *Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 294 del 18 dicembre 2000.

¹⁴ Definito appunto come «la somministrazione o l'assunzione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione o la sottoposizione a pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche, ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti».

¹⁵ Consistente «nell'assunzione di farmaci o sostanze biologicamente attive o pratiche non giustificate da condizioni patologiche, che siano idonee a modificare i risultati dei controlli».

invece, contiene la determinazione delle classi di sostanze o pratiche proibite¹⁶. La legge prevede, all'articolo 9, due tipologie di soggetti, e contestualmente due differenti figure di reato. Si punisce, da un lato, «chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze farmacologicamente attive»¹⁷ non giustificati da condizioni patologiche e idonei alla modifica delle condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo allo scopo di alterare le prestazioni agonistiche o di modificare «i risultati di controlli sull'uso di tali farmaci e sostanze». Si tratta dei reati di c.d. etero doping¹⁸, poiché possono essere posti in essere da qualunque persona che commetta l'azione criminosa, ma non dall'atleta. Si persegue, dall'altro lato, anche il c.d. doping autogeno, in cui l'atleta stesso faccia uso delle sostanze vietate o adotti o si sottoponga a tali pratiche allo scopo di alterare le proprie prestazioni. In tal caso, il soggetto attivo non compie un reato comune (come nel caso di etero doping), essendo la fattispecie inquadrabile solo nei confronti dell'atleta che partecipa alla competizione agonistica. È anche da aggiungere che il tenore dell'articolo sembrerebbe prevedere un dolo specifico nei confronti del solo atleta professionista o comunque di un atleta inserito nell'organizzazione sportiva mediante il tesseramento: in ogni caso, non un atleta amatoriale¹⁹. Terza fattispecie criminosa prevista dall'art. 9, comma 7, risulta essere il commercio di farmaci e sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricomprese nelle classi di cui all'art. 2 comma 1, tramite «canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente»²⁰. Volgendo lo sguardo all'analisi della chirurgia estetica, invece, le tematiche più esaminate risultano essere la sua legittimazione e la necessità o meno di informazioni più approfondite e valutazioni più rigorose nell'ambito del consenso informato. In tale settore, come fulcro della ricerca ci si è in particolar modo soffermati sull'analisi della inoculazione di filler permanente in medicina estetica, il quale è un tipico esempio di potenziamento umano diffusissimo. L'uso dei filler è sottoposto alla disciplina dei presidi medici regolata dal Decreto Legislativo 24 febbraio 1997 n. 46 in materia di *Attuazione della direttiva 93/42/CEE concernente i dispositivi medici*²¹ e la legittimazione alla iniezione è quindi autorizzata solo al personale medico; nel 2015 la Commissione europea si è espressa in materia di filler permanenti date le enormi complicanze verificatesi nei pazienti a distanza anche di anni dal trattamento, tramite un parere che ha riproposto il divieto di utilizzo di tali prodotti per fini puramente estetici²². Per ciò che concerne la legittimazione di tale tipo di chirurgia, il superamento del suo originario ambito di liceità (che storicamente ha visto nella medicina una tendenza ad escludere la chirurgia estetica dal

¹⁶ T. MARCHESE, *Il doping nell'ordinamento generale e in quello sportivo*, Bari, 2010, 16-18.

¹⁷ Legge 14 dicembre 2000, n. 376, *Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 294 del 18 dicembre 2000.

¹⁸ Configurabili come reati comuni (attuabili cioè da chiunque), di mera condotta e pericolo: non risulta infatti necessario il verificarsi di un danno al fine della consumazione del reato.

¹⁹ Nei primi due commi dell'art. 9, per meglio dire, il dolo rileva come specifico poiché «la condotta deve essere finalisticamente orientata ad alterare le prestazioni agonistiche dell'atleta o diretta a modificare i controlli o i risultati dei controlli». L'autore della condotta non è dunque punibile a titolo di dolo generico, poiché è necessario che si prefiguri una conseguenza delle sue azioni. T. MARCHESE, *op. cit.*, 30-31.

²⁰ T. MARCHESE, *op. cit.*, 21-23.

²¹ Decreto Legislativo 24 febbraio 1997, n. 46, *Attuazione della direttiva 93/42/CEE concernente i dispositivi medici*, GU Serie Generale n. 54 del 06-03-1997, Suppl. Ordinario n. 49.

²² M.C. PAGLIETTI, *Farmaci, dispositivi medici e cosmetici, il caso di divieto di "fishlips"*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 1 ss.

novero delle azioni volte a contrastare un profilo patologico²³) è individuabile nello sviluppo di una «concezione più moderna ed attuale» della nozione di salute «quale diritto assoluto, riconosciuto e garantito dalla Carta Costituzionale» all'articolo 32²⁴. Ad oggi si può certamente ritenere che la nuova definizione del concetto di salute proposta dalla Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) abbia l'effetto di giustificare e legittimare giuridicamente e socialmente la medicina estetica²⁵, superando contestualmente la problematica inerente l'articolo 5 c.c. riguardo gli atti di disposizione del proprio corpo. A ben vedere, nonostante l'atto dispositivo in analisi risulti in concreto menomativo e ricostruttivo dell'integrità fisica, esso sarà giustificato dalla valenza e dalla finalità curativa sottese all'operazione strettamente considerata: lo scopo estetico è in realtà scopo terapeutico, «in quanto serve a determinare un benessere psicofisico»²⁶. Così facendo la lettura formale dell'articolo 5 c.c. viene soppiantata da un chiaro esempio del c.d. diritto vivente, diritto che sorge dall'interpretazione giurisprudenziale e viene poi recepito dalla norma giuridica²⁷.

In ultima analisi, ci si è chiesti se il consenso informato nell'ambito della chirurgia estetica dovesse assumere caratteri più rigidi, nella considerazione che mentre ci si rivolge al chirurgo ordinario quando la salute è compromessa, al chirurgo estetico si ricorre per soddisfare esigenze voluttuarie. Porre un organo sano a repentaglio postulerebbe una informazione sui rischi adeguata: informazione che a ben vedere è richiesta per ogni intervento²⁸. Ad oggi sembra essere superata la differenziazione tra il consenso in chirurgia estetica e quello in chirurgia classica: essi sono entrambi ugualmente rilevanti ed ugualmente informati. Si può però affermare che nel caso della chirurgia estetica vi sia la necessità di una informazione non più ampia, bensì più accurata in alcuni punti: siamo di fronte ad un dovere informativo di un medico ordinario adattato al caso concreto e plasmato avendo riguardo alle diverse esigenze di ogni ipotesi di intervento²⁹.

Nella tripartizione da noi proposta, l'ultimo ambito facente parte della prima categoria in analisi risulta essere il divieto di selezione eugenetica, ovvero la selezione sulla base delle caratteristiche genetiche considerate migliori. La pratica eugenetica risulta in contrasto con il rispetto dei diritti fondamentali della persona, sanciti in primis a livello internazionale: appare chiara la violazione dei basilari diritti individuali fondati sulla pari dignità interindividuale nei casi di comportamenti selettivi e discriminatori nei confronti di embrioni prodotti in vitro, o di feti in utero³⁰. In Italia, la legge 19 febbraio 2004, n. 40,

²³ G. CASSANO, *Casi di errori in chirurgia estetica e risarcimento del danno*, in *L'attualità del diritto*, serie coordinata da GIUSEPPE CASSANO, 2016, 99-100.

²⁴ M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico. Casistica aggiornata, approfondimenti giurisprudenziali – profili deontologici*, ottava edizione, Padova, 2013, 652.

²⁵ P. RICCI, F. MASSONI, L. RICCI, E. ONOFRI, G. DONATO, S. RICCI, *Quality of Life in Dementia Sufferers: The Role of Diet and Exercise*, in *Curr Alzheimer Res*, 2018, 400-407.

²⁶ E. PENNASILICO, *Liceità giuridica ed etica professionale*, in AA.VV., *Chirurgia plastica ricostruttiva e chirurgia estetica*, Milano, 1988, 78. G. CASSANO, *op. cit.*, 104.

²⁷ M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 652.

²⁸ I caratteri dell'informazione, secondo la Sent. Cass. civ., sez. III, 10014/1994, sono: l'oggetto, la natura e la portata dell'atto medico, la sua consistenza, i rischi, i risultati conseguibili e le possibili conseguenze negative.

²⁹ G. CASSANO, *op. cit.*, 122-123.

³⁰ Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica, vol. V, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pag. 889-890.

Il divieto di pratiche eugenetiche è sostenuto in ambito internazionale indirettamente, tutelando la pari dignità, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950. Inoltre, il divieto è enunciato, questa volta espressamente,

*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*³¹ dedica il capo VI alle misure di tutela dell'embrione. Il divieto assoluto sancito dalla legge 40/2004 sull'embrione ha sollevato quesiti sulla compatibilità e sulla legittimità di tale divieto sia con le esigenze di consenso informato, il quale risulta essere una premessa imprescindibile all'esercizio di un diritto alla procreazione cosciente, sia con le prospettive riguardanti lo sviluppo della ricerca in campo biomedico. Tramite le sentt. nn. 96 e 229 del 2015³² vi è però stata una definitiva consacrazione della «liceità della diagnosi genetica pre-impianto» così come della «selezione degli embrioni che non hanno ereditato la malattia geneticamente trasmissibile» nelle coppie fertili portatrici di tali malattie, pratica sulla cui liceità la L. 40/2004 tace³³. In buona sostanza, si può affermare che la decisione della Corte Costituzionale n. 96 del 2015, che si confronta «con il tema dell'ampliamento dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche riproduttive artificiali», permettendo di accedere anche alle coppie portatrici sane di malattie genetiche al «progresso medico-scientifico in materia», ha, per ciò che a noi più interessa, «esplicitato la liceità della tecnica diagnostica pre-impianto», concordando in maniera «pressoché perfetta sul piano dell'argomentazione con la sentenza europea» *Costa e Pavan c. Italia*³⁴. In tale quadro vi è stata altresì l'emanazione della sentenza

nell'articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che «nel sancire il diritto all'integrità della persona», afferma: «Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica (comma 1); nell'ambito della medicina e della biologia devono essere rispettati: il divieto di pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone (comma 2, lettera c)».

Con "pratiche genetiche" si intendono «quelle che hanno come scopo la selezione delle persone» nelle ipotesi di «programmi di selezione che comportino, ad esempio, campagne di sterilizzazione, gravidanze forzate, matrimoni etnici obbligatori ecc.»: tali atti sono tutti, indistintamente, considerati crimini internazionali dallo Statuto del Tribunale penale internazionale del 1998. Nota esplicativa al testo dell'art. 3, documento Charte 4473/00 Convent 49.

³¹ Legge 19 febbraio 2004, num. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004.

³² Rispettivamente Corte Costituzionale, sent. n. 96 del 2015, pubblicata in G.U. 10/06/2015 n. 23 e Corte Costituzionale, sent. n. 229 del 2015, pubblicata in G. U. 18/11/2015 n. 46.

³³ In realtà, già dal 2007 la giurisprudenza civile «ha spostato un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 14, comma 5, della l. n. 40 del 2004 secondo cui questa norma, che prevede per le coppie ammesse alle tecniche di fecondazione assistita il diritto di essere informate sullo stato di salute dell'embrione, permette al medico responsabile di ricorrere, su richiesta della coppia, alla diagnosi pre-impianto e di selezionare gli embrioni (eventualmente) risultati come non anomali». Infatti, potendo la donna nel nostro ordinamento abortire se, una volta scoperto la malattia del feto (con diagnosi prenatale), dimostra che «la prosecuzione della gravidanza mette la sua salute in serio pericolo», il suo divieto di accesso alla diagnosi e alla successiva selezione degli embrioni non malati integrerebbe una violazione della Carta costituzionale agli artt. 3 e 32. M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, 121-125.

³⁴ La questione, dibattuta sin dal 2004, riguardava due quesiti: «la praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto da parte delle coppie sterili e infertili» ed il ricorso a quest'ultima «anche per le coppie fertili». Inizialmente, con riferimento alle coppie del primo tipo, il tribunale di Catania (3 maggio 2004) «aveva ricondotto la diagnosi genetica pre-impianto nel novero delle pratiche di selezione eugenetica degli embrioni», vietata ai sensi del già citato art. 13, l. n. 40/2004. A questa pronuncia si sono susseguite altre, di segno opposto, che consentivano l'accesso alla diagnosi genetica pre-impianto «limitatamente alle coppie destinatarie delle previsioni di cui alla l. n. 40/2004». La questione, per le coppie sterili ed infertili, sembra essersi risolta nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 151 del 2009, che nell'intervenire sull'art. 14, comma 3, della l. n. 40 del 2004 «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni [dovesse] essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna», sembra aver superato ogni ambiguità. Ciò nell'ottica che, per garantire la mancanza di pregiudizio

della Corte Costituzionale n. 229 del 2015, con cui, tra le altre statuizioni, si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui «contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissivi» che rispondono ai criteri di gravità ex art. 6, comma 1, lettera b), della legge 194/1978 e «accertate da apposite strutture pubbliche». La questione di legittimità, sollevata dal Tribunale di Napoli, riguardava l'incompatibilità dell'articolo 13, comma 3, lettera b) della l.40/2004 con la Carta costituzionale: vietando ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che fossero diretti ad alternarne il patrimonio genetico o a predeterminarne caratteristiche genetiche, «ad eccezione degli interventi avente finalità diagnostiche e terapeutiche», la legge risultava in contrasto con gli art. 3, 32 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) (così come interpretato nella pronuncia sul caso Costa e Pavan c. Italia). La depenalizzazione delle fattispecie delittuose di cui all'art. 13, comma 3, lett. b), e comma 4 risulta ancorata al rispetto del principio di non contraddittorio, secondo cui «quanto è divenuto così lecito, per effetto della suddetta pronuncia additiva [sent. n. 96 del 2015], non può [...] essere più attratto nella sfera del penalmente rilevante»³⁵.

È piuttosto evidente la eterogeneità nella regolamentazione di tali procedure, interessata al prodotto nel caso della chirurgia estetica, alla finalità nell'ipotesi di doping e tecniche di procreazione medicalmente assistita. Ciò tradisce le difficoltà di disciplinare tali materie, che sono condizionate da molteplici variabili, in primis dall'interesse da tutelare, che è differente a seconda della tipologia di potenziamento analizzata. E così, laddove l'atto vada ad incidere su principi e diritti quali la correttezza della competizione, il diritto alla vita e il diritto alla salute del nascituro, è necessario porre dei limiti all'esercizio di tali forme di potenziamento in misura diversa a seconda dell'incisività della modalità di enhancement analizzata. Dunque, da un lato nel caso della selezione eugenetica, dall'altro nel doping, chiaro è l'intento di tutela dei diritti fondamentali violati da tali pratiche, che si dimostra e si fonda su un sistema rigido e definito di necessari divieti. Al contrario, dalla normativa dei dispositivi medici, stante una tutela del diritto alla salute, si evince una posizione meno rigida e certamente condivisibile nella normativa con riferimento alla medicina estetica, in particolar modo nell'utilizzo del filler, tanto per la minore invasività della pratica, quanto per la reversibilità degli effetti. Tuttavia rimane in ogni caso essenziale soddisfare in questi casi il diritto alla informazione del paziente e nel caso di specie l'impegno diventa gravoso alla luce degli scenari che la farmacologia e cosmetologia offrono, in taluni casi con ampi cononi d'ombra in carenza di affidabili evidenze scientifiche.

Nonostante la palese eterogeneità delle materie poste ad oggetto della trattazione, si possono trarre conclusioni simili: la loro regolazione giuridica necessita di una costante interfaccia con la realtà contemporanea, che permetta una integrazione normativa capace di fare propri gli sviluppi del progresso scientifico e in maniera duttile e flessibile si possa adattare e modellare alle fattispecie fornendo all'interprete uno strumento che consenta la previsione di ampi margini di impiego ed applicabilità. Ciò sarebbe possibile nell'ipotesi in cui si riuscisse a riconoscere principi e punti fermi nella trattazione

alla salute della donna, si sarebbe dovuto necessariamente ricorrere agli esami diagnostici, tra cui quello pre-impianto. M. D'AMICO, B. LIBERALI, *op. cit.*, 99-103.

³⁵ Corte cost., sent. n. 229 del 2015. M. D'AMICO, B. LIBERALI, *op. cit.*, 115-116.



della materia salute seppur nella sua dicotomica veste di diritto positivo e negativo, e, in quanto tale, stirato di qua e di là a seconda delle necessità.

3. L'utilizzo *off label* di farmaci e tecnologie: le *smart drugs* e la stimolazione cerebrale profonda (*Deep Brain Stimulation*)

Il secondo gruppo di tipologie di potenziamento comprende tanto l'utilizzo di *smart drugs* quanto la tecnica della stimolazione cerebrale profonda. Con riferimento a tali tipologie, l'analisi da noi proposta non si è limitata alla descrizione della disciplina vigente (come nei settori precedenti), bensì ha tentato un approccio meno ortodosso. Ciò è stato necessario poiché i tipi di potenziamento in questione (in special modo la DBS) hanno la peculiarità di sfruttare farmaci o trattamenti normalmente utilizzati a scopo terapeutico, e a tal guisa giuridicamente regolati, espandendone l'ambito di applicazione a quello potenziativo.

Prendendo le mosse dal potenziamento cognitivo meno invasivo, in Italia il libro *Smart Drugs*, edito dal Dipartimento del Farmaco-Istituto Superiore di Sanità su mandato del Dipartimento Nazionale delle Politiche Antidroga della Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 2005, individua e aggiorna le più comuni e rischiose *smart drugs*, definendone «le caratteristiche tassonomiche della specie vegetale di appartenenza, il/i principio/i attivo/i che la caratterizzano, il luogo di coltivazione, l'uso storico tradizionale della pianta e quello invece attuale» oltre che la legislazione vigente in relazione al principio attivo. La stessa definizione di *smart drugs* risulta in continuo cambiamento, sia per i tipi di sostanze che fanno parte della categoria, sia per il significato culturale mutevole del termine³⁶. Occorre in tale campo citare l'analisi di C. Bublitz concernente il "diritto alla libertà cognitiva" (*the right to cognitive liberty*), posto ad assioma di base della regolazione legale del potenziamento neuro cognitivo e a garanzia del diritto delle persone di alterare (o, viceversa, di negare l'alterazione) del proprio stato mentale per mezzo di strumenti neurologici. Infatti, da un punto di vista strettamente legale la libertà cognitiva, intesa come diritto di autodeterminazione, garantisce la sovranità dell'individuo sulla propria mente³⁷.

Per un tentativo di analisi della disciplina in materia di *smart drugs* a livello italiano risulta inoltre necessario il riferimento al D.P.R. n. 309 del 1990 e successive modifiche, che «a seguito della consultazione referendaria del 1993, ha visto l'espunzione dall'area del penalmente rilevante delle condotte di detenzione ed assunzione di stupefacenti per uso personale»³⁸. In breve, colui che decide di assumere sostanze stupefacenti può farlo liberamente, a condizione che la sua condotta non provochi danni ad altri; in ambito potenziativo, si potrebbe desumere che «un soggetto adulto che intenda far uso di

³⁶ Dipartimento del Farmaco- Istituto Superiore di Sanità, *Smart Drugs*, seconda edizione, 2008, 3.

³⁷ Dallo studio di Bublitz appaiono dati rilevanti il timore della spinta al raggiungimento delle aspettative della società, l'impostazione capitalista della nostra società e, più in generale, la contestualizzazione dei potenziamenti analizzati nelle dinamiche sociali del tempo. Da tale analisi, e nonostante non appaia ad oggi presente in molti ordinamenti una cornice normativa della tutela della mente, il Bublitz individua alcuni diritti "vicini" a quello in esame, come, tra gli altri, il diritto di pensiero ed il diritto all'integrità mentale. C. BUBLITZ, *My Mind Is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept*, in *Cognitive Enhancement: An Interdisciplinary Perspective*, 2013, 233 ss.

³⁸ O. ERONIA, *Doping mentale e concetto di salute: una possibile regolamentazione legislativa?*, in *Archivio Penale*, 3, 2012, 13.

cognitive enhancers (che possono anche essere a base di sostanze psicotrope, come il metilfenidato, inserito non a caso sia nella Tabella I sia nella Tabella II Sez. A, allegate al D.P.R. 309/1990)» non sia perseguibile ai sensi della disciplina sulle sostanze stupefacenti³⁹.

Se tentassimo l'applicazione della regolamentazione contenuta nella legge n. 376/2000, riguardante la *Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping* (analizzata nel paragrafo precedente) e di marchio evidentemente paternalistico laddove si parli del c.d. auto doping, al c.d. doping mentale, potrebbe nascere l'obiezione che non sia «provato che i ritrovati farmaceutici in esame siano lesivi della salute e ancora una volta dovremmo difenderci dalle insidie del principio di "precauzione"», oltre che dalla critica riguardante la inammissibilità, da parte dello Stato, di ingerenza nella sfera privata del soggetto. Appare opportuno ricordare, inoltre, che «l'impiego di farmaci contenenti sostanze psicotrope e psicoattive è attualmente subordinato alla prescrizione medica e alla sussistenza di specifiche esigenze terapeutiche»⁴⁰. Nel caso del potenziamento cognitivo, ed in special modo nel corso di una analisi del Comitato per i medicinali ad uso umano (Committee for Medicinal Products for Human Use, CHMP) dell'Agenzia Europea dei medicinali (European Medicines Agency, EMA) riguardante i rischi del metilfenidato, sono emersi interrogativi sull'uso *off label* del farmaco. In buona sostanza, dai dati raccolti si evinceva un utilizzo del metilfenidato "improprio", tramite un impiego che esulava dal trattamento delle patologie quali il disturbo da deficit di attenzione e iperattività (Attention Deficit Hyperactivity Disorder, ADHD). Addirittura, alcune delle malattie per le quali veniva impiegato tale principio prevedevano controindicazioni all'uso di tale farmaco. Come conseguenza di tale analisi, il Comitato ha affermato la necessità di aggiungere delle indicazioni rivolte ai medici all'interno delle informazioni sul prodotto, allo scopo di guidarli ad una prescrizione corretta del medicinale⁴¹. Tale disciplina, già ferrea, è applicabile a coloro che utilizzano i farmaci per curare una malattia, o quantomeno prevenirla. Nel caso del potenziamento farmacologico, invece, la valutazione inerente all'equilibrio tra rischi e benefici è differente, mutando il quadro iniziale che non prevede un pregresso stato patologico⁴².

Un settore che ha sollevato particolare problematicità è l'analisi della *Deep Brain Stimulation*, una tecnica ormai utilizzata e diffusa poiché risulta personalizzata rispetto al singolo paziente e posto che si tratta di una tecnica con effetti reversibili che può essere psicologica o farmacologica e l'effetto, come detto, è temporaneo ed è funzione di variabili come la farmacodinamica e cinetica della sostanza, frequenza e durata delle sedute, l'organo bersaglio, la dose, velocità di somministrazione, etc. Le questioni concernenti tale trattamento assumono natura diversa a seconda del suo scopo: nei casi di pazienti affetti dal morbo di Parkinson, ad esempio, la procedura risulta regolamentata dall'Unione europea e permessa previa selezione dei candidati idonei. L'analisi di tale disciplina non risolve tuttavia

³⁹ O. ERONIA, *op. cit.*, 13.

⁴⁰ Art. 72, co. 2, D.P.R. n. 309/1990.

⁴¹ Nonostante ciò, la valutazione rischi/benefici del metilfenidato è apparsa positiva, con un bilanciamento da cui si evinceva che i rischi potessero ancora ben bilanciarsi con i benefici. O. ERONIA, *Enhancement Technologies e diritto penale*, tesi di dottorato di ricerca in fondamenti del diritto europeo e metodologia comparatistica, anno accademico 2008/2009, 103.

⁴² O. ERONIA, *Enhancement Technologies e diritto penale*, cit., 104.

le problematiche sollevate dal potenziamento cognitivo, nella misura in cui tale tecnica di stimolazione profonda sia posta in essere allo scopo di incrementare le prestazioni mentali⁴³.

La possibilità di modifica (o di potenziamento) delle facoltà mentali vede posizioni contrastanti in Europa. In Italia, ad oggi, *“chi incrementa le proprie prestazioni mentali”* in definitiva non attenta *“all'autenticità della specie a cui appartiene, né viola un presunto dovere di generalizzata correttezza concorrenziale”*⁴⁴. Il diritto a modificare le proprie caratteristiche mentali potrebbe essere considerato lecito qualora non offenda alcun bene individuale. Per meglio dire, poiché una vera e propria tutela della psiche del soggetto sottoposto a DBS non sussiste, le eventuali responsabilità deriverebbero solo dal risultato dell'intervento a livello fisico. Le norme a difesa dell'incolumità personale, però, prendono in considerazione il mutamento della realtà fisica, non mettendo propriamente in luce il cambiamento della vita psichica del paziente. A ben vedere, un eventuale limite all'esercizio della facoltà di stimolare il proprio cervello andrebbe valutato «rispetto ai pericoli derivanti dai cambiamenti della personalità indotti» dall'intervento⁴⁵. Ci si è dunque chiesti se fosse opportuno introdurre una norma penale che tuteli l'integrità mentale⁴⁶, «che tipizzi le forme di intervento sul sistema nervoso centrale produttive di cambiamenti rilevanti delle funzioni mentali»⁴⁷, a cui la persona è indotta senza il suo consenso. Ovviamente escludendo le forme nosologicamente inquadrare come patologia le quali godono già di una tutela in questo senso. Il riferimento è esclusivo a forme di manipolazioni delle proprie facoltà mentali che di per sé sarebbero meritevoli di attenzione da parte del legislatore al di là degli effetti sortiti sul piano fenomenico. In tal senso vanno viste quelle proposte di legge che sono state avanzate⁴⁸ e che, tra le altre, hanno descritto la manipolazione mentale come «violenza, minacce, mezzi chimici, interventi chirurgici o pratiche psicagogiche di condizionamento della personalità»⁴⁹, tali da porre

⁴³ In Europa, all'interno della cornice lavorativa del NECTAR (Network for European CNS Transplantation and Restoration), nel 1996 venne posto in essere un programma chiamato *Neurosurgical Interventions in Parkinson's Disease* (NIPD), sovvenzionato dalla European Union Biomed 2 program. Lo scopo era lo sviluppo di un nuovo *Core Assessment Program for Surgical Interventional Therapies in PD* (CAPSIT-PD) e di stabilire un registro europeo per i pazienti affetti da PD sottoposti a neurochirurgia funzionale. Il protocollo in questione prevede i criteri di selezione dei pazienti, effettuata da un team multidisciplinare (comprendente «a movement disorder specialist, neurosurgeon, neuropsychologist, psychiatrist, neuroradiologist and nurses») nei centri designati. G.L. DEFER, H. WIDNER, R.M. MARIÈ, P. RÉMY, M. LEVIVIER, R. MARIE, *Assessment Program for Surgical Interventional Therapies in Parkinson's disease (CAPSIT_PD)*, in *Movement Disorders*, Research Gate, 14 (4): 572-584, 1999, Abstract.

⁴⁴ A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, 142 ss.

⁴⁵ A. NISCO, *op. cit.*, 142 ss.

⁴⁶ Si faccia riferimento, in ambito europeo, alla proposta del penalista tedesco Reinhard Merkel volta all'introduzione di un reato a tutela della «autodeterminazione mentale».

⁴⁷ A. NISCO, *op. cit.*, 146 ss.

⁴⁸ Si fa riferimento alla proposta del 2002, Senato della Repubblica, XIV Leg., N. 1777, disegno di legge d'iniziativa della Senatrice Alberti Casellati, comunicato alla presidenza il 16 ottobre 2002; e alla proposta del 2008, Camera dei Deputati, XVI Leg., N. 1644, Proposta di legge del Deputato Renato Farina; Introduzione dell'art. 613-bis del codice penale, concernente il reato di manipolazione mentale, presentata l'11 settembre 2008.

⁴⁹ Si tratta della già citata proposta del 2002, alla quale sono state avanzate una serie di critiche. In primo luogo, appare una «sovrapposizione di mezzi attuativi eterogenei», tra cui la violenza e gli interventi chirurgici; in secondo luogo, la formulazione fa riferimento a condotte indeterminate, come «l'impiego di pratiche psicagogiche», all'interno delle quali in realtà rientrano tutti quei comportamenti che guidano lo sviluppo della personalità. Inoltre, gli eventi descritti sembrano «poco definibili»: si pensi alla «soggezione» ed alla esclusione della «capacità di giudizio». A. NISCO, *op. cit.*, 147 e G. PESTELLI, *Diritto penale e manipolazione mentale: tra vecchi problemi e prospettive de jure condendo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 52, 2009, 1316.

«taluno in uno stato di soggezione tale da escludere la capacità di giudizio» nonché la capacità di «sottrarsi alle imposizioni altrui», allo scopo di «fargli compiere un atto o determinare un'omissione gravemente pregiudizievole»⁵⁰. Nonostante i tentativi a cui si è accennato, nei diretti confronti del neuroenhancement sembra auspicabile una definizione della condotta più puntuale della "eventuale incriminazione", così come dei "mezzi chimici" e degli "interventi chirurgici" a cui si riferiscono genericamente i progetti⁵¹. Ulteriore ambito di tutela del paziente riguarda poi la disciplina del consenso, in cui le circostanze prospettabili sono differenti. Con riferimento ai casi in cui il consenso alle pratiche di neuroenhancement risulti prestato, l'assenza di una normativa ad hoc conduce ancora una volta alla tutela dell'integrità fisica ex art. 5 c.c. In realtà, la norma vieta «atti dispositivi del proprio corpo che ne comportino una diminuzione permanente», ma non fa riferimento all'integrità psichica; a ciò si aggiunga che, anche in un tentativo di estensione del limite ex art. 5 c.c. ai casi in nostra analisi, risulterebbe difficile «stabilire cosa debba intendersi per "diminuzione permanente"» dell'integrità psichica⁵². Dall'altro lato, però, anche nei casi in cui un consenso vi è stato, risulta difficoltoso definirlo «informato» nei confronti delle conseguenze del trattamento, a cui sono «associati cambiamenti della personalità non preventivabili né successivamente controllabili»⁵³. Essendo la DBS una operazione reversibile appare auspicabile una valutazione "volta per volta" delle eventuali suddette violazioni⁵⁴.

4. Gli studi *in itinere*: il potenziamento militare e biologico

Le ricerche tuttora in corso, e ad oggi ancora percepite come utopia, riguardano le tecniche di potenziamento militare, da intendere come l'impiego dell'enhancement per le facoltà passibili di maggior utilizzo in campo bellico (come sopportazione del dolore, velocità nei movimenti e nella corsa, potenza, etc. e l'allungamento della vita. Il settore militare si vede teatro di grandi cambiamenti, imprescindibilmente legati allo sviluppo tecnologico. Basti pensare, a mero titolo esplicativo e senza presunzione di completezza, alle ricerche in itinere poste in essere dalla DARPA (la US Defense Advanced Research Projects Agency), con studi che volgono al potenziamento della forza, dell'attenzione, della memoria, dell'apprendimento, dei cinque sensi⁵⁵. In tali ambiti è auspicabile, se non necessario, che lo sviluppo frenetico della ricerca e della tecnologia vadano di pari passo con l'ossequio dei principi etici e giuridici di rispetto dell'essere umano, il quale troppo spesso brama di raggiungere risultati che esulano dalla sua possibilità biologica, effettuando una valutazione rischi-benefici fallace.

⁵⁰ A. NISCO, *op. cit.*, 147.

⁵¹ Si ricordi inoltre che alle obiezioni presentate alla proposta di introduzione di «una fattispecie di manipolazione mentale», concernenti l'idea che le condotte "consistenti negli interventi chimici o chirurgici" verrebbero punite tramite, ad es. le lesioni personali, si può a ben vedere controbattere che in tal modo non si porrebbe in luce il disvalore autonomo della pratica in questione, a prescindere dagli effetti.

⁵² A. NISCO, *op. cit.*, 145.

⁵³ A. NISCO, *op. cit.*, 145.

⁵⁴ A. NISCO, *op. cit.*, 145-146. Per ciò che concerne i casi in cui un consenso del paziente sia stato prestato a monte di una possibile nuova incriminazione «pare opportuna una disciplina dedicata ai limiti normativi del consenso, che oltrepassi le strettoie dell'art. 5 c.c.». A. NISCO, *op. cit.*, 146-149.

⁵⁵ P. LIN, M.J. M. MEHLMAN, K. ABNEY, *Enhanced Warfighters: Risk, Ethics, and Policy*, The Greenwall Foundation, 2013, 21 ss.

Per ciò che concerne il potenziamento militare, questo deve in primis in ambito internazionale fare i conti con il rispetto dei diritti umani, attestato dal Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani⁵⁶, così come dall'*European Convention on Human Rights* (ECHR)⁵⁷. L'Unione Europea da un lato, e la *European Court of Human Rights* (ECtHR) dall'altro, individuano i membri delle forze armate come "cittadini in uniforme", riconoscendo al contempo le particolari caratteristiche della vita militare, la natura delle attività da questi svolta e il conseguente rischio a cui essi risultano esposti. Iniziando la trattazione in analisi, dunque, sul presupposto del rispetto dei diritti umani nel settore concernente le tecnologie di potenziamento, appare utile analizzare in che modo ed in quale misura tali diritti possono (o risultano) essere effettivamente compressi. Si pensi ad esempio al diritto alla vita, che nel caso di tecnologie potenzianti potrebbe essere violato nel momento in cui l'uso di particolari tecnologie ponga in pericolo di morte il singolo soldato. A tal proposito, si pensi al caso di effetti fatali delle sperimentazioni, o dell'utilizzo del personale militare per test umani per sperimentazioni di cui i soggetti non sono a conoscenza. Il diritto alla vita potrebbe essere leso, inoltre, in maniera indiretta: si pensi alle circostanze di morti provocate da soggetti sotto l'influenza dell'*enhancement*, sia nel corso di esercitazioni che nel caso di operazioni militari⁵⁸.

In ambito internazionale, il Documento della *Greenwall Foundation*, intitolato *Enhanced Warfighters: Risks, Ethics, and Policy* sembra proporre due differenti 'strategie' nei confronti delle sperimentazioni in ambito militare⁵⁹. Da un lato, il documento propone l'applicazione dell'art. 36 del I Protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali: l'articolo «prevede la possibilità di limitare lo studio, l'acquisizione o l'adozione 'di una nuova arma, di nuovi mezzi o metodi di guerra»; tale posizione, se si vuole, propone una analisi della manipolazione dell'integrità psico-fisica del soldato come "nuovo metodo di guerra". Si passerebbe, in tal modo, da una visione microscopica concernente la tecnologia specifica, ad una valutazione "sugli effetti complessivi" delle tecnologie nella loro totalità. Dall'altro lato, il documento suggerisce una considerazione dei soldati potenziati come "armi biologiche", in tal modo vietate dalla *Biological and Toxin Weapons*

⁵⁶ H.A. HARRISON DINNISS, J.K. KLEFFNER, *Soldiers 2.0: Military Human Enhancement and International Law*, in *International Law Studies U.S. Naval War College*, 92, 2016, 452. Approvata e proclamata il 10 dicembre 1948 dall'assemblea generale delle Nazioni Unite, la Dichiarazione si apre con un preambolo che testualmente afferma «che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo». Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, Preambolo.

⁵⁷ H. A. HARRISON DINNISS, J. K. KLEFFNER, *op. cit.*, 453. In italiano Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), firmata dal Consiglio d'Europa nel 1950, è un trattato internazionale rivolto alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali in Europa; la Convenzione ha istituito la Corte europea dei diritti dell'uomo, "volta a tutelare le persone dalle violazioni dei diritti umani". <https://eur-lex.europa.eu> (ultima consultazione 11/12/2018).

⁵⁸ A tal proposito, si pensi al caso *Tarnack Farms friendly-fire incident*, che nel 2002 ha visto dei piloti delle U.S. Air Force F-16 sganciare una bomba su delle truppe canadesi che svolgevano una esercitazione, poiché le credevano *Taliban fighters*. I piloti, durante le investigazioni che hanno seguito l'incidente e le relative procedure disciplinari, hanno dichiarato che i propri superiori li avevano indotti ad utilizzare le anfetamine durante la missione, e che prima dell'incidente avevano assunto *dextroamphetamine*. H.A. HARRISON DINNISS, J.K. KLEFFNER, *op. cit.*, 458.

⁵⁹ P. LIN, M. J. M. MEHLMAN, K. ABNEY, *The Greenwall Foundation, op. cit.*

Convention entrata in vigore il 26 marzo 1975⁶⁰. Tale possibilità di applicazione della Convenzione alle tecnologie da noi esaminate si baserebbe sull'assunto che, «se assumiamo fino in fondo l'idea dell'integrale manipolabilità di qualsiasi specie vivente», non sembrano sussistere ragioni "biologiche" per escluderne gli esseri umani⁶¹. Nel contesto italiano risulta utile fare riferimento al Comitato Nazionale per la Bioetica, il quale, in *Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (enhancement) in ambito militare* del 22 febbraio 2013⁶², ha tratto a nostro avviso conclusioni condivisibili. L'auspicio del Comitato sarebbe rivolto all'attivazione di commissioni di vigilanza e di controllo⁶³, in cui medici esperti possano prendere parte alla tutela del soggetto "chiamato alla sperimentazione", sempre e solo nell'ambito dell'ottimizzazione della performance bio-psicologica personale (e non in quello del potenziamento)⁶⁴.

Per ultimo, le ricerche ed i tentativi di studiosi e ricercatori sulla tanto ambita immortalità, di natura e caratteri disomogenei, appaiono ad oggi ancora in uno stadio iniziale. Per tale ragione, e nello specifico riferimento ad uno solo dei (possibili) metodi oggetto di studio, ancora una volta senza presunzione di completezza, ci si è limitati ad una analisi delle cornici giuridiche riguardanti l'utilizzo di cellule staminali⁶⁵. Nei confronti della ricerca su queste ultime i vari Paesi europei hanno assunto posizioni differenti e diametralmente opposte tra loro. In buona sostanza, l'Europa è spaccata tra gli Stati che «sono contrari alla distruzione di embrioni per la ricerca scientifica», tra cui l'Italia, e quelli che consentono la ricerca sulle cellule staminali soprannumerari. Nei Paesi in cui la ricerca sugli embrioni è permessa, vitale è la sua regolamentazione, così come la previsione di garanzie tanto contro i rischi di sperimentazioni arbitrarie quanto di strumentalizzazione degli embrioni umani. Sempre nei confronti dei soli Stati in cui la ricerca non è vietata, nel 2000 il Parlamento Europeo ed il Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea «hanno raggiunto l'accordo di consentire l'accesso ai fondi del VI Programma-

⁶⁰ La Convenzione prevede due ipotesi: «microbial or other biological agents», o tossine, qualsiasi sia la loro natura o il loro metodo di produzione, «of types and in quantities that have no justification for prophylactic, protective or other peaceful purposes», da un lato, e «weapons, equipment or means of delivery designed to use such agents or toxins for hostile purposes or in armed conflicts» dall'altro. S. AMATO, *Neuroscienze e utilizzazione militare delle ricerche di potenziamento umano*, in *Etica & Politica*, XVI, 2014, 192-195.

⁶¹ S. AMATO, *op. cit.*, 195.

⁶² COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (enhancement) in ambito militare*, 22 febbraio 2016.

⁶³ Tali commissioni pluridisciplinari, ad avviso del Comitato, dovrebbero essere «costituite non solo dai militari» e dovrebbero essere volte a verificare «ai vari livelli l'ottemperanza» ai principi inderogabili ed a controllare i protocolli di sperimentazione, verificando che gli interventi garantiscano «il rispetto dei principi bioetici fondamentali, in particolare la correttezza delle procedure per assumere il consenso informato». COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (enhancement) in ambito militare*, cit., 19.

⁶⁴ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (enhancement) in ambito militare*, cit., 15-17.

⁶⁵ Non è oggetto della trattazione, ad esempio, l'utilizzo degli ormoni (in special modo l'ormone della crescita) a fini di potenziamento biologico, nonostante si possa affermare che l'ormone della crescita dia utile allo scopo di «combattere alcuni dei sintomi concreti associati con la vecchiaia, specialmente con la perdita della massa muscolare». Non essendo a conoscenza degli effetti (anche a lungo termine) dell'uso di tale ormone (si pensa, però, che possa incidere negativamente sul rischio di diabete, ipertensione e «anche alcuni tipi di tumore»), il suo uso «è sotto restrizione nella maggior parte del mondo», e viene approvato solo «in casi specifici di deficit ormonali». S. MACIP, *È possibile frenare l'invecchiamento? La scienza alle frontiere della vita*, Milano, 2016, 81-84.

Quadro anche alle ricerche sulle cellule embrionali»⁶⁶. Il clima di incertezza nei confronti di una posizione univoca riguardo alla ricerca in oggetto si traduce in una richiesta di particolarità «delle misure da adottare in materia di licenze e di controllo da parte delle autorità competenti degli Stati membri» e di «particolari concernenti le autorizzazioni etiche». Inoltre, data anche la constatazione che la maggioranza dei fondi comunitari rivolti alla ricerca sulle cellule staminali (cellule che possono generare altri tipi di cellule) confluisce nei progetti concernenti le cellule staminali adulte (che, cioè, maturando, diventano più selettive nello generare cellule delle varie tipologie e permangono come tali anche in età adulta), una eventuale richiesta di fondi europei per uno studio su quelle staminali embrionali umane (posto che in alternative sono oggetto di studio e ricerca quelle staminali non adulte ma prelevate da embrioni e talora animali) dovrebbe “superare una valutazione scientifica”. A seguito della analisi positiva da parte degli esperti indipendenti del settore, i quali valutano la necessità di utilizzare questo tipo di cellule allo scopo di conseguire gli obiettivi scientifici perseguiti, la proposta diviene oggetto di esame “etico religioso” da parte della Commissione Europea. In tale sede si valuta il rispetto della proposta dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, delle convenzioni internazionali, della Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani dell’UNESCO. Per ultimo, si esamina la conformità della proposta alla normativa degli Stati nei quali verranno poste in essere le ricerche; in questi stessi Stati, la proposta passerà al vaglio dei comitati etici nazionali o locali responsabili⁶⁷.

5. Conclusioni

La disomogeneità delle tipologie di potenziamento non ne permette una cornice normativa unitaria in quanto troppo articolato e complesso nelle sue molteplici sfaccettature e riflessi sulla sfera dei bisogni dell’individuo e della collettività. L’interrogativo che connota e permane al termine di questo studio è se il diritto, che compone e traduce gli aspetti della società in cui affonda le radici, possa essere in grado di rispondere alla spinta tecnologica e dare, in questo senso, una risposta alla necessità di regolamentazione dell’impiego dell’*enhancement* che, contrariamente a quanto si possa immaginare, si sostanzia in molti usi e costumi dei nostri tempi. È opportuno auspicare che lo sviluppo frenetico della ricerca e delle scoperte scientifiche vadano di pari passo con l’ossequio dei principi etici e giuridici di rispetto dell’essere umano, in particolar modo, dato il settore in analisi, della regolamentazione

⁶⁶ Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica, vol. III, Napoli, 2010, 137 ss.

⁶⁷ Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica, cit., 139-141.

giuridica della sperimentazione umana⁶⁸ e del consenso informato⁶⁹. Tuttavia è più probabile che il diritto acquisisca quella duttilità e tempestività che consenta di stare dietro al progresso scientifico. Per consentire ciò si può pensare all'istituzione di un *body* europeo interdisciplinare (un *working group* o un comitato temporaneo istituito dal Parlamento europeo) in seno al quale monitorare le differenti tipologie di nuove tecnologie allo scopo di svolgere una valutazione sull'impatto politico, legale, etico, sociale, di sicurezza e di valutare l'efficacia, i rischi, i limiti delle tecnologie in una ottica *case by case*. Ciò sarebbe indispensabile ai fini del rispetto del diritto alla salute, della Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948, e quindi del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, sempre e comunque in ossequio all'articolo 2 della Convenzione di Oviedo del 1997. Tale Convenzione, infatti, *quasi-ratificata* dall'Italia nel 2001 con la legge n. 145 di autorizzazione alla ratifica ma in carenza del successivo deposito dello strumento di ratifica in seno al Consiglio d'Europa⁷⁰, sancisce il primato dell'essere umano nei confronti della scienza, afferma la necessità di tutela della sua dignità e della sua identità, e garantisce «il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina» (articolo 1).

⁶⁸ Questa è «l'attività mirata a provare sull'uomo nuove terapie medico-chirurgiche, nuovi farmaci, nuove tecniche di diagnosi e cura in genere», volta a contribuire «al progresso della scienza medica». Tali trattamenti si pongono in essere «nella ignoranza o quantomeno incertezza dei risultati finali». In materia, il Regolamento UE n. 536/2014, con la sua diretta applicazione, ha uniformato le procedure dei singoli stati a tutela dei diritti, della sicurezza, della dignità e del benessere dei soggetti, con lo sguardo rivolto alla produzione di «dati affidabili e robusti». In Italia, il quadro normativo è il seguente: da un lato, il paziente gode del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*; dall'altro, la collettività vanta un «interesse al progresso scientifico nella prospettiva della tutela della salute quale bene di tutti», anch'esso riconducibile all'*art. 32 Cost.* L'interesse della collettività, a ben vedere, non può «mai giustificare il sacrificio dell'interesse individuale in assenza della prestazione valida, libera e spontanea del consenso (in forma scritta) quale indefettibile presupposto di liceità per l'applicazione di un trattamento sperimentale». Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica, cit., 751-762.

⁶⁹ Lo stesso principio del consenso, tuttavia, in special modo nel caso in cui la sperimentazione in analisi sia di «pura scienza», «si scontra con il pericolo di diminuzione permanente della integrità fisica che l'*art. 5 c.c.* pone a limite della validità degli atti di disposizione del corpo». La lettura dell'articolo in questione alla luce del principio di solidarietà costituzionale potrebbe giustificare gli atti di disposizione del corpo che presentino un pericolo di menomazione permanente all'integrità fisica tramite l'*art. 2 Cost.*, in presenza di «una valida espressione di volontà», «nel rispetto di precisi limiti oggettivi (oltreché, s'intende, in presenza di una corretta valutazione della proporzionalità rischi/benefici)». Tale principio, tuttavia, non è applicabile ai casi di atti dispositivi del corpo in vista di un compenso, né ai casi di «sperimentazione non terapeutica». Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica, cit., 762-765.

⁷⁰ S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in www.forumcostituzionale.it, dicembre 2007.

Tecniche “nuove”, obblighi “nuovi”?

La CGUE in «riscrittura giudiziaria» della direttiva n. 18/2001 CE.

Nota a *Confédération paysanne v. Ministre de l’Agriculture* (C-528/16)

Elisa Spiller*

IS THE RIGHT TIME TO EXTEND OLD REQUIREMENTS TO NEW TECHNIQUES? THE EUCJ JUDICIAL «RE-WRITING» OF THE DIRECTIVE 2001/18/EC. A REPORT OF THE DECISION *CONFÉDÉRATION PAYSANNE V. MINISTRE DE L’AGRICULTURE* (C-528/16)

ABSTRACT: This note aims to offer an insightful reading about the decision of the european court of justice in case *confédération paysanne v. Ministre de l’agriculture* (c-528/16). It focuses on the reasons why the court extended the security measures provided by dir. Ce 2001/18 even to some new methods of mutagenesis; techniques used to make certain rape varieties herbicide-tolerant. In particular, this writing would highlight how the court used the precautionary principle to offer some a new guidance for the interpretation of this directive, such as for the other regulations related to the gmo discipline.

KEYWORDS: directive CE/2001/18; precautionary principle; mutagenesis; conflict between national law and EU law; discretionary powers of the national legislator transposing EU law

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il caso *Confédération Paysanne c. Ministre de l’Agriculture* – 3. Tecniche “nuove”, obblighi “nuovi”? Il valore nomofilattico del principio di precauzione e i margini di discrezionalità di cui gode il legislatore nazionale – 4. Considerazioni conclusive. Una «riscrittura giudiziaria» della direttiva?

1. Introduzione

Con il rinvio pregiudiziale sul caso *Confédération Paysanne c. Ministre de l’Agriculture* (C-528/16) il Consiglio di Stato francese si è rivolto alla Corte di Giustizia dell’Unione europea (CGUE) per chiarire se il regime giuridico previsto dalla direttiva 18/2001(CE) potesse essere applicato anche ad alcune nuove tecniche di mutagenesi *in vitro*.

In attuazione di quanto stabilito dall’art. 114 TFUE, tale direttiva indica le procedure necessarie ad autorizzare l’immissione nell’ambiente di nuovi organismi geneticamente modificati¹ e subordina la loro diffusione a delle specifiche valutazioni di rischio.

La mutagenesi convenzionale, così come altri metodi, è in grado di determinare delle modificazioni genetiche diverse da quelle che si ottengono in natura (art. 2, n. 2, dir. 18/2001). Tuttavia, dal mo-

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi di Padova. L’Autrice ringrazia sentitamente i referees per i loro preziosi commenti. Mail: elisa.spiller@unipd.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ D’ora in poi indicato anche in forma abbreviata con l’acronimo *Ogm*.

mento che queste tecniche tradizionalmente non richiedono particolari conoscenze di ingegneria genetica, l'art. 3, § 1 e l'all. I-B della direttiva in esame, prevedono che tali procedure siano escluse dall'ambito di applicazione di tale normativa.

Con il tempo, però, i processi mutageni *in vitro* hanno profondamente innovato la natura dei metodi storici, evidenziando nuovi potenziali di rischio molto simili a quelli legati all'utilizzo di pratiche più invasive.

Ciò non di meno, alla luce del dato normativo, formalmente questi trattamenti innovativi non sono soggetti alle valutazioni cui sono sottoposte le altre tecniche, dal momento che, appunto, ormai vent'anni fa, la mutagenesi era stata esclusa dall'ambito di applicazione della dir. 18/2001(CE).

Alla Corte di giustizia dunque, nello specifico, è stato chiesto di stabilire se, alla luce del principio di precauzione, il regime derogatorio previsto da tale direttiva per le tecniche mutagene potesse considerarsi ancora valido e di chiarirne il perimetro di applicazione rispetto alle pratiche *in vitro*.

2. Il caso *Confédération paysanne v. Ministre de l'Agriculture*

Per comprendere meglio la portata della pronuncia in epigrafe è utile ricostruire brevemente la vicenda giurisprudenziale che vi ha dato luogo e il quadro normativo cui in essa si fa riferimento.

Il rinvio pregiudiziale origina da un ricorso promosso di fronte al Consiglio di Stato francese il 12 marzo 2015². All'epoca, alcuni sindacati agricoli e delle associazioni attive per tutela dell'ambiente avevano chiesto al Primo ministro di prendere provvedimenti proprio rispetto alla disciplina delle nuove tecniche mutagene. Nello specifico, i ricorrenti avevano presentato al Capo dello Stato tre diverse richieste. Come prima pretesa, avevano chiesto l'abrogazione dell'art. D-531-2 del Codice dell'ambiente francese; in secondo luogo, avevano sollecitato un'istanza per vietare la produzione e la commercializzazione di alcune varietà di colza rese resistenti agli erbicidi con trattamenti di mutagenesi *in vitro*; da ultimo, avevano promosso di adottare, a pena di sanzione pecuniaria, tutte le misure necessarie ad attuare una moratoria per questo genere di prodotti.

Avendo tuttavia ottenuto un tacito rifiuto a queste loro richieste, si erano allora rivolti ai giudici amministrativi, nel tentativo di dimostrare la pericolosità dei metodi contestati e di ottenere così l'emendamento della relativa normativa attraverso una pronuncia di legittimità.

Per cogliere il contenuto di tali rimostranze, tuttavia, è opportuno riprendere brevemente alcuni particolari rilievi scientifici posti dai ricorrenti a fondamento delle loro pretese.

Quando si accenna alla mutagenesi³, infatti, si identificano un insieme di processi chimico-fisici che sono in grado di indurre una mutazione genetica in un certo organismo. Tra le diverse tecniche si distinguono quelle di mutagenesi c.d. casuale da quelle c.d. sito-specifiche: le prime sono le più risalenti e permettono di intervenire *in vivo* su piante intere, determinando un aumento significativo delle

² Consiglio di Stato (*Conseil d'État*), ricorso n. 388649 del 12 marzo 2015, *La Confédération Paysanne, Le Réseau Semences Paysannes, Les Amis de la Terre France, La Collectif Vigilance Ogm et Pesticides 16, Vigilance OGM, CSFV 49, OGM Dangers, Vigilance OGM 33, la Fédération Nature et Progrès c. Premier Ministre* (disponibile a questo [link](#), ultima visita il 15.1.19).

³ I riferimenti scientifici riportati, qui e in seguito, attingono dagli argomenti riportati nel ricorso ai §§ 23-24 e, più in generale, in F. MORETTI, *Mutagenesi (ad vocem)*, in *Dizionario di medicina*, Enciclopedia Treccani Online, 2010 (disponibile a questo [link](#), ultima visita il 15.1.19).

mutazioni rispetto a quanto avviene in natura; le seconde, invece permettono di modificare il DNA in modo selettivo, causando una specifica mutazione manipolando *in vitro* il singolo gene e reinserendolo nella cellula.

I rischi di queste nuove tecniche mutagene, secondo i ricorrenti, sarebbero assai diversi da quelli tipici delle applicazioni più convenzionali. In particolare, intervenendo in modo incisivo e mirato sulla struttura genetica delle cellule, questi metodi sarebbero in grado di determinare effetti non dissimili da quelli prodotti dalle applicazioni di ingegneria genetica, dando luogo in astratto ad analoghe fonti di pericolo per l'ambiente e per la salute delle persone⁴.

Riscontrando queste criticità, tuttavia, i ricorrenti avevano dovuto constatare come sul piano del diritto, in Francia, le tecniche in questione – convenzionali o innovative che siano – godono di un particolare regime d'eccezione e risultano così esenti dagli obblighi di sicurezza normalmente previsti per altri metodi.

Recependo i contenuti della dir. 18/2001(CE), l'art. D-531-2 del Codice dell'ambiente dispone infatti che i processi di mutagenesi, in generale, siano da considerarsi in deroga alla normale disciplina sugli Ogm poiché, a norma del precedente art. D-531-1, non rientrano nella definizione giuridica di “tecniche di modificazione genetica” rilevante ai fini della normativa.

A fronte del diniego conseguito in prima istanza, il Consiglio di Stato, conoscendo di queste censure in appello, si era trovato così a decidere su un insieme di questioni assai complesse.

Visto lo stretto rapporto tra i contenuti della normativa nazionale e le indicazioni della direttiva comunitaria, erano emersi preliminarmente tre diversi ordini di problemi, legati soprattutto alla validità e alla corretta interpretazione della disciplina europea e – solo di conseguenza – del diritto interno.

Innanzitutto, considerando la natura recettiva dell'art. D-531-2 del *Code de l'environnement*, i giudici amministrativi si erano soffermati sui contenuti e sui concetti propri della dir. 18/2001(CE).

Analizzando attentamente la definizione fornita da tale normativa, si era osservato come questa disciplina consideri Ogm ogni «*organismo [...] il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto avviene in natura*» (ex art. 2, n. 2); una nozione che quindi, apparentemente, si sarebbe prestata ad includere tutte le tecniche idonee a produrre tale risultato⁵.

⁴ Le varietà geneticamente modificate con questi metodi, infatti, una volta introdotte nell'ecosistema, possono provocare la comparsa di erbe infestanti che hanno acquisito il gene resistente all'erbicida, con la prima conseguenza di aumentare le quantità e i tipi di diserbanti necessari per trattarle. A ciò si aggiungono però ulteriori possibili rischi come, ad esempio, i possibili effetti di contaminazione involontaria rispetto ad altre specie o l'accumulo di molecole cancerogene e di interferenti endocrini in piante coltivate e destinate all'alimentazione umana o animale.

⁵ In particolare, l'art. 2, n. 2, dir. 18/2001(CE), oltre a fornire una definizione generale di Ogm, specifica inoltre che ai fini di tale nozione, producono tali modificazioni *almeno* le tecniche indicate all'all. I-A, parte I. Non danno luogo a simili risultati, invece, quelle contenute nell'all. I-A, parte II. Solo queste ultime sono da considerarsi pratiche che *non* danno luogo a modificazione genetica. Al contrario – come si vedrà poi diffusamente – i trattamenti che figurano nell'all. I-B, a tutti gli effetti, sono idonee a produrre modificazioni genetiche rilevanti ai fini dell'art. 2, n. 2 ma, a motivo di alcune particolari caratteristiche, godono di un regime derogatorio.

Riguardo alla mutagenesi, tuttavia, l'art. 3, § 1 e l'all. I-B della stessa direttiva dispongono un particolare regime derogatorio, a condizione che tali trattamenti non comportino però l'utilizzo di tecniche diverse da quelle ivi esentate (o comunque di altre applicazioni di ingegneria genetica)⁶.

Comparando le disposizioni originali e il loro recepimento all'interno del diritto francese, i giudici amministrativi avevano quindi notato come la scelta operata dal legislatore nazionale, pur realizzando in concreto il regime derogatorio, poggiasse su una diversa scelta di qualificazione. L'art. D-531-2, infatti, avrebbe escluso categoricamente la mutagenesi dal novero delle tecniche indicate dall'art. 2, n. 2 della direttiva; e questo a prescindere dalle indicazioni tecniche specificate dall'all. I-B⁷.

Il Consiglio di Stato aveva evidenziato, inoltre, come in questo modo i contenuti dell'art. D.531-2 si sarebbero trovati in contrasto anche con quanto previsto dall'art. 4, dir. 53/2002(CE), relativa al catalogo comune delle piante agricole. Tale norma dispone infatti che le varietà geneticamente modificate per essere ammesse a tale albo devono essere oggetto di adeguate precauzioni, necessarie ad evitare effetti nocivi per la salute umana e per l'ambiente. Ai fini di detta normativa, tuttavia, sono sottoposte a questi vincoli, *tutte* le tecniche che producono Ogm, apparentemente senza le distinzioni previste dall'art. 3, § 1, dir. 18/2001(CE)⁸.

In definitiva, il Codice dell'ambiente, escludendo le tecniche mutagene dai sistemi di modificazione genetica rilevanti ai fini della sua applicazione (ed esentandole così ai relativi obblighi⁹) si sarebbe trovato così in conflitto con entrambe queste previsioni e ci si era chiesti, dunque, se una simile trasposizione fosse coerente con quanto previsto originariamente dal diritto europeo (specialmente con riferimento agli artt. 2, n. 2 e 3, § 1 in combinato disposto con l'all. I-B, dir. 18/2001(CE) e, *de residuo*, art. 4, dir. 53/2002 (CE))¹⁰.

Infine, considerando soprattutto i recenti sviluppi delle tecniche *in vitro*, nell'analisi svolta dal *Conseil d'État* era emerso un ulteriore profilo critico legato, in particolare, a quanto suggerito dal principio di precauzione.

Tale argomento, invero, era stato affrontato da una duplice prospettiva, poiché ci si era trovati a decidere di un principio che gode di particolare rilevanza sia nell'ambito del diritto francese, sia all'interno dell'ordinamento comunitario. La tradizione giuridica d'oltralpe, infatti, trova nell'approccio precauzionale uno dei capisaldi della propria legislazione ambientale, tanto che questi fondamenti, dal 2005, godono di uno specifico valore costituzionale¹¹. Analogamente, seppur con

⁶ Come si legge, infatti, all'inizio dell'all. I-B, tali tecniche godono della deroga solo «a condizione che non comportino l'impiego di molecole di acido nucleico ricombinante o di organismi geneticamente modificati diversi da quelli prodotti mediante una o più tecniche oppure uno o più metodi elencati» nello stesso allegato.

⁷ Consiglio di Stato (*Conseil d'État*), ricorso n. 388649, cit., §§ 5 e 13.

⁸ Letteralmente, l'art. 4, dir. 53/2002(CE) si riferisce alle definizioni fornite dalla precedente disciplina; quella contenuta all'art. 2, §§ 1-2, dir. 220/90(CEE). Tali disposizioni, a differenza del regime definito dagli artt. 2, n. 2 e 3, § 1, dir. CE 2001/18, non prevedevano alcuna eccezione per le tecniche di mutagenesi. Nella successione tra le due normative dunque (la dir. 18/2001(CE), infatti, abroga la dir. 220/90(CEE)) è sorto un dubbio circa la portata degli obblighi della dir. CE 2002/53, a motivo delle possibili ambiguità delle definizioni cui richiama.

⁹ Consiglio di Stato (*Conseil d'État*), ricorso n. 388649, cit. §§ 6-7.

¹⁰ *Ibidem*, §§ 8 e 14.

¹¹ *Ibidem*, §§ 12, 15-21. In particolare, il *Conseil d'État* richiamandosi ai diversi riferimenti normativi cui in materia attinge l'ordinamento francese, richiama quanto previsto dall'art. 5 della Carta dell'ambiente (atto, a seguito di quanto già previsto dall'art. L-110-1 del *Code de l'environnement*, dal 2005 ha valore costituzionale, come

qualche differenza, a livello europeo, dal Trattato di Maastricht in poi, questo criterio è entrato a far parte anche del c.d. *acquis* comunitario ed oggi trova esplicito riconoscimento all’art. 191, § 2, TFUE come principio generale¹².

Alla luce di tutte queste considerazioni, quindi, nonostante l’art. D.531-2 del Codice dell’ambiente realizzasse il regime indicato dalla dir. 18/2001(CE), secondo il Consiglio di Stato, la scelta qualificatoria operata dal legislatore nazionale avrebbe destato non poche perplessità, poiché sarebbe andato genericamente ad escludere obblighi di garanzia assai importanti per delle tecniche che, allo stato dell’arte, forse avrebbero richiesto maggiori accorgimenti.

Soprattutto rispetto al valore primario accordato al principio di precauzione nell’ordinamento francese, si era così avvertito come le tante questioni emerse, seppur legate a quanto previsto dalla dir. 18/2001(CE), fossero destinate ad avere importati rivolti anche sul diritto costituzionale interno¹³.

Per questo motivo i giudici amministrativi si sono rivolti alla Corte di giustizia con l’obiettivo di ottenere pronti chiarimenti sulla validità e l’interpretazione dagli artt. 2, n. 2 e 3, § 1 (e all. I-B) della dir. 18/2001 e sulla corretta lettura dell’art. 4, dir. 53/2002 alla luce della *ratio* precauzionale, mettendo però al contempo in luce i diversi ordini di criticità legati all’intersezione dei diversi piani di diritto.

3. Tecniche “nuove”, obblighi “nuovi”? Il valore nomofilattico del principio di precauzione e i margini di discrezionalità di cui gode il legislatore nazionale

Rispetto a quanto rappresentato, la Corte di giustizia dapprima si è concentrata sui criteri per qualificare la mutagenesi *in vitro* all’interno della dir. 18/2001(CE), così da poterne determinare poi il relativo regime giuridico.

parte integrante del *bloc de constitutionalité*; rif. *LOI constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l’environnement*, disponibile a questo [link](#), ultima visita il 15.1.19), il protocollo di Cartagena sulla biosicurezza del 2003 e il principio di precauzione come codificato dall’art. 191, § 2, TFUE.

¹² Questo principio è entrato a far parte prima dell’*acquis* comunitario e poi, a tutti gli effetti, del diritto dei Trattati a partire dal Trattato di Maastricht (art. 174). Il suo recepimento a livello comunitario si deve in particolare modo all’elaborazione che di questo principio anno offerto il *Code de l’environnement* francese e la giurisprudenza tedesca. In dottrina, in particolare, per il principio di precauzione si rinvia a: A. KISS, D. SHELTON, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, 1997, 40 ss.; P. DELL’ANNO, *Principi del diritto dell’ambiente europeo e nazionale*, Milano, 2004, 89 ss.; R. GIUFFRIDA, *Diritto europeo dell’ambiente*, Torino, 2012, 39 ss.; L. KRAMER, *EU Environmental Law*, Londra, 2016 (capitolo 1). Più nello specifico, rispetto al principio di precauzione nella disciplina degli Ogm, si richiamano, *ex multis*, F. GIAMPIETRO, *Rischio ambientale e principio di precauzione nella direttiva sugli OGM*, in *Ambiente*, 2001, 951 ss.; G.F. FERRARI, *Biotechnologie e valori costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2002, 1571; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, 2004, 203ss; G. GALASSO, *Il principio di precauzione nella disciplina degli Ogm*, Milano 2006; K. MORROW, *Genetically Modified Organisms and Risk*, in L. BUDIGUEL, M. CARDOWELL (a cura di), *The Regulation of Genetically Modified Organisms – Comparative Approaches*, Oxford, 2010, 62 ss.; A. RINELLA, C. PUNGITORE, *Organismi geneticamente modificati. Profili di diritto comparato ed europeo*, Bologna, 2015, 59 ss.

¹³ Secondo l’art. 88-1 della Costituzione francese, infatti, il diritto comunitario ha prevalenza sul diritto nazionale ma, nell’ipotesi in cui insorgano possibili conflitti tra i principi interni e la normativa europea, i giudici amministrativi sono tenuti a verificare se a livello sovranazionale sia garantita adeguata tutela di quei principi, rivolgendosi alla Corte di giustizia. (Consiglio di Stato (*Conseil d’État*), ricorso n. 388649, cit. § 16).

Si è tornati così all'*iter* argomentativo svolto dal giudice del rinvio, analizzando innanzitutto con particolare attenzione quanto previsto dall'art. 2, n. 2 della disciplina europea con riferimento alla definizione di Ogm.

In tal senso, i giudici lussemburghesi hanno osservato come, alla luce del dato normativo, sia le tecniche mutagene tradizionali sia quelle più innovative possano rientrare a tutti gli effetti nel perimetro tracciato dalla disposizione in esame. In generale, infatti, la mutagenesi identifica dei processi in grado di determinare mutazioni genetiche in modo diverso da quanto avviene in natura (se non altro incrementandone la frequenza in modo non casuale) e, pertanto, non può non rientrare tra i protocolli rilevanti ai fini della normativa¹⁴.

Tali processi, dunque, risultano esenti dagli obblighi di precauzione normalmente previsti (art. 4) non in ragione di una loro differenza qualitativa¹⁵ ma solo a motivo del regime derogatorio previsto dall'art. 3, § 1 e dal richiamato all. I-B.

Secondo la Corte, peraltro, la menzione di tali tecniche in quest'ultimo documento, è condizionata non solo – e non tanto – dal fatto che queste «*non comportino l'impiego di molecole di acido nucleico ricombinante o di organismi geneticamente modificati prodotti con tecniche o metodi diversi da quelli esclusi dall'all. I-B*», ma soprattutto dal fatto che siano convenzionalmente utilizzate con una ormai lunga tradizione di sicurezza (cons. 17)¹⁶.

A tal proposito – sottolineano i giudici europei – ad una lettura sistematica della direttiva non si può non rilevare come l'intera architettura regolatoria si regga sul principio di precauzione¹⁷; norma che trova puntuali richiami in diversi passaggi del testo e che traspone nello specifico quello che a tutti gli effetti è un fondamento del diritto comunitario dell'intera materia¹⁸.

In quest'ottica, dunque, quanto previsto dall'art. 3, § 1, dir. 18/2001(CE) rappresenta un'eccezione rispetto alla normale disciplina e, in quanto tale, deve essere interpretato in termini restrittivi¹⁹, a seconda del contesto, degli scopi e dei fini cui la normativa fa riferimento²⁰.

Tutto ciò considerato, non si può trascurare come da un punto di vista cronologico le nuove tecniche in questione si sono affermate in un momento successivo all'adozione della direttiva e, pertanto, non potevano rientrare negli scenari considerati dal legislatore dell'epoca²¹. E a ciò si aggiunge che sul piano formale il testo della disciplina, rispetto alla mutagenesi, comunque si limita ad offrire un ac-

¹⁴ CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, *Confédération Paysanne c. Ministre de l'Agriculture* (C-528/16), §§ 28-29.

¹⁵ Come accade invece per le tecniche indicate dall'art. 2, n. 2, lett. b) in combinato disposto con l'all. I-A, parte II; tecniche che *non* danno luogo ad una modificazione genetica diversa da quella che si ottiene in natura.

¹⁶ Sentenza *Confédération Paysanne*, § 46.

¹⁷ *Ibidem*, § 50.

¹⁸ F. GIAMPIETRO, *Rischio ambientale e principio di precauzione nella direttiva sugli OGM*, in *Ambiente*, 2001, 951 ss.; G.F. FERRARI, *Bioteχνologie e valori costituzionali*, cit., 1572.

¹⁹ CGUE, sentenza del 17 aprile 2018, *Commissione/Polonia* (Foresta di Białowieża) (C-441/17) § 189; sentenza del 21 luglio 2016, *Orleans e a.* (C-387/15 e C-388/15) § 60; sentenza del 14 gennaio 2016, *Grüne Liga Sachsen e a.* (C-399/14) § 73; sentenza del 16 aprile 2012, *Solvay e a.* (C-182/10) § 73; sentenza del 20 settembre 2007, *Commissione/Italia* (C-304/05) § 82.

²⁰ CGUE, sentenza del 27 aprile 2017, *Pinckernelle* (C-535/15) § 31.

²¹ Sentenza *Confédération Paysanne*, §§ 47-48.

cenno molto generale, senza permettere di capire quindi *per tabulas* quali tecniche nello specifico si intendessero effettivamente escluse²².

Alla luce di queste premesse, la Corte sottolinea come un’interpretazione del regime derogatorio che escludesse dall’ambito di applicazione della direttiva *tutti* gli organismi ottenuti mediante mutagenesi senza alcuna distinzione di rischio, finirebbe col pregiudicare l’obiettivo di tutela perseguito dalla normativa medesima, violando il principio di precauzione cui essa tende a dare attuazione²³.

Pertanto – secondo il Collegio – quanto previsto dall’art. 3, § 1 e dall’all. I-B, dir. 18/2001(CE) deve essere interpretato nel senso che «*sono esclusi dall’ambito di applicazione della direttiva in parola solo gli organismi ottenuti con tecniche o metodi di mutagenesi utilizzati convenzionalmente in varie applicazioni con una lunga tradizione di sicurezza*»²⁴.

Orientandosi verso simili conclusioni, dunque, la Corte ha ammesso implicitamente la possibilità di estendere in via interpretativa gli obblighi e le valutazioni di impatto per tutte le nuove tecniche che non presentino tali caratteristiche.

La regola così enunciata è stata poi prontamente utilizzata per rispondere anche alla seconda questione del rinvio; quella relativa all’art. 4, dir. 53/2002(CE) sul catalogo comune delle piante agricole. I giudici europei, infatti, sottolineano come, i concetti richiamati da tale norma siano quelli oggi codificati dalla dir. 18/2001(CE)²⁵. Poiché, dunque, entrambe queste discipline si richiamano alle medesime definizioni e perseguono gli stessi obiettivi, i criteri interpretativi adottati per quest’ultima si possono utilizzare anche per chiarire la portata della prima²⁶. Pertanto, con riferimento al caso di specie, la soluzione ermeneutica suggerita per la mutagenesi *ex art. 3, § 1* (e all. I-B) vale anche per definire la portata degli obblighi previsti ai fini dell’ammissione nel catalogo comune, lasciando così escluse dagli oneri precauzionali solo le tecniche utilizzate con una lunga tradizione di sicurezza²⁷.

Chiarite queste prime due questioni, ne rimaneva una terza.

Il Consiglio di Stato aveva proposto un ulteriore quesito legato ai margini di discrezionalità concessi al legislatore nazionale nell’attuazione della dir. 18/2001(CE) e, in particolare, alla possibilità di rafforzare le garanzie suggerite dal principio di precauzione a livello statale.

A prescindere dalla soluzione adottata per la mutagenesi sito-diretta, infatti, considerando il regime previsto dalla normativa comunitaria, il giudice del rinvio aveva osservato come, secondo quanto previsto dall’art. 3, § 1 della direttiva, alcune tecniche sarebbero rimaste comunque escluse dall’ambito di applicazione della disciplina comune e così sprovvisti delle relative garanzie. Ci si era chiesti dunque se rispetto ai protocolli oggetto di tali deroghe, il legislatore statale potesse eventualmente prevedere ulteriori misure di tutela seguendo un approccio più garantista o se, invece, quanto previsto a livello europeo dovesse considerarsi a tutti gli effetti esaustivo.

La Commissione, in sede di discussione, aveva sottolineato come il problema così accennato avesse di per sé carattere meramente teorico e, pertanto, fosse da considerarsi irricevibile. A ben vedere, infatti, la questione era focalizzata sul diritto interno (e non anche su quello europeo) e così si intrave-

²² *Ibidem*, §§ 43-44.

²³ *Ibidem*, § 53.

²⁴ *Ibidem*, § 54.

²⁵ *Ibidem*, §§ 57-60.

²⁶ *Ibidem*, § 65.

²⁷ *Ibidem*, 68.

deva il rischio che il rinvio pregiudiziale su questo punto avesse come principale obiettivo solo quello di forzare il legislatore nazionale ad adottare tutele differenziate²⁸.

In risposta a questa preliminare censura, tuttavia, la Corte ha sottolineato come ogni questione che interessi l'interpretazione del diritto europeo goda di una presunzione di rilevanza²⁹ e sul punto ha chiarito quanto segue.

Mettendo a confronto i contenuti della dir. 18/2001(CE) con quanto previsto dall'art. D-531-2 del Codice dell'ambiente francese, quest'ultima norma si sarebbe trovata in contrasto con il principio di precauzione soprattutto per quanto *non* aveva previsto³⁰. In altri termini, si sarebbe trattato di conflitto negativo, legato alla mancata disciplina di una fattispecie per cui la normativa europea comunque nulla ha deciso.

La Corte, dunque, ha stabilito che per quanto il diritto comunitario non dispone, gli Stati membri sono liberi di intervenire in modo autonomo, estendendo gli adempimenti previsti a livello sovranazionale o introducendone di diversi³¹.

Tali interventi, tuttavia, trovano un unico limite di coerenza, ossia i principi che informano la cornice normativa entro cui essi stessi si collocano.

Con riferimento alla dir. 18/2001(CE), pertanto, il legislatore statale potrà imporre oneri e differenziazioni solo e nella misura in cui questi non contrastino con gli obblighi previsti dalla direttiva medesima, così come con quanto previsto per promuovere la libera circolazione delle merci (artt. 34-36 TFUE) e in generale dagli altri obblighi contemplati dal diritto comunitario³².

Al termine di questa argomentazione, dunque, la Corte ha dimostrato come gli artt. 2, n. 2 e 3, § 1 (e all. I-B) della dir. 18/2001(CE), se interpretati alla luce di quanto previsto dal principio di precauzione, risultino perfettamente in linea con gli obiettivi della direttiva stessa, così come con quanto previsto dagli artt. 114 e 191, § 2, TFUE.

4. Considerazioni conclusive. Una «riscrittura giudiziaria» della direttiva?

Sebbene rimangano ancora alcuni punti critici, lo scenario che si apre all'esito della sentenza *Confédération Paysanne c. Ministre de l'Agriculture* sembrerebbe proporre un quadro normativo chiarificato nei suoi valori fondamentali.

Facendo leva sul principio di precauzione, la Corte di giustizia è intervenuta sui presupposti applicativi della dir. 18/2001(CE) in modo molto incisivo, ragionando soprattutto sulla tradizione di sicurezza delle diverse tecniche ivi considerate³³. In questo modo, la pronuncia è giunta così ad estendere gli obblighi previsti da tale normativa anche a metodi che formalmente avrebbero potuto rimanerne esclusi, riaffermando la centralità di un approccio cautelativo per le applicazioni dei protocolli di ultima generazione.

²⁸ *Ibidem*, § 71.

²⁹ *Ibidem*, § 73.

³⁰ *Ibidem*, § 70.

³¹ *Ibidem*, § 78.

³² *Ibidem*, § 80.

³³ Sentenza, *Confédération Paysanne*, §§ 53-54.

Guardando ai criteri di qualificazione suggeriti dalla disciplina, dunque, i giudici europei sembrano aver preso le distanze da una lettura meramente didascalica del testo, accogliendo invece una chiave di interpretazione sostanzialista orientata a promuovere in modo più effettivo i fini e gli obiettivi della regolamentazione di questa materia.

La scelta di rileggere la direttiva in parola e i contenuti dell’art. 3, § 1 e dell’all. I-B alla luce di quanto previsto dal cons. 17 va quindi osservata in questa prospettiva.

Escludendo la possibilità di intendere tali norme come una deroga rivolta a *tutte* le tecniche di mutagenesi senza distinzione di rischio, la Corte sembra guardare alle valutazioni di impatto come misure di cautela minime; un imprescindibile corollario ad una concreta applicazione della disciplina³⁴. In tal senso, la possibilità di includere anche tecniche nuove parrebbe quindi una scelta dettata da un criterio di ragionevolezza, da una valutazione di proporzionalità implicita nella logica precauzionale della normativa stessa³⁵.

E tali argomentazioni non sarebbero limitate alla sola dir. 18/2001(CE).

Considerando quando la sentenza afferma con riferimento all’attuazione della dir. 53/2002(CE)³⁶, questi criteri sembrano acquisire valore anche con riferimento ad altre altre fonti, ammettendo così l’estensione della *ratio* e della portata di questa decisione alle diverse legislazioni che si rifanno ai principi e ai contenuti della direttiva Ogm.

Tuttavia, rispetto alla giurisprudenza degli ultimi anni³⁷, la soluzione qui proposta si è rivelata per molti inattesa, tanto da far emergere perplessità di diversa natura.

In primo luogo, interpretando gli obblighi e la portata della dir. 18/2001(CE) in termini estensivi e garantistici, la decisione della Corte da più parti è stata avvertita come una sorta di «riscrittura giudiziaria»³⁸ della disciplina.

Soprattutto Oltreoceano, si è sottolineato come le conclusioni così raggiunte se, da un lato, hanno avuto come effetto quello di consolidare la tenuta interna della direttiva in parola, dall’altro potrebbero creare grande confusione circa i suoi criteri applicativi³⁹. I diversi operatori, infatti, messi di fronte ad un orientamento di principio, si troverebbero a dover determinare di volta in volta se le tecnologie di cui si avvalgono rientrano o meno nel perimetro tracciato dalla sentenza, senza poter più confidare nella chiarezza del testo normativo.

A ciò si aggiunge un secondo ordine di perplessità.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Criteri e principi che in molti casi segnano un termine di comparazione per inquadrare la portata delle decisioni su queste materie come sottolineato, *inter alios*, anche in G.F. FERRARI, *Biotechnologie e valori costituzionali*, cit., 1576-1577 e in A. STEFANINI, *Gli OGM e i diritti fondamentali*, in C. CASONATO, M. BERTI (a cura di), *Il diritto degli OGM tra possibilità e scelta*, cit., p. 59.

³⁶ CGUE, sentenza, *Confédération Paysanne*, § 68.

³⁷ CGUE, sentenza del 13 settembre 2017, *Fidenato* (C-111/16); sentenza 6 settembre 2012, *Pioneer Hi Bred Italia Srl v. Italia* (C-36/11); sentenza 13 settembre 2007, *Land Oberösterreich e Austria v. Commissione* (C-439/05 P e C-454/05 P); sentenza del 9 settembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia Spa e altri* (C-236/01).

³⁸ CGUE, conclusioni dell’AG Bobek, *Confédération Paysanne*, §§ 104-105.

³⁹ Cfr. C. ZIMMER, *What is a genetically modified crop? A European ruling sow confusion*, in *The New York Times*, 27 luglio 2018; E. STOKSTAD, *European court ruling raises hurdles for CRISPR crops*, in *Science Mag*, 25 luglio, 2018; E. CALLAWAY, *CRISPR plants now subject to tough GM laws in European Union – Top court’s ruling threatens research on gene-edited crops in the bloc*, in *Nature*, 25 luglio 2018.

I Giudici del Lussemburgo, infatti, oltre ad estendere gli obblighi di precauzione previsti a livello europeo, hanno ammesso anche la possibilità di integrarli attraverso specifici provvedimenti di diritto nazionale.

Tale soluzione, certo, può facilitare un'interpretazione complementare dei principi posti a fondamento di questa materia, consentendo agli Stati di implementare nuove misure laddove la normativa comune nulla abbia disposto.

Tuttavia, una simile proposta, di fatto, potrebbe risultare ambigua. Se tali iniziative, infatti, incontrano come *unici* limiti quanto previsto non solo dalla direttiva, ma più in generale dalla libertà di circolazione delle merci e dagli altri obblighi che discendono dal diritto comunitario⁴⁰, ad oggi, sembra non essere del tutto chiaro in che cosa andranno a consistere effettivamente questi nuovi margini di discrezionalità, ossia in che termini il legislatore nazionale potrà in concreto prendere provvedimenti.

Guardando l'intera vicenda in una prospettiva più ampia, si possono evidenziare comunque tre principali punti di riflessione.

In primo luogo, torna ad essere evidente il ruolo che la Corte di giustizia continua a svolgere nell'attuazione della normativa sugli Ogm⁴¹. In questa materia, infatti, sono coinvolti interessi molto delicati, rispetto ai quali gli Stati spesso continuano a manifestare sensibilità profondamente diverse. Nonostante ci si possa imbattere in questioni molto tecniche, la strada del rinvio pregiudiziale dunque sembra confermarsi un valido strumento per allentare le tensioni che possono emergere rispetto a quanto previsto a livello comunitario, rinsaldando così la tenuta della normativa europea.

In secondo luogo, pur rispettando le competenze dei diversi poteri coinvolti nella decisione di queste politiche (Commissione e Parlamento, *in primis*⁴²), i giudici europei, di fronte ad una disciplina procedurale formulata per principi, sempre più di frequente hanno bisogno di tornare a chiarire i fondamenti valoriali che vi stanno alla base, esercitando una propria discrezionalità.

In tal senso, in questa pronuncia si registra un respiro nuovo rispetto al passato, dove oltre a consolidare le linee di indirizzo legate al principio di precauzione⁴³, la Corte sembra affermarne il primato anche rispetto agli interessi economici cui tradizionalmente si è guardato con maggior attenzione⁴⁴.

⁴⁰ CGUE, sentenza, *Confédération Paysanne*, § 79.

⁴¹ T. GIOVANNETTI, *Biotecnologie e sicurezza alimentare: la tutela della salute del consumatore tra Corte costituzionale e Corte di giustizia della Comunità europea*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 327-328. Un aspetto emerso fin da principio, con la prima giurisprudenza comunitaria sulle questioni legate agli Ogm. *Ex multis*, si richiamano: sentenza del 21 marzo 2000, *Association Greenpeace France e altri* (C-6/99); 12 giugno 2003, *Eva Glawischnig e altri*, (C-316/01); 20 novembre 2003, *Commissione c. Francia* (C-296/01); 27 novembre 2003, *Commissione c. Francia* (C-429/01); 9 settembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia spa e altri* (C-236/01).

⁴² T. GIOVANNETTI, *Biotecnologie e sicurezza alimentare*, cit., 336 ss.; G. RAGONE, *La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?*, in *Rivista di Biodiritto*, 1/2015, 124-125.

⁴³ Normalmente, infatti, avevano trovato maggior rilievo le indicazioni storicamente fornite dalla Commissione nella Raccomandazione sul principio di precauzione (2.2.2000, COM(2000)1 final) e nelle loro successive precisazioni. In particolare, soprattutto con riferimento alla possibilità di accedere alle misure di differenziazione previste ex artt. 23 e 26bis, dir. 18/2001(CE), la Commissione aveva manifestato un approccio molto restrittivo con le successive Raccomandazioni del 23 luglio 2003 e del 13 luglio 2010. Orientamenti che trovano peraltro conferma anche nelle decisioni *Pioneer Hi Bred Italia Srl*, cit.; sentenza *Land Oberösterreich*, cit.; sentenza *Monsanto Agricoltura Italia Spa e altri*, cit.



Tuttavia, nonostante questa sorta di *revirement* valoriale, le continue evoluzioni di questa complessa rete di norme rendono costantemente incerti i margini di autonomia e partecipazione di cui godono gli Stati membri nella regolamentazione di questo settore.

Si tratta di perplessità di non poco conto se si considerano le tribolate evoluzioni storiche della disciplina comunitaria in materia di Ogm. Soprattutto se letta alla luce delle recenti tendenze di rinazionalizzazione delle competenze in quest’ambito⁴⁵, infatti, questa sentenza non permette di capire se l’orientamento della Corte sia volto a consolidare questo *trend* o se, invece, con una risposta formale sui margini di discrezionalità, abbia aperto la strada a nuovi e ulteriori motivi di conflitto tra Bruxelles e i legislatori nazionali.

In definitiva, dunque, sebbene l’Unione lavori ormai da trent’anni ad una disciplina comune nel settore delle c.d. agro-biotecnologie, a livello europeo il quadro “costituzionale” delle competenze e dei principi risulta ancor incerto e frammentato. La decisione qui annotata, quindi, rispetto ai molti episodi di questa lunga narrazione, segna un punto di svolta ma non certo uno stabile epilogo, rispetto al quale saranno necessari ancora futuri interventi chiarificatori.

⁴⁴ Da ultimo, quanto deciso con in CGUE, sentenza *Fidenato*, cit. In dottrina si rinvia, in particolare, a S. CAVALIERE, *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, causa C-111/16*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2018, 17 marzo 2018; A. GRATANI, *Il principio di precauzione nel diritto UE, Le misure di salvaguardi e la circolazione degli OGM*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2017.

⁴⁵ Come documentato dalla dottrina, infatti, in più di dieci anni si è registrato una graduale “rinazionalizzazione” del regime giuridico degli Ogm. Nell’evoluzione di tale disciplina, infatti, per il momento, si potrebbero individuare tre fasi. La fase iniziale, quella segnata dall’approvazione delle primissime direttive in materia (le dirr. 219/90(CEE) 220/90(CEE)) conclusasi idealmente con la moratoria promossa da Francia, Danimarca, Italia, Grecia e Lussemburgo a partire dal 1999, a seguito dello scandalo alimentare legato al caso “mucca-pazza”. Una seconda stagione inizia, invece, proprio con l’adozione della dir. 18/2001(CE) e con altre legislazioni che, progressivamente, hanno contribuito alla creazione di una normativa europea più strutturata (*inter alia*, si richiama: il reg. 178/2002(CE) che ha istituito l’Agenzia europea per la sicurezza alimentare – EFSA; il reg. 1829/2003(CE) che ha introdotto una procedura unica di autorizzazione per gli Ogm utilizzati come alimenti o mangimi e il reg. 1830/2003(CE), relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati). L’ultima tendenza, invece, è quella inaugurata con i provvedimenti di riforma delle precedenti normative, soprattutto quelli intervenuti sulla dir. 18/2001(CE) – quali la dir. 27/2008(CE), la dir. 412/2015(UE) e, da ultima, la dir. 350/2018(UE) – che tendono invece a valorizzare nuovamente il ruolo e la partecipazione degli Stati membri all’interno del processo decisionale. In dottrina, a commento, si rinvia a: F. ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari e internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano, 2005; M. VALLETTA, *La disciplina delle biotecnologie agroalimentari. Il modello europeo nel contesto globale*, Milano, 2005; G. RAGONE, *La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali*, cit.; L. SALVI, *La “Ri-Nazionalizzazione” della disciplina degli OGM: luci e ombre della regolazione nell’Unione Europea*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P. PETRILLO (a cura di), *ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, vol. I, tomo II, 2016.

