

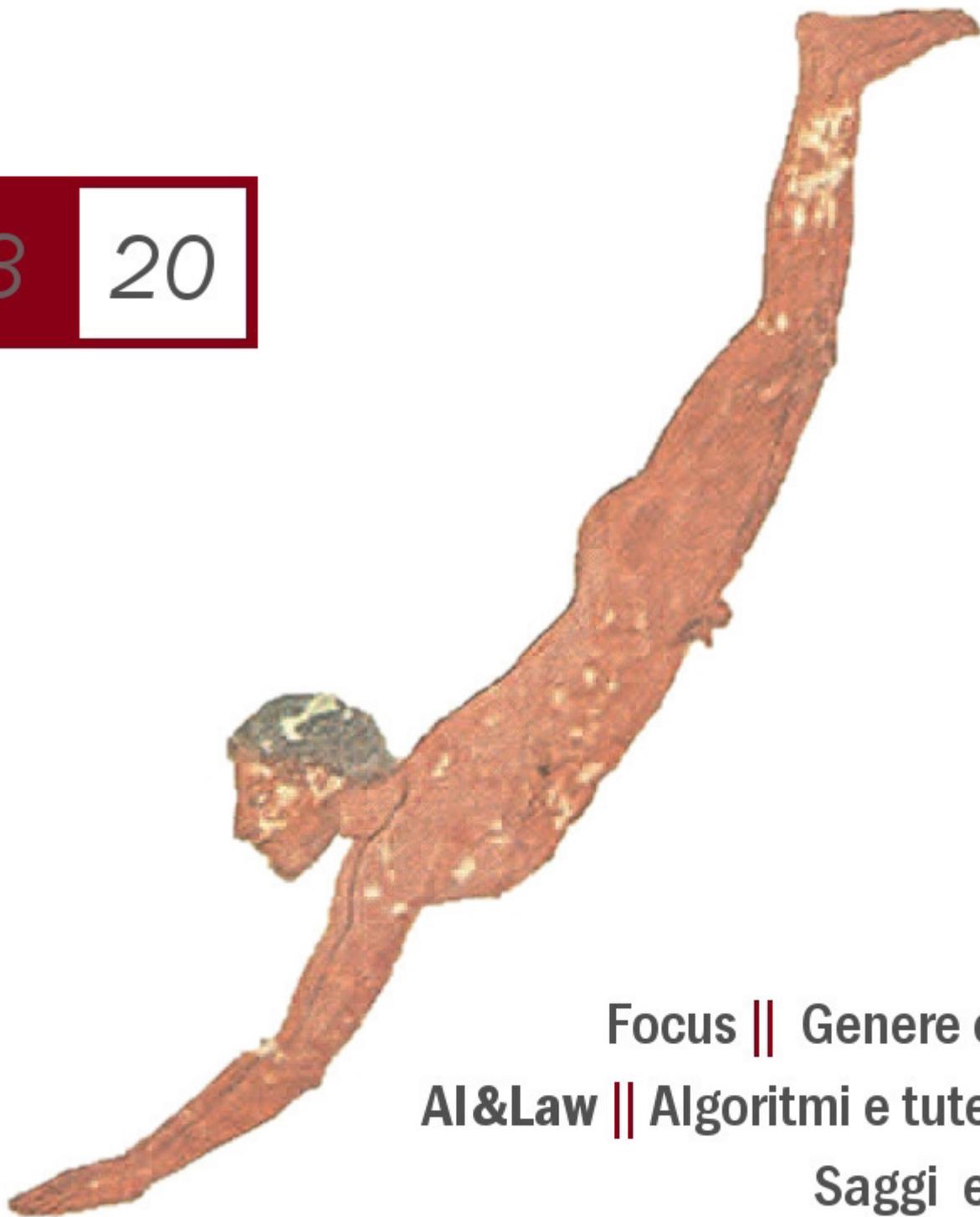


BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto

3

20



Focus || Genere e CoViD-19
AI&Law || Algoritmi e tutela dei dati
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, Alessandro Pajno

Scientific Committee:

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Maria Chiara Carrozza, Paolo Carrozza (†), Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Cingolani, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vauchez, Juan Alberto Lecaros, Sheila McLean, Laura Palazzani, Marco Pandolfi, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Maria 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, Marta Fasan, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Marta Tomasi.

Ferrara: Paolo Veronesi, Giuseppina Barcellona, Fabio Ferrari, Migle Laukyte, Benedetta Liberali, Nicola Lucchi, Irene Pellizzone, Silvia Zullo

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: rivista.biodiritto.org/ojs

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.

November 2020
ISSN 2284-4503
© Copyright 2020



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



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. 3/2020

Table of contents

BioLaw Journal (ancora) nel vortice di CoViD-19	1
<i>Paolo Veronesi</i>	
 FOCUS ON: GENERE E COVID	
Esterno ed interno nella pandemia: persistenza e significazione degli spazi pubblici e domestici dal punto di vista di genere in tempi di <i>lockdown</i>	9
<i>Barbara Pezzini</i>	
I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali	31
<i>Marilisa D'Amico</i>	
Il virus, il genere, la cura: una rivoluzione ai tempi del Covid-19?	53
<i>Orsetta Giolo</i>	
L'emergenza sanitaria e l'impatto sul (già) difficile equilibrio tra sfera lavorativa e sfera privata	67
<i>Stefania Leone</i>	
Gender inequalities and violence against women's health during the CoViD-19 pandemic: an international law perspective	77
<i>Sara De Vido</i>	
Le ricadute dell'emergenza sanitaria sulle procedure di fecondazione assistita	107
<i>Maria Pia Iadicicco</i>	
Puntualità ed effettività nella tutela dei diritti. Riflessioni sul valore del tempo per le questioni di genere nella contingenza della pandemia	123
<i>Lucia Busatta</i>	
 ESSAYS – SAGGI	
<i>Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base all'età ed emergenza sanitaria</i>	141
<i>Maria Giulia Bernardini</i>	
<i>Quale protezione per il diritto alla salute nello spazio giuridico internazionale al tempo del CoViD-19? La "metafora dell'ombrello" come schema interpretativo</i>	159
<i>Mirush Celepija</i>	

Sperimentazione clinica e minori	181
<i>Giuliana Amore</i>	
L'importanza delle risorse inutilizzate: per un sistema penitenziario antifragile	219
<i>Alessandro Albano, Francesco Picozzi</i>	
Laicità e servizi pubblici. Il caso della sanità	239
<i>Nicoletta Vettori</i>	
Per non morire di inerzia: piste di riflessione per una legge italiana su alcuni aspetti del fine vita	261
<i>Chiara Tamburini</i>	
Considerazioni etico-giuridiche a margine della Legge 10 febbraio 2020, n. 10 "Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica"	271
<i>Silvia Zullo</i>	
On the relationship between the fundamental right to life and assisted death	287
<i>Gonzalo Arruego</i>	
The Role of Legal Proxies in End-of-Life Decisions in Albania: the need for an <i>ad hoc</i> Law	303
<i>Denard Veshi, Ervin Pupe, Maksim R. Haxhia, Carlo Venditti, Raffaele Picaro, Enkelejda Koka, Edmond Konini, Michele Biring-Pani</i>	
PERSPECTIVES – PROSPETTIVE	
Health at the time of CoViD-19: tyrannical, denied, unequal health	315
<i>Carlo Casonato</i>	
Consenso informato alla ricerca clinica nell'ambito della pandemia CoViD-19: tra bioetica e biodiritto	323
<i>Laura Palazzani</i>	
Diritto, tecnologia, scienze applicate: regimi di conoscenze e professiona- lità integrate per la qualità della giustizia	337
<i>Daniela Piana</i>	
COMMENTARIES – NOTE A SENTENZA	
Obiezione di coscienza nell'interruzione di gravidanza ancora a giudizio? Punti fermi e prospettive future	347
<i>Benedetta Liberali</i>	

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW

L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali	359
<i>Carlo Colapietro, Alessandro Moretti</i>	
Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa	389
<i>Francesco Laviola</i>	
«Terminator Scenario»? Intelligenza artificiale nel conflitto armato: <i>Lethal Autonomous Weapons Systems</i> e le risposte del diritto internazionale umanitario	441
<i>Federico Chesini</i>	

BioLaw Journal (ancora) nel vortice di CoViD-19

Paolo Veronesi

Come ha sottolineato anche Antonio D'Aloia ad apertura del fascicolo 2/2020 di questa *Rivista* – passando poi al setaccio il più recente parere del CNB in materia – l'emergenza dettata dall'espandersi del Coronavirus ha stravolto le nostre vite: ci ha costretto a cambiare rapidamente registro e abitudini, ha riversato su di noi consigli, limiti e obblighi nuovi, ha rivisto gli spazi d'azione di molti diritti fondamentali e ridefinito i tempi del nostro agire pubblico e privato (si vedano, in questo numero, le osservazioni sviluppate in particolare nel saggio di Stefania Leone).

Da mesi viviamo insomma, nostro malgrado, in un'enorme bolla spazio-temporale intrisa di istanze biologiche e biopolitiche incidenti sul nostro quotidiano, icasticamente rappresentate dalle mascherine che siamo costretti a indossare (per legge) al fine di proteggere noi e gli altri. La natura complessivamente biopolitica di ciò che stiamo quotidianamente vivendo si traduce quindi, da un lato, in un *corpus* di norme giuridiche di varia fonte e natura, tese a incidere (chissà per quanto) sui corpi dei cittadini e a limitarne, più o meno razionalmente, le mosse (si rinvia alla perfetta "messa in ordine" di Marilisa D'Amico), ma assume altresì, d'altro lato, la forma di uno sbragato utilizzo degli eventi sanitari in corso per condurre battaglie di carattere squisitamente (e spesso strumentalmente) politico. Accade in frange della politica e della società italiane, come succede, con accenti più o meno diversi, un po' dovunque in Europa e nel mondo: se ne accennerà.

Accanto a interventi dedicati a temi bio giuridici che possiamo ormai considerare d'elezione per la nostra rivista – oltre che destinati a rimanere sugli scudi per chissà quanto tempo (si pensi all'Intelligenza Artificiale, alla sperimentazione clinica, al consenso informato, al fine-vita, al diritto alla salute *tout court*, all'obiezione di coscienza medica ecc.) – questo numero di *BioLaw Journal* concentra dunque buona parte delle sue riflessioni su taluni, assai peculiari profili problematici generati dall'emergenza CoViD-19. Abbiamo insomma pensato di caratterizzare il nostro approccio ospitando contributi che ad alcuni (forse) parranno adottare una prospettiva vagamente "sghemba" rispetto agli approfondimenti e ai dibattiti ai quali abbiamo assistito in questi mesi: discussioni peraltro relevantissime sotto lo stretto profilo giuridico e che giustamente riecheggiano, più o meno sotteraneamente, in pressoché tutti i saggi che abbiamo il piacere di proporre ai lettori.

L'idea "base" che ci ha guidato è stata la necessità di mettere a fuoco – in aggiunta a tante altre analisi pur sempre opportune – come le modalità mediante le quali si è affrontato quanto sta tuttora accadendo abbia influito e agisca sul fronte di una serie di vulnerabilità già ben note ma spesso dimenticate o ritenute ancillari: ne elencava una cospicua serie già Antonio D'Aloia nel suo citato editoriale. Si tratta di debolezze assai "particolari" che vedono protagoniste talune minoranze o, al contrario, gruppi magari nient'affatto tali dal punto di vista quantitativo ma così erroneamente percepiti dal senso comune (si pensi al caso-limite delle donne). Si tratta, dunque, di un tipico problema da affrontare (*in primis*) con la cassetta degli attrezzi del costituzionalista.

La consapevolezza via via maturata – e perciò condensata in tutti i lavori ospitati in questo fascicolo – consiste quindi nell'idea che

Editorial



l'esperienza del Coronavirus abbia inevitabilmente sovrapposto (e stia tuttora sovrappo-
nendo) nuove e spesso sconosciute debolezze a
una cospicua serie di "disagi" e "tradizioni" già
esistenti, aggravandone e mutandone ulterior-
mente il modo d'essere e la stessa percezione
pubblica. Non si tratta dunque (solo) di riflette-
re sul tema comunque centrale e decisivo del
rapporto tra diritto e scienza o tra diritto e salu-
te nell'era della pandemia (come opportunamente
avviene nei contributi di Laura Palazzani,
Daniela Piana e Carlo Casonato), bensì di verifi-
care come la situazione in cui ancora siamo de-
cisamente immersi impatti su una serie di in-
dubbie fragilità già in atto, trasformandone o
devastandone la fisionomia (e proprio dal con-
cetto di «discriminazione multipla o intersezio-
nale» muove perciò l'analisi proposta da Marili-
sa D'Amico).

Ciò vale senz'altro – tanto per citare alcuni dei
temi approfonditi o sfiorati nel fascicolo – per
chi è stato ed è tuttora costretto a vivere
all'interno del sistema penitenziario (v. ancora
D'Amico), per i malati o i sofferenti che hanno
dovuto sospendere e rinviare (per decisione
amministrativa o scelta volontaria) terapie e
diagnostica preventiva (con l'inevitabile conse-
guenza che aumenterà di certo, più in là nel
tempo, l'incidenza statistica delle patologie car-
diovascolari, tumorali, di disagio mentale e chis-
sà che altro: ne tratta Lucia Busatta), per le de-
bolezze già indotte dall'età avanzata e dalla
scarsità di risorse terapeutiche, riscontrata nelle
fasi montanti del contagio (anche *sub specie*
delle "scelte tragiche" da adottare a causa del
ridotto numero di posti disponibili nei reparti di
rianimazione: si v. l'articolo di Maria Giulia Ber-
nardini), per i migranti e gli stranieri (ancora
D'Amico) nonché – ed è su questo che abbiamo
deciso di concentrare maggiore attenzione –

per una congerie di profili rientranti nell'ampio
recipiente delle questioni di genere.

È infatti indubbio – e persino intuitivo – che
l'allarmante stato di fatto provocato
dall'emergenza sanitaria ora nel pieno della
"seconda ondata" abbia determinato non pochi
effetti negativi su molti dei profili attinenti
all'esperienze del "genere".

Si pensi soltanto alle trasformazioni rapidamen-
te subite dal *lavoro di cura*, normalmente a ca-
rico delle donne (si v., in particolare, il saggio di
Orsetta Giolo), alla necessità di reperire un nuo-
vo equilibrio tra sfera lavorativa e sfera privata
(v. Giulia Formici) o al brusco calo delle denunce
di maltrattamento in famiglia riscontrato duran-
te il *lockdown*, ove la convivenza forzata entro
le mura di casa, in situazioni già compromesse,
ha invece e senz'altro comportato una recrudescenza
del fenomeno. Quest'ultimo è divenuto quindi
ancora più "sommerso" e "nascosto" di
quanto abitualmente non accada, riducendosi
altresì le possibilità di reazione "legale" o anche
solo "esistenziale" delle vittime. Un allarmante
stato di fatto per il quale non è mancata
un'opportuna (e, a quanto pare, persino effica-
ce) azione dei pubblici poteri (una dettagliata
analisi di queste misure e dei dati del fenome-
no, trattato in molti dei lavori qui proposti, è al
centro del suggestivo articolo di Barbara Pezzi-
ni).

Si pensi altresì alla spesso brusca interruzione o
ai rinvii subiti dai delicati percorsi di transizione
coinvolgenti le persone affette da disforia di ge-
nere (se ne accenna in qualche contributo).

Oppure si ponga mente all'inevitabile incidenza
che il *lockdown* ha prodotto sulla salute ripro-
duttiva delle donne, sulle pratiche di procrea-
zione assistita e sulle cadenzate procedure en-
tro le quali va incanalata l'interruzione volonta-
ria di gravidanza (in particolare, si rinvia ai saggi

di Maria Pia Iadicicco, Sara De Vido e di Lucia Busatta). Una vicenda umana, quest'ultima, per la quale la disciplina vigente nel nostro Paese (e non solo) impone la gestione di tempi rigorosamente cadenzati.

Su quest'ultimo problema conviene soffermare l'attenzione, commentando (molto in breve) alcune vicende della recente cronaca politica che al clima di questi mesi sembrano, sia pur indirettamente, connesse.

Con riguardo a esso si è infatti assistito, durante e dopo la prima fase del primo picco della pandemia, a circostanze che hanno senz'altro aumentato gli effetti prodotti da quanto purtroppo è già noto sul versante della sempre più incontrollata obiezione di coscienza alla legge. D'altro canto, la pandemia ha reso ancora più visibili gli effetti virtuosi che potrà produrre, in casi d'imperante emergenza sanitaria, il diffuso, corretto, informato e assistito (anche a distanza) utilizzo della pillola RU-486.

Non è dunque affatto casuale che, appena superata l'emergenza della "fase 1" – e tornati a una pur controllata (e solo temporanea) normalità – sia scoppiata la polemica. Questa è sorta a fronte della pretesa di taluni che il farmaco in questione venga assunto, somministrato e dia-cronicamente monitorato nei suoi effetti solo e soltanto mediante la degenza ordinaria. Dopo la retromarcia della Regione Umbria – in precedenza appaiata alle regioni orientate a facilitarne l'uso "decentrato" – è così intervenuto il Ministero della salute, con le sue nuove Linee Guida in materia: il provvedimento ha riportato la discussione su binari meno ideologici, allineandolo alle risultanze, all'esperienza e ai documenti di rango europeo (tutti favorevoli alla gestione "domestica", benché controllata, del farmaco abortivo) (ne tratta nel dettaglio Lucia Busatta). Il contrasto non si è tuttavia appianato

e ora anche la Regione Piemonte promette battaglia su questo terreno. Il mutamento del "colore politico" delle due giunte e dei presidenti regionali ha dunque determinato un simile voltafaccia: si tratta di biopolitica, appunto, e non certo della miglior specie.

Per comprendere appieno tali vicende pare però utile procedere anche oltre la patina delle cose.

Per certi versi, non è probabilmente fortuito che, come già suggerito, questa peculiare esperienza individuale, vissuta mediante una gestione rimessa *in primis* all'autonomia della diretta interessata, sia, proprio ora, nuovamente assurtata a oggetto di scontro.

L'interruzione di gravidanza delinea, all'evidenza, una vicenda umana e biologica intimamente connessa al genere, alla psicologia e al corpo femminile. È dunque logico che quanto più vicende così intime e drammatiche vengano a "distanziarsi" dai vari centri di potere in cui è più facile controllarle e ostacolarne il realizzarsi, tanto più aumenti la sfera d'azione rimessa alle scelte individuali (e viceversa). Ciò è tanto più vero quando sia proprio l'ordinamento a regolare gli ambiti di questa gestione "privata" del fenomeno, rendendola sufficientemente "lontana" e "autonoma" dall'agire istituzionale.

Quanto più questo accade, tanto più la reazione di chi si oppone a simili sviluppi affila le unghie e avanza tesi (e scelte politiche) tendenzialmente antitetiche, imponendosi immancabilmente su corpi e su persone assolutamente declinati nel loro genere (perché sul genere inevitabilmente si ancora quell'esperienza).

È quindi comprensibile che proprio in questo momento storico simili interventi (e intenti) repressivi siano tornati in auge (da chi li agisce) e vadano compresi appieno (da chi reagisce): perché proprio adesso – dopo ciò che si sta paten-

do – è apparso sin troppo chiaro quanto sia utile e sensato gestire varie vicende (anche delicate) della vita pubblica e privata delle persone con un approccio “da remoto”. Vicende ed esperienze che, in assenza di questa possibilità, sarebbero costrette al silenzio e alla resa. La biopolitica, per sua natura, teme invece la lontananza e pretende di controllare, tenere a bada, poter agire in fretta sui corpi (e sulle persone) riottosi al fine di renderli malleabili e ubbidienti.

È un autentico e costante braccio di ferro, per il quale si apre, proprio nel momento in cui si scrive, un nuovo fronte sensibile: l’Aifa ha infatti stabilito (ottobre 2020) che le minorenni (come le maggiorenni) potranno accedere alla pillola dei cinque giorni dopo (e non solo a quella del giorno dopo) anche senza prescrizione medica, suscitando inevitabili critiche da parte di taluni. Neppure in tal caso sembra casuale la tempistica di una simile decisione e il quadro entro il quale s’inserisce: anche in questa vicenda le forze che si contendono il campo (biopolitico) sono infatti sostanzialmente le medesime di quelle appena adombrate.

Affiora di conseguenza, in questo fascicolo, un problema ancora più ampio che ha nel “genere” le sue radici e che dalle recenti vicende mondiali può trarre proficue risposte.

Muovendo da quanto emerso proprio in costanza della pandemia (e finora non adeguatamente approfondito sul versante giuridico) occorrerà prossimamente riflettere sulle coordinate entro le quali sembrerebbe doversi più correttamente gestire la c.d. medicina (appunto) di genere: ne tratta efficacemente Lucia Busatta.

Se cioè – per banalizzare – quest’ultima debba configurarsi come un settore e una disciplina a sé, ovvero se vada invece affrontata come una “specializzazione” trasversale alle varie possibi-

lità d’intervento dell’intera scienza medica (e, dunque, mai distinta da queste). Proprio quanto meglio emergerà dallo studio dei dati relativi alle forme con le quali il CoViD-19 ha diversamente aggredito uomini e donne (e come i primi e le seconde hanno reagito alle varie terapie o ai futuri vaccini) potrà scaturire qualche utile precisazione per meglio gestire questo dibattito. Gettandosi, così, lampi di luce anche su altri versanti che risulterà opportuno inquadrare facendo ricorso alle medesime coordinate.

Ne discuteremo certo più diffusamente in un prossimo fascicolo: è una promessa.

C’è ovviamente anche dell’altro.

Le reazioni suscitate da CoViD-19 sullo scacchiere mondiale (oltre che all’interno dei vari Stati) ha rivelato, ancora una volta – e già se ne accennava – la potenza della biopolitica e il suo immancabile appropriarsi di qualsiasi esperienza umana (piegandola anche a scopi non sempre limpidi).

Sono emblematici, su questo terreno, taluni macroscopici episodi.

Si pensi alla già menzionata “corsa al vaccino” e alla competizione (già avviata) tra la Russia (che ne ha già distribuito uno di sua creazione, della cui fondatezza scientifica e utilità pratica non esiste però alcuna prova pubblica) e soprattutto gli Stati Uniti (ove la promessa di un vaccino disponibile su larga scala in tempi brevi doveva servire a rafforzare l’immagine di un Presidente a dir poco atipico e a caccia di una riconferma).

L’Europa procede invece sostanzialmente ancorata alle note tappe che contrassegnano il metodo scientifico e rimane defilata, rivelandosi – ancora una volta – come uno dei pochi agenti mondiali che ancora crede nelle regole, nella razionalità e in quanto ereditato dalle buone prassi del passato. Confidando che ciò non sia solo l’effetto della sua debolezza.

Oppure si rifletta ancora sulle insinuazioni che l'amministrazione USA ha in più occasioni dedicato alla Cina, additata quale "untrice" mondiale e accusata addirittura (pur senza autentiche prove) di non avere adeguatamente conservato i pericolosi prototipi del virus letale, facilitandone (dolosamente o colposamente) la diffusione su scala planetaria. Un argomento – com'è ovvio – non certo innocuo allorché si versa nel pieno di una battaglia geopolitica che ancora deve trovare un suo (nuovo) equilibrio.

Da ultimo, un Trump ancora in quarantena annuncia dal balcone della Casa Bianca – togliendosi platealmente la mascherina – che gli USA stanno sconfiggendo «il virus cinese», assimilando così una possibile (ma al momento velleitaria) conquista medico-scientifica con una guerra al fronte. Non sono parole usate a casaccio.

Sia chiaro: non stupisce per nulla la strumentalizzazione che la vicenda Covid ha suscitato in varie parti del mondo, inaugurando una strana e raccapricciante alleanza politica tra negazionisti, sovranisti, no-mask, no-vax, destre estreme, suprematisti e non solo. Un coacervo indistinto in cui il rifiuto dell'internazionalizzazione, dell'Europa, dei diritti altrui e del dovere alla solidarietà si è accompagnata (e si accompagna tuttora) alla più elementare negazione del metodo scientifico e delle risultanze della scienza ufficiale (pur essendo chiaro che se ne devono sempre comprendere, assieme ai pregi, anche i limiti).

Fa inoltre specie che taluni politici, dopo aver contratto la malattia, abbiano cambiato il modo di parlare e di approcciarsi a essa sul piano delle decisioni e delle prese di posizione pubbliche. Si pensi al premier inglese Boris Johnson e alla sua (inizialmente teorizzata) necessità di perseguire l'immunità di gregge anche a costo di numerose

e inevitabili vittime: atteggiamento radicalmente mutato dopo essere stato ricoverato in una terapia intensiva. Lo stesso Bolsonaro, dopo aver sentenziato, dal suo Brasile, che «tanto bisogna tutti morire», pare aver mitigato certe sue asprezze negazioniste dopo aver contratto il morbo (ed esserne guarito).

Rimane Donald Trump, la cui personale vicenda patologica è ancora tutta da inquadrare nel momento in cui si scrive, il quale sta però tentando di sfruttare – con quale successo occorrerà vedere – la malattia (sua e di numerosi esponenti del suo staff) quale ulteriore espediente discorsivo per conquistare un secondo mandato alla Casa Bianca. Avallando – parrebbe (ma l'uomo è volubile "qual piuma al vento") – tesi (ancora) negazioniste o (quanto meno) minimaliste e sostanzialmente no-mask (perciò gradite dalla sua base elettorale). Nel frattempo, è noto che si sia sottoposto senza indugi a una potente cura di Regeneron, un cocktail sperimentale di anticorpi ricavati da cellule di tessuto fetale estratte da aborti: pratica che, prima di ammalarsi, aveva criticato senza riserve e che il suo partito ostacola da sempre. Quando si dice la coerenza e la fedeltà alla linea....

C'è del "marcio" in questa propensione al paradosso, alla strumentalizzazione grossolana, ai repentini cambi di rotta e all'ignoranza scientifica (effettiva o manovrata) emergente da molti degli episodi appena rammentati; c'è da preoccuparsi non poco riflettendo sull'incuranza che tutto ciò manifesta per il danno alla vita e alla salute che il comportamento di taluni – quasi aizzati a farlo – può provocare ai meno tutelati e più vulnerabili.

Sembra in tal modo ripresentarsi il sotterraneo, perenne connubio esistente tra un individualismo sfrenato e intransigente (oltre che complotista) e l'indifferenza ostentata ed estrema

alle esigenze, ai diritti e alle fragilità altrui. È, del resto, lo stesso atteggiamento che emerge dal rifiuto aprioristico opposto ai vaccini. Ed è francamente paradossale che un simile spregio per la vita di “persone in carne e ossa” – sotteso ad alcuni dei comportamenti appena evocati – normalmente si sposi all’intransigente opposizione alle pratiche abortive, rivolte a chi – per usare le parole della Corte costituzionale nella sua famosa sent. n. 27/1975 – «persona deve ancora diventare» (gli USA e Trump insegnano). Utilizzando un linguaggio tipicamente giuridico, oltre che appartenente alle Corti costituzionali di tutto il mondo, in questi atteggiamenti conclamati e sbandierati con spavalderia si manifesta il rifiuto di un’essenziale pratica propria del diritto, conquistata non senza fatiche e dispendio di vite: prende il nome, com’è noto, di “bilanciamento dei diritti”, ma potrebbe tradursi in “misura delle cose”, razionalità, esclusione di scelte (anche legislative) non motivate ed eccessivamente “costose” (sul fronte non solo economico), ripudio del comando gratuito e autolegittimante (sul bilanciamento dei diritti nello specifico quadro della gestione italiana dell’emergenza pandemica si v. le osservazioni di D’Amico). In sintesi: è uno dei precipitati delle più aggiornate forme di Stato democratiche e sociali, anche se (forse) non il più evidente. Se questo è l’approdo (alquanto raffinato) preteso da un diritto autenticamente democratico, ciò che sta accadendo in varie parti del mondo (e anche presso nicchie politiche e sociali di casa nostra) manifesta il suo ostentato *pendant*. Si nega la malattia, si sputa sulla scienza, si agita lo spettro di un complotto non ben definito al mero fine di non bilanciare alcun proprio diritto in contrasto con ulteriori diritti altrui, si vieta addirittura e provocatoriamente l’uso delle mascherine all’aperto e talvolta anche al chiuso (è accaduto nel Comune di Sutri).

Fa ridere l’idea – sostenuta da alcuni – di un accordo mondiale a cavalcare una malattia inesistente per insediare regimi liberticidi su larga scala e sostenere gli interessi di *Big Pharma*; fa rabbrivire, invece, quel che è accaduto, sul piano costituzionale, nella vicina Ungheria, proprio ad opera di un *maitre a penser* di quegli stessi soggetti e gruppi schierati sul fronte negazionista e sovranista, oppure ciò a cui si è assistito in Polonia (allorché una Corte costituzionale colonizzata dal partito al potere ha approfittato del momento per fendere un colpo decisivo all’aborto): in Europa esiste dunque chi, approfittando della malattia, usa metodi simili a quelli adottati in Tanzania, Sierra Leone ecc. (si v. il *global monitor* dell’*International Institute for Democracy and Electoral Assistance* di Stoccolma, presentato a Bologna il 16 ottobre 2020).

Si approfitta dello sbandamento per imporre autoritarismi oppure si grida alle proprie libertà (che si pretendono) violate – e che non si vogliono limitare neppure di una virgola – per colpire o annullare con noncuranza tanti altri diritti altrui, laddove – per citare l’autorevole affermazione del Capo dello Stato – libertà, in una democrazia, non può mai comprendere l’essere liberi di nuocere ad altri: è – appunto – un problema di bilanciamento.

Se ne appena parlato e non ci si può dunque dimenticare di chi, nella sua vita professionale, ha fatto un uso cristallino, perfetto e da manuale di questa tecnica. La giudice della Corte Suprema americana, Ruth Bader Ginsburg – un’autentica maestra del diritto e dei diritti – ci ha lasciati. La sua è stata una vita lunga, proficua e ben spesa in nome dei diritti. È partita certo dai diritti delle donne – la cui sofferenza aveva avvertito sulla sua stessa pelle – ma non si è fermata a quello *step* pur fondamentale,

meglio definendo, poi, la situazione dei poveri e bisognosi, dei rifugiati, delle persone omosessuali, dei carcerati: segno tangibile del fatto che la “matrice” di tutte le discriminazioni è sostanzialmente comune e che, muovendo proprio dal “genere”, si può poi approdare molto più in là. Ci mancherà ancor di più in quanto a succederle alla Corte Suprema, in una sorta di contrappasso, sarà una donna che incarna esattamente il suo contrario, ed è stata, proprio per questo, scelta dal presidente Trump negli ultimissimi giorni del suo primo mandato: uno sbrego istituzionale mai accaduto prima. Se ne parla come di una “stella” del firmamento originalista e conservatore americano, allieva di Antonin Scalia e paladina di alcuni diritti, scelti e imposti a scapito di tutti gli altri pur convergenti nelle medesime fattispecie (ogni riferimento all’aborto è assolutamente voluto). Probabilmente ci sarà dunque molto da lavorare sul fronte delle future decisioni della Corte Suprema, la cui nuova maggioranza, sempre più spinta a destra, potrà “fare e disfare” con riguardo a molti temi storici del biodiritto e della biopolitica, finendo probabilmente per influenzare anche lidi lontani dalle coste statunitensi. Si vedrà. Onore, intanto, a RBG, alla sua memoria, alla sua tenacia e al suo martellante lavoro: avercene di RBG sparse per il mondo (Europa compresa) in questo momento di grandi appannamenti e sbandamenti sul versante dei diritti fondamentali e della gestione dei (sempre) correlati diritti sociali. Di certo dormiremmo sonni più tranquilli.



Esterno e interno nella pandemia: persistenza e risignificazione degli spazi pubblici e domestici dal punto di vista di genere in tempi di *lockdown*

Barbara Pezzini*

THE OUTSIDE AND THE INSIDE IN THE PANDEMIC: PERSISTENCIES AND NEW MEANINGS OF PUBLIC AND DOMESTIC SPACES FROM A GENDER POINT OF VIEW

ABSTRACT: By means of a “gender topography” of the pandemic, the essay proposes a reflection meant to capture the links between the transformations of public and domestic spaces in the context of the emergency and the different gender condition in which women and men inhabit those spaces. As for the domestic space, the issue of gender-based violence is addressed by observing the responses to the paradox of lock-down, which forced women to live together for a long time with their abusers in a confined space. As for the public space, the essay analyzes the reaction against the persistency of male-only decision-making structures throughout the pandemic, looking in particular at decree-law 86/2020, by which, using for the first time the surrogate power of art. 120 Cost., the national Government acted for the legislative body of Puglia, enforcing the so-called “gender double preference” in the electoral law.

KEYWORDS: Gender analysis; lockdown; violence against women; electoral equal opportunities; surrogate power

SOMMARIO: 1. Impliciti di genere e rimescolamento degli spazi – 2. Le dimensioni spaziali (anche di genere) della libertà e dell’uguaglianza costituzionale – 3. Interno / esterno; protetto / a rischio – 4. Lo spazio domestico come spazio di protezione dal contagio, la casa come luogo “sicuro” – 5. La violenza di genere nell’emergenza: primi dati – 6. La casa luogo sicuro: per chi? – 7. L’esterno dell’interno: lo spazio domestico proiettato nel mondo – 8. L’interno dell’esterno: chi abita lo spazio pubblico? – 9. L’esercizio del potere sostitutivo statale a garanzia della doppia preferenza di genere (il d.l. 86/2020).

* Ordinaria di diritto costituzionale nell’università di Bergamo. Mail: barbara.pezzini@unibg.it. Contributo su invito.

1. Impliciti di genere e rimescolamento degli spazi

In questo contributo vorrei provare a delineare una prima e parziale topografia di genere dell'emergenza sanitaria¹, considerando in particolare la ridefinizione dello spazio domestico in tempi di *lockdown*, ma allargando la prospettiva anche alla riorganizzazione degli spazi pubblici decisionali nella gestione dell'emergenza sanitaria; quanto qui si intende specificamente proporre come "topografia di genere" della pandemia è una riflessione che colga i nessi tra la ridefinizione e dislocazione degli spazi nel contesto dell'emergenza e la differente condizione – di genere – in cui donne e uomini abitano quegli spazi.

La stagione dell'emergenza sanitaria per la pandemia da CoViD-19 ha avuto, tra altri importanti effetti in tutti i campi del nostro vivere sociale, un impatto significativo che ha imposto alla nostra attenzione – semplicemente mostrandoci da una prospettiva differente – una serie di "impliciti di genere" che definiscono quotidianamente gli assetti sociali e normativi. Applicando l'analisi di genere al diritto ci troviamo, infatti, frequentemente a constatare come le strutture di genere che agiscono nella costruzione del diritto operino come impliciti, nel senso che vengono "semplicemente" incorporate nel diritto in quanto si pretende che siano "naturali" e immodificabili: *il genere*, in questo senso, *costruisce il diritto*, nel senso che proprio l'appartenenza alla struttura di genere fa sì che sia possibile darle per scontate, per presupposte, per "naturali", mentre l'ascrizione alla sfera della natura fa sì che il diritto si riferisca ad esse incorporandole implicitamente, quanto meno sino a che non risultino socialmente controvertibili. Il diritto, tuttavia, non è solo costruito dal genere, ma, a sua volta, lo costruisce (contribuisce alla costruzione del genere), svelando e, in un certo senso, rovesciando l'implicito, quando, in una circolarità del rapporto tra genere e diritto, diviene necessario esplicitare ciò che prima era inteso e implicato anche senza essere detto. Lo si osserva in quelle particolari circostanze in cui emerge una ridefinizione delle regole di genere: quando, cioè, una prescrizione rivolta a costruire il genere viene veicolata in un formante giuridico che la rende necessariamente esplicita, in quanto non basta "implicare" un determinato contenuto, dal momento che si tratta di una regola sociale che non è più, o non è ancora, sufficientemente condivisa e spontaneamente praticata. È un processo che può essere ricostruito guardando con sufficiente attenzione al momento di rottura o dislocamento, in cui in un certo senso si "spezza" la comunicazione tra (testo normativo) parlante e destinatario, che non condividono l'implicatura di genere: è qui che si mostra l'incessante circolarità del processo che lega genere e diritto². C'è anche, nell'implicare, un intendere senza dire, un intendere altro, diverso dal detto esplicito: l'attenzione a ciò che nell'implicito di genere sarebbe "indicibile" offre un terreno di riflessione particolarmente interessante, per identificare quando venga meno la possibilità di dire apertamente un contenuto che viene trasmesso e veicolato da un mezzo pre o ex-

¹ L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia costituzionale*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, Napoli, 2020, vol. I, 1057 (open access all'indirizzo: <https://www.editorialescientifica.com/shop/catalogo/fuori-collana/edizioni-fuori-collana/oltre-la-pandemia-detail.html>), ha già convincentemente tracciato una mappatura dell'impatto di genere dell'emergenza, rilevandone i luoghi critici di emersione, in senso sia materiale – nel dispari impatto della crisi economica e nella diversa esposizione e reazione dei corpi femminili alla malattia stessa; nella violenza di genere, nell'impatto sui diritti riproduttivi e sul lavoro di riproduzione sociale – sia simbolico – nelle metafore belliche e nella retorica della cura.

² Più ampiamente sul tema B. PEZZINI, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. MORRA, B. PASA (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, 2015, 201.

tra-giuridico mediante l'evocazione della natura oppure della tradizione e per ricostruire quali siano le ragioni della indicibilità o della dissimulazione.

La pandemia ci ha probabilmente mostrato poco, se non addirittura nulla, che sia realmente nuovo o riconducibile immediatamente in quanto tale solo all'emergenza, ma ha piuttosto fornito l'occasione di vedere in una luce diversa quanto la quotidianità mantiene in ombra, producendo momenti di crisi degli impliciti di genere. E, forse, la prima lezione che possiamo trarne sta proprio in questo: nel rilevare dinamiche costanti, che si ripetono, che corrispondono a impliciti di genere di carattere strutturale e persistente.

La gestione dell'emergenza ha comportato, dunque, una operazione di disvelamento, resa possibile da un'attenzione e una sensibilità rese a loro volta differenti dai rilevanti mutamenti di ordine temporale e spaziale imposti dalle diverse fasi della gestione dell'emergenza sanitaria, che hanno diversamente graduato, in base ai dati epidemiologici, l'applicazione di provvedimenti di isolamento dei malati, quarantena dei soggetti esposti, divieti di circolazione, misure differenziate per i luoghi di lavoro, divieti di assembramento: dalle più drastiche misure del distanziamento sociale nella forma di *lockdown* generalizzato (c.d. fase 1), ad una prima attenuazione (fase 2), alla parziale progressiva ripresa della libera circolazione e delle attività in presenza (fase 3).

La dislocazione nello spazio e nel tempo ha, dunque, funzionato come il meccanismo che ha permesso di riconoscere che esistono stereotipi, *standard* formali e regole implicite – contestabili e che, comunque, vanno usati nella piena consapevolezza della loro relatività – rendendone palesi presenza e funzione nella ridefinizione dello spazio “domestico”, da un lato, e nelle trasformazioni dello spazio “pubblico”, dall'altro, che hanno rimescolato e riconfigurato in maniera inedita gli spazi interni ed esterni della nostra quotidianità e delle numerose e diversificate esperienze di relazioni interpersonali che compiamo ordinariamente in tali spazi quando, fuori dall'emergenza, li attraversiamo liberamente (cioè nell'esercizio ordinario di libertà costituzionalmente garantite)³.

2. Le dimensioni spaziali (anche di genere) della libertà e dell'uguaglianza costituzionale

Non credo ci sia bisogno di sottolineare quanto le garanzie costituzionali di libertà – innanzitutto personale, di circolazione e movimento, ma anche di domicilio e di riunione e persino le dimensioni di libertà dell'accesso al lavoro (in tutte le sue forme, secondo l'accezione ampia dell'art. 4 cost.) e nelle attività economiche, così come le libertà di espressione (pensiamo alle attività culturali e alla manifestazione del pensiero “con ogni mezzo”) e la libertà di culto – accompagnino, per lo più silenziosamente e quasi inavvertite, l'insieme delle nostre attività e quanto sia stata significativa, proprio per

³ In questo senso ho inteso richiamare la suggestiva intitolazione del libro di Peter Handke *Il mondo interno dell'esterno dell'interno* (1969), ma anche il suo approccio, che attraversa le figure retoriche e le regole di genere (ovviamente in questo caso letterario) rideclinandole e rigirandole senza tregua, ma senza mai rinunciare all'integrità delle parole e al rigore della sintassi che, prima di essere gabbia e costrizione – come pure sono, e come tali possono essere avversate e ribaltate –, *danno forma*, così come il diritto dà forma ai costrutti sociali.

questo, l'esperienza straordinaria della sospensione / compressione di tutte queste libertà nell'emergenza sanitaria⁴.

Merita invece di essere richiamato e sottolineato il dato, con tutta probabilità assai meno scontato nella percezione generale, relativo all'impatto fondamentale e costitutivo che ha avuto la garanzia costituzionale di uguaglianza dei sessi anche in relazione alla costruzione delle regole di genere sull'abitare gli spazi pubblici e privati.

Nel 1946, alle origini della Costituzione repubblicana, la conquista della cittadinanza politica da parte delle donne italiane segna il ripudio di un paradigma costitutivo della modernità; che ha visto la separazione delle sfere privata e pubblica in base al genere nel *contratto sessuale* postulato a fondamento del contratto sociale⁵, con la connessa costruzione del moderno concetto di individuo sulla base di proprietà, di autonomia e disponibilità del proprio corpo, originariamente negate alle donne. L'*origine* della Repubblica, irripetibile nella sua consistenza storica e materiale, ha impresso una direzione permanente di valore e significato alla costituzione, nella quale si incorpora come *principio* di senso; la presenza autonoma delle donne nella rappresentanza politica è la discontinuità che, offrendo alla costruzione costituzionale un fondamento nuovo, si riverbera nei suoi contenuti. L'uguaglianza di donne e uomini si declina in una serie di disposizioni che agiscono in termini di genere, consapevole di quanto vi è di storicamente e socialmente determinato nella differenziazione dei ruoli e delle aspettative sociali connesse al sesso; l'uguaglianza formale e sostanziale dell'art. 3 viene confermata e contestualizzata nella sfera privata della famiglia (art. 29, 30 e 31), nella sfera sociale del lavoro (36 e 37) e nella sfera pubblica politica (art. 48 e 51); una prospettiva giuridica nuova che definisce i rapporti di genere secondo il *principio fondamentale antisubordinazione di genere* che dalla trama di queste norme si ricava⁶, frutto e motore insieme di una complessiva rivoluzione topografica. Facendo cessare il monopolio maschile dello spazio politico, il suffragio universale ha imposto la trasformazione di ogni spazio – da quello privato della famiglia, a quello del lavoro produttivo, da quello del potere economico, a quello del potere politico – perché l'esistenza di una sfera sottratta al principio di uguaglianza e strutturata da una subordinazione femminile è diventata intollerabile. Sullo sfondo di questo principio, dunque, la ridefinizione delle coordinate spaziali operata dalla gestione dell'emergenza sanitaria ha, già di per sé, molto a che fare con la dimensione di genere.

3. Interno / esterno; protetto / a rischio

La restrizione dello spazio esperienziale e relazionale entro i confini della dimensione abitativa privata (di abitazione e dimora) e l'interdizione generalizzata all'uso dello spazio pubblico, esterno, condi-

⁴ Su cui è fiorita una copiosa letteratura che ha subito messo in evidenza, con toni diversamente critici, il fenomeno inedito di equilibri mai sperimentati prima su una scala così vasta e generalizzata nel bilanciamento tra protezione della salute pubblica (che naturalmente comprende anche la salute individuale di ciascuno) e rispetto delle sfere di libertà individuale: senza pretesa di completezza si veda almeno lo Special Issue 1/2020, *Un diritto per la pandemia*, pubblicato in questa rivista.

⁵ V. L. GIANFORMAGGIO, *La soggettività politica delle donne: strategie contro*, in *Democrazia e diritto*, 1994, 489 ss.; M.L. BOCCIA, *La differenza politica*, Milano, 2002, 29; oltre che, naturalmente, C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Roma, 1997 (ed. orig. 1988).

⁶ Cui si aggiunge, nel 2001/2003, l'inserimento del dovere di politiche attive di pari opportunità negli art. 117 e 51.

viso e condivisibile per definizione (strade, spazi aperti, l'ambiente, ma anche i luoghi di lavoro che diventano accessibili solo a determinate condizioni di necessità) hanno indubbiamente prodotto l'impatto più immediato ed evidente della c.d. fase 1 di generalizzato *lockdown*⁷.

Privati della libertà di circolazione abbiamo sperimentato il restringersi di ogni nostro orizzonte relazionale entro il perimetro dello *spazio domestico*, che, per contrasto e in alternativa al rischio di contatto e contagio insito nell'accesso allo spazio pubblico, ha acquistato la qualificazione di *spazio protetto e sicuro* per definizione.

Tra le due dimensioni spaziali dell'esterno e dell'interno – spazio intimo e familiare vs. condiviso e sociale; luogo privato vs. luogo pubblico – si è così configurata una contrapposizione di grado, se non di carattere, inedito.

Contrapposizione che, per le donne, si è sovrapposta alla perdurante costruzione di genere che mostra la donna come soggetto debole al di fuori della cerchia protettiva delle mura domestiche, esposta all'insicurezza e ai rischi connessi alla *vulnerabilità* propria del suo sesso; una vulnerabilità che al genere femminile – si badi – viene ascritta in modo qualificante ben più di quanto al sesso maschile non venga associata la violenza come carattere definitorio della condizione di genere, e che è stata e continua a essere enfatizzata rimarcando la dimensione insicura degli spazi pubblici (trasporti, parchi, sottopassaggi, strade isolate, angoli bui), alimentando un implicito di genere che rende la donna nel mondo esterno "vittima" per eccellenza⁸.

4. Lo spazio domestico come spazio di protezione dal contagio

La necessità di imporre rigorose forme di distanziamento sociale per contrastare la propagazione del virus ha imposto la *compressione* – in termini di spazi, modi e tempi – di ogni relazione sociale.

Nello *spazio domestico* si sono concentrate tutte le relazioni sociali possibili, non più selezionate/selezionabili in base all'autonomia personale (o per lo meno con un rilevante contributo di autonomia personale), ma imposte e vincolate da criteri eteronomi: per tutte le persone componenti della convivenza, gli spazi, i tempi e i modi di relazioni affettive, di assistenza, di cura, di attività lavorative (per tutte le situazioni che consentivano lavoro a distanza, *home working*⁹), di istruzione scolastica e universitaria sono venute a intrecciarsi e sovrapporsi. Lo spazio domestico è divenuto multidimensionale ed è stato sottratto alla sua abituale destinazione privilegiata e pressoché esclusiva alla riproduzione sociale.

Tutte le modalità di relazione ne sono state condizionate.

⁷ Il d.p.c.m. 9 marzo 2020 ha esteso all'intero territorio nazionale le misure restrittive adottate il giorno prima per la Lombardia e 14 province di Emilia Romagna, Veneto e Piemonte.

⁸ R. BORGHI, *Corpi fuori luogo e fuori norma*, in S. MARCHETTI, J.M.H. MASCAT, V. PERILLI (a cura di), *Femministe a parole. Grovigli da districare*, Roma, 2012, 265, osserva che «il dominio delle relazioni di potere negli spazi pubblici, poi, è espresso dalla paura e dal senso di insicurezza [...] che caratterizza l'esperienza umana femminile» e che «l'analisi spaziale permette di comprendere come essi incorporino e riflettano le strutture di potere che grazie ad esso si riproducono e vengono naturalizzate da chi li utilizza».

⁹ Sull'impatto di genere dell'*home working* numerosi spunti di interesse nella costante riflessione che vi è dedicata dalla rivista on-line *ingegnere* a partire da S. BURCHI, *Lavorare da casa non è smart*, in <http://www.ingegnere.it/print/7510>; v. da ultimo A.M. PONZELLINI, *Non torneremo a essere ancelle*, <http://www.ingegnere.it/print/7772> (ultima consultazione 09/09/2020)

La possibilità di relazioni “in presenza” è stata limitata dal perimetro delle convivenze familiari, che hanno imposto rigidi limiti spaziali, determinati dai confini della propria abitazione, nonché dal numero e nella qualità delle persone conviventi – non senza una componente di occasionalità riconducibile alla situazione contingente di coabitazione al momento dell’entrata in vigore dei vincoli e divieti¹⁰; a tali convivenze è stata imposta anche una dimensione temporale dilatata, resa senza confini, 24 ore su 24, per tutta la durata della situazione di emergenza – originariamente indeterminata, poi concretamente definita dal subentrare dell’applicazione delle regole meno rigide della c.d. fase 2; al di fuori delle convivenze così delineate le relazioni interpersonali sono state vincolate alle sole forme della comunicazione a distanza, e all’autonomia individuale è stata sottratta la disponibilità del proprio domicilio (il divieto di assembramento impedisce le riunioni anche in luoghi privati).

Le modalità di organizzazione del lavoro, dipendente e autonomo, per chi non appartenesse alle categorie di lavori indispensabili, sono state vincolate all’uso delle tecnologie di comunicazione, imponendo una diffusione massiccia e generalizzata, sino allora impensabile, di forme di lavoro da remoto. La frequenza scolastica e universitaria è stata rimodulata nelle forme della didattica a distanza, improvvisamente sostitutive e non integrative della didattica ordinaria in presenza.

Tutti questi aspetti, e ognuno di essi, richiedono un’attenzione specifica dal punto di vista dei rapporti di genere; nella consapevolezza dei differenziali economici, delle segregazioni orizzontali e verticali del lavoro femminile, del *digital divide*, delle conseguenze della concentrazione femminile nelle professioni di cura (ad esempio infermieristiche e assistenziali) e nel sistema scolastico; ma anche a partire dal fatto che lo spazio domestico, pur forzato alla multidimensionalità, non ha perso la sua vocazione centrale – materiale e simbolica – come nucleo essenziale nella sfera della riproduzione sociale, che resta indubbiamente il terreno nel quale le disparità di genere si manifestano e riproducono costantemente e in modo evidente¹¹.

5. La violenza di genere nell’emergenza: primi dati

Fra le prime questioni con aperta dimensione “di genere” che hanno raggiunto l’opinione pubblica sollecitando interventi normativi e di gestione *ad hoc*, il tema della *violenza di genere* in tempo di pandemia è emerso in modo evidente sin dalle prime fasi della emergenza, mostrando la fragilità della costruzione che ha eletto la casa a spazio “sicuro” per definizione e per eccellenza a fronte delle enormi contraddizioni che la convivenza forzata comporta rispetto alla violenza di genere e, più in generale, rispetto agli tutti gli squilibri di genere. E confermando che il rischio di subire violenza per

¹⁰ Si ricordino gli episodi di “fuga”, in particolare dai centri urbani del nord, nelle 24 ore precedenti le misure di *lockdown* nazionale, ovvero le difficoltà dei genitori separati rispetto alla possibilità di visita dei figli.

¹¹ I dati dell’indagine ISTAT, *I tempi della vita quotidiana. Lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo*, 2019, <https://www.istat.it/it/archivio/230102> (ultima consultazione 09/09/2020) restituiscono che dall’inizio del secolo il tempo dedicato quotidianamente al lavoro non retribuito resta sostanzialmente stabile, con una minima diminuzione del contributo femminile (da 5h31’ a 5h09’) e analogo leggera crescita di quello maschile (da 1h59’ a 2h16’), segnalando che con questi ritmi l’obiettivo della parità di genere nei tempi di lavoro familiare richiederebbe oltre 60 anni.

le donne è enormemente più elevato negli spazi delle relazioni intime di quanto non sia negli spazi pubblici delle relazioni sociali¹².

Nella settimana successiva all'istituzione della "zona rossa" nazionale¹³ è, dapprima, la rete dei centri antiviolenza D.i.Re. (Donne in rete contro la violenza) a reagire tempestivamente, sollecitando l'intervento della ministra per le pari opportunità¹⁴ e promuovendo una campagna nei social media (*#noicisiamo*) che informava che centri e sportelli antiviolenza restavano attivi, suggerendo alle donne rinchiuso nelle case insieme ai violenti e maltrattanti modalità sicure di contatto e fornendo le indicazioni di tutti i numeri telefonici dei centri antiviolenza (CAV) contattabili, elencati città per città.

Nella seconda metà di marzo, il tema raggiunge variamente le istituzioni.

Reagendo alle sollecitazioni della ministra delle pari opportunità, che segnala il dato allarmante di un crollo delle segnalazioni al numero gratuito antiviolenza¹⁵, richiedendo l'impegno di tutte le istituzioni per contrastare tale deriva¹⁶, il 21 marzo il ministro dell'interno dirama una prima circolare ai prefetti per l'adeguamento dei servizi di accoglienza alle vittime di violenza¹⁷ e il 27 marzo una seconda circolare ai questori e alle forze dell'ordine per attivare azioni di sensibilizzazione alla violenza di genere e domestica¹⁸.

¹² B. CARSA, *Il problema dei numeri della violenza contro le donne*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *La violenza di genere dal codice Rocco al codice rosso. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, Torino, 2020, 30.

¹³ V. nota 7.

¹⁴ Ne riferisce il 20 marzo <http://www.ingeneri.it/news/violenza-domestica-ai-tempi-del-covid> (ultima consultazione 09/09/2020).

¹⁵ Dall'8 al 15 marzo le chiamate giunte al numero gratuito antiviolenza e *stalking*, sono diminuite del 55,1%, 496 in totale rispetto alle 1104 degli stessi giorni del 2019; nelle prime due settimane di marzo le segnalazioni di casi risultano 101, mentre l'anno precedente, nello stesso periodo, erano state 193, con un calo del 47,7%; viene in particolare attivata la campagna "*Libera puoi*" a sostegno delle donne vittime di violenza durante la difficile emergenza causata dall'epidemia da CoViD-19, che pubblicizza l'utilizzo del numero telefonico 1522, attivo 24 ore su 24, e dell'app "1522", che consente alle donne di chattare con le operatrici e chiedere aiuto e informazioni senza correre il rischio di essere ascoltate dai loro aggressori: v. <http://www.pariopportunita.gov.it/news/coronavirus-bonetti-una-nuova-campagna-libera-puoi-per-le-donne-vittime-di-violenza/> (ultima consultazione 09/09/2020).

¹⁶ Anche la CRUI rilancia l'allarme della ministra Bonetti invitando le università a condividere nelle proprie *home page* la segnalazione della campagna "*Libera puoi*" (lettera ai Rettori 001-200-GEN/2020 del 30 marzo).

¹⁷ N. 15350/117(2): rilevato che l'obbligo di rispettare le disposizioni normative in materia di distanziamento sociale di fatto ostacola l'accoglienza delle vittime e il funzionamento di centri di accoglienza e case rifugio, sollecita in particolare i prefetti a individuare ulteriori soluzioni alloggiative, i cui oneri potrebbero contare su risorse già appostate sul bilancio 2020 del dipartimento pari opportunità, anche ricorrendo, in base all'art. 6 del d.l. 18/2020, a requisizioni in uso, anche temporanee, di strutture alberghiere o affini per l'ospitalità di persone in sorveglianza sanitaria, isolamento fiduciario o permanenza domiciliare.

¹⁸ N. MI-123-U-C-3-2-2020-25: rilevate le specifiche difficoltà per le vittime di attivare denunce o comunque contattare forze dell'ordine o centri antiviolenza, sollecita piena e particolare attenzione nelle fasi di primo contatto e intervento per rilevare «i segnali di un disagio la cui manifestazione da parte della vittima potrebbe non essere del tutto libera e piena», raccomanda l'attivazione «con particolare sollecitudine» delle azioni che consentano l'adozione di provvedimenti di ammonimento da parte dei questori; sottolinea la necessità di una sinergia ancora più stretta con i "recettori" delle manifestazioni del disagio in questione, dal numero di pubblica utilità 1522, ai centri antiviolenza e alle case rifugio.

Nel contempo, il 26 marzo 2020 la *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere* approva all'unanimità una relazione¹⁹ richiede a Parlamento e il Governo di «predisporre misure e risorse economiche aggiuntive e procedure più snelle per garantire misure di protezione, sostegno e accoglienza alle donne e ai minori coinvolti, assicurando in particolare l'operatività – in piena sicurezza – delle strutture antiviolenza», fornendo circostanziate indicazioni operative.

In particolare, la *Relazione* richiede che in sede di conversione del d.l. 18/2020 il procedimento per la convalida dell'ordine di allontanamento urgente dalla casa familiare (art. 384-bis c.p.p.) venga escluso dall'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di sospensione processuale; suggerisce di privilegiare il ricorso alle procedure semplificate di emissione del provvedimento *inaudita altera parte* per gli ordini di protezione previsti dagli articoli 342-bis c.c. e 736-bis c.p.c., in quanto il contraddittorio differito appare funzionale a scongiurare possibili reazioni violente da parte della persona nei cui confronti si chiede l'ordine di protezione; richiede l'individuazione di strutture *ad hoc* gestite dalle case rifugio nelle quali sia possibile svolgere la quarantena necessaria prima del trasferimento nella casa rifugio, prevedendo anche un apposito stanziamento straordinario di fondi; sollecita la tempestiva fornitura a centri anti-violenza (CAV) e case rifugio di mascherine protettive, guanti monouso, disinfettanti e ogni altro presidio medico-sanitario necessario nonché l'annullamento dei costi delle utenze telefoniche e dei servizi di navigazione internet per il periodo di emergenza per CAV, case rifugio, sportelli antiviolenza e strutture antitratta; raccomanda la distribuzione di schede prepagate affinché anche le donne prive di risorse possano usufruire della rete internet per l'accesso telematico alle strutture. Tenuto conto della sospensione della maggior parte dei servizi delle reti territoriali, la Commissione inoltre auspica che il congedo straordinario dal lavoro per motivi di violenza (art. 24 del d. lgs. 80/ 2015) sia prolungato, che si intervenga sulle modalità di fruizione dei congedi parentali previsti dal d.l. 18/2020, assicurando che le limitazioni all'accesso ai benefici operino solo nei casi di coniugi conviventi e che sia stanziato, per il periodo dell'emergenza, un fondo per erogare un contributo economico per le donne poste in protezione e prive di autonomia economica²⁰.

Alcuni dati significativi sulla violenza di genere durante la pandemia sono stati raccolti e analizzati sia dall'Istat²¹, sia dalla rete dei centri antiviolenza (D.i.Re.) che, in quanto componente del gruppo di lavoro *Gender and Justice* di *EuroMed Rights*, rete di associazioni euro-mediteranee nata per la difesa dei diritti umani, ha partecipato a una rilevazione dati e informazioni sollecitata nell'aprile 2020 dalla Relatrice speciale delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne²².

¹⁹ Doc. XXII-bis n. 1, *Misure per rispondere alle problematiche delle donne vittime di violenza, dei centri antiviolenza, delle case rifugio e degli sportelli antiviolenza e antitratta nella situazione di emergenza epidemiologica da Covid-19*.

²⁰ Sono infine indicate specifiche misure per garantire l'accessibilità, l'accoglienza e la protezione delle donne migranti, richiedenti asilo, rifugiate e vittime di tratta.

²¹ Che ha una propria sezione dedicata alla *Violenza sulle donne* (<https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne>), prevista dal Piano Nazionale contro la violenza sulle donne, in cui vengono messi a disposizione documenti sulle politiche italiane ed europee di contrasto alla violenza, sulla prevenzione, su attività formative nelle scuole e presso gli operatori, oltre che report statistici e di analisi; all'interno di essa è stata predisposta uno spazio dedicato specificamente all'emergenza CoViD-19: <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/speciale-covid-19> (ultima consultazione 09/09/2020).

²² Il Report italiano è disponibile all'indirizzo <https://bit.ly/3kEayTo> (ultima consultazione 10/09/2020).

L'Istat, che aggiorna periodicamente i dati, ha reso disponibili una prima analisi (20 giugno: *L'allerta internazionale e le evidenze nazionali attraverso i dati del 1522 e delle Forze di Polizia – La violenza di genere al tempo del coronavirus: Marzo-Maggio 2020*²³) e una serie di tavole (13 agosto: *Il numero verde 1522 durante la pandemia*²⁴) relative al periodo compreso tra marzo e giugno 2020. Seguendo un suggerimento fornito a livello internazionale, infatti, in assenza di uno studio statistico aggiornato e svolto in tempo reale, le informazioni raccolte dal numero verde contro la violenza e lo *stalking* possono già fornire alcune prime evidenze relative all'andamento del fenomeno.

A confronto con l'andamento registrato negli anni precedenti, si segnala innanzitutto un incremento significativo del numero delle chiamate al 1522 a partire dal 22 marzo 2020, che va decrescendo in coincidenza con la fase 2 e con la progressiva e graduale riapertura dal 4 maggio in poi; un andamento che sembra attestare il successo delle campagne informative promosse dal Dipartimento per le pari opportunità sui canali televisivi e rilanciate sui *social* tra la fine di marzo ed aprile. Il numero delle chiamate telefoniche e via *chat* nel periodo compreso tra marzo e giugno 2020 è più che raddoppiato rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente (+119,6%), passando da 6.956 a 15.280; sono, invece, diminuite le chiamate per errori non intenzionali (703) e voluti e quelle fatte per scherzo (3.585) o per molestare (766), volte a denigrare la funzione di aiuto e supporto del 1522. Le richieste di aiuto tramite *chat* sono quintuplicate passando da 417 a 2.666 messaggi. Accanto alla richiesta di aiuto da parte delle vittime di violenza (4.899 chiamate pari al 32,1% del totale delle chiamate valide) crescono anche le chiamate per avere informazioni sulla tipologia di servizi offerti dal 1522 (3.655 pari al 23,9%); nel periodo di *lockdown*, il numero verde ha fornito informazioni e consulenze eterogenee indicando numeri utili di supporto sociale e psicologico (2.979 pari al 19,5% del totale), a testimonianza della funzione di "vicinanza" che questo servizio ha erogato in un particolare momento di crisi; il 77,2% delle vittime è stato inviato ad altri servizi.

Il numero delle persone che si è rivolto al servizio è raddoppiato²⁵; sono soprattutto persone che chiedono supporto per se stesse a rappresentare la maggior parte delle chiamate, ma cresce proporzionalmente anche il numero di chi si rivolge al numero verde per aiutare qualcun altro o per chiedere informazioni, compresi operatori dei servizi pubblici e appartenenti alla rete parentale o amicale delle vittime²⁶. La maggior parte delle chiamate valide (l'82,8 per cento nel periodo marzo - maggio 2020), corrisponde a un primo contatto, in crescita rispetto agli anni precedenti (nello stesso periodo del 2019 era pari al 75,6 per cento); anche tra le vittime in senso proprio è più alta la frequenza di chi è al primo contatto (95,4%). Il numero verde 1522 svolge in molti casi la funzione di mediazione tra utenti e servizi sul territorio; in 6.115 casi delle 11.920 chiamate effettuate nel trimestre marzo-maggio la chiamata è stata indirizzata su altri servizi (nella maggior parte dei casi – 74,8 per cento –

²³ Si veda <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/speciale-covid-19> (ultima consultazione 10/09/2020).

²⁴ All'indirizzo <https://www.istat.it/it/archivio/246557> (ultima consultazione 09/09/2020).

²⁵ Il Glossario che accompagna le tavole di dati specifica che si designano come "utenti" le persone che si rivolgono al 1522 per chiedere aiuto per sé o per altri e "vittime" quelle che si rivolgono al 1522 per chiedere aiuto per sé e hanno subito una violenza nelle sue varie forme e di cui le operatrici del 1522 hanno potuto acquisire dati socio-anagrafici.

²⁶ Le chiamate motivate da una richiesta di aiuto per violenza subita ammontano a 1.543, ma si chiama anche per avere informazioni sul servizio 1522 (28,3%), o per manifestare altre situazioni di disagio diverse dalla violenza (17,1%)

fornendo indicazioni sui CAV presenti nel territorio); la crescita del numero delle telefonate, specialmente in alcune Regioni, ha anche sofferito alla difficoltà di contattare in altro modo i CAV. Nel 60,6% dei casi le chiamate arrivano tra le 9 e le 17 (nell'80% dalle 9 alle 20); quelle durante la notte e la mattina presto, solitamente in numero minore, hanno raggiunto il 17,5% durante il *lockdown* (con un aumento del 7,4 per cento rispetto allo stesso periodo del 2019).

La violenza descritta da chi chiede aiuto e supporto è fisica e psicologica. In particolare, nel periodo del *lockdown* cresce la violenza di tipo fisico, passando da 44,9 per cento a 51,3 per cento. In assoluta prevalenza – quasi la totalità dei casi – si tratta di donne (96,4 %), di tutte le età, con una maggiore concentrazione nelle classi centrali di età; il titolo di studio è medio-alto. Le prime caratteristiche evidenziano che i profili raccolti dal numero verde corrispondono a quelli già tracciati dalle precedenti indagini ISTAT sulla sicurezza delle donne: sembra confermata anche in tempo di *lockdown* la caratteristica *trasversalità* del fenomeno della violenza domestica, che interessa diverse età e background socio-economici. Nel 93,4% dei casi la violenza si consuma tra le mura domestiche, nel 64,1% si riportano anche casi di violenza assistita. Il 45,3% delle vittime ha paura per la propria incolumità o di morire.

Malgrado l'aumento delle chiamate di aiuto, al periodo di *lockdown* non corrisponde un aumento delle denunce alle forze dell'ordine, per quanto sia stato registrato anche un aumento anche delle chiamate di intervento alle sale operative delle questure (+8,3% nel primo quadrimestre 2020, con 12.579 richieste di aiuto tra gennaio e aprile 2020, rispetto alle 11.610 degli stessi mesi del 2019). Le denunce per maltrattamenti in famiglia sono diminuite del 43,6%, quelle per omicidi di donne del 33,5%, tra le quali risultano in calo dell'83,3% le denunce per omicidi femminili da parte del *partner*. Il 72,8% delle utenti del numero verde non denuncia il reato subito. Le motivazioni della mancata denuncia su un totale considerato di 3.703 casi sono riconducibili a pressioni esplicite o implicite del contesto familiare (che passano dal 19,5 per cento del 2019 al 27,4 per cento del 2020), ma anche a paura generica (14,8 per cento) o paura della reazione del violento (13,7 per cento); il 3,8 per cento delle persone motiva il ritiro della denuncia dichiarando di essere state invitate direttamente dalle forze dell'ordine a farlo o manifestando scarsa fiducia in queste ultime; alla paura e alla sensazione di non essere tutelate si somma anche l'impossibilità concreta di un'alternativa di vita: sono molte in questo senso le donne che dichiarano di non avere un posto dove andare (6,9 per cento, con + 4,7 punti percentuali rispetto al 2019). Tra le vittime, il 2,9 per cento (129) ha ritirato la denuncia e 1 su 2 fatto ritorno alla convivenza con il maltrattante. L'area della violenza non denunciata resta comunque molto ampia e l'andamento osservato evidenzia che la tendenza a non denunciare non si modifica particolarmente nel tempo.

Nei mesi di marzo ed aprile 2020, appaiono diminuiti anche i casi di ammonimento predisposto dal questore in caso di *stalking* e di violenza domestica, rispetto allo stesso periodo del 2019, mentre gli allontanamenti d'urgenza dalla casa familiare sono aumentati nel 2020, con un picco nel mese di marzo (più 66,7%; il numero di quelli attuati ad aprile è rimasto invece invariato rispetto al 2019, per un totale di 22 casi)²⁷.

²⁷ Istat avverte però che i dati dei mesi a ridosso dell'estrazione possono essere sottostimati, in quanto potrebbero non riportare ancora tutti i procedimenti attivati.

Benché gli omicidi siano complessivamente diminuiti nei primi mesi del 2020, restano rilevanti le differenze per i due sessi. Il totale degli omicidi nel primo quadrimestre 2020 è diminuito di più un terzo (meno 34,5%) rispetto allo stesso quadrimestre del 2019, ma mentre per gli uomini la variazione si è dimezzata, per le donne il totale è rimasto invariato, per effetto dell'aumento del mese di gennaio in cui le vittime donne erano più che raddoppiate; la percentuale di donne uccise sul totale delle vittime è stata negli ultimi dieci anni pari a circa un terzo delle vittime, ma nel mese di marzo 2020 in pieno *lockdown*, ha raggiunto il 57,1% degli omicidi (si evidenzia comunque che già a gennaio che la quota delle vittime donne era pari al 53,6% delle vittime)

Quanto ai dati forniti dalla rete D.i.Re, sono disponibili due rilevazioni riferite rispettivamente ai periodi 2 marzo – 5 aprile e 6 aprile – 3 maggio: nel primo periodo la rete ha registrato 2.983 contatti da parte di donne vittime di violenza, il 28 % dei quali sono stati nuovi contatti, che significa che 836 donne hanno preso contatto per la prima volta con un centro o sportello della rete; nel secondo periodo il numero dei contatti resta analogo (2.956), con una crescita dei nuovi contatti, che diventano il 33% del totale (979 donne, 143 in più del primo periodo). In confronto ai dati dello stesso periodo del 2018 viene dichiarato un incremento del 79,9 % dei contatti e del 6% delle donne che hanno richiesto accoglienza nelle case rifugio. D.i.Re. osserva che solo il 3% e il 4,6% dei contatti, rispettivamente nel primo e nel secondo periodo, proviene dal numero verde nazionale 1522, da cui è stato reindirizzato, mentre per la maggior parte l'approccio si è rivolto direttamente ai centri o agli sportelli della rete.

6. La casa luogo sicuro: per chi?

La compressione della convivenza e delle relazioni, la restrizione degli spazi, le differenze delle condizioni abitative e di lavoro, della ampiezza e qualità degli spazi vitali, hanno prepotentemente influito sulle situazioni di violenza domestica e di genere.

L'esperienza dei CAV²⁸ restituisce, in una prima fase, l'estrema difficoltà di attivare il contatto da parte delle donne che si trovino in situazione di violenza, impossibilitate a trovare momenti riservati per comunicare e richiedere assistenza, dal momento che la segnalazione di episodi di violenza, anche gravi o persino addirittura gravissimi, risulta ostacolata sia, dall'interno, dalla coabitazione forzata sotto il controllo costante del partner convivente²⁹, sia da un accesso all'esterno fortemente limitato

²⁸ Oltre ai dati e alla documentazione reperibile in rete, in coincidenza con la stagione dell'emergenza sanitaria si è svolto nell'università di Bergamo il corso universitario "*Violenza di genere: aspetti giuridici e psico-sociali*", naturalmente convertito alle modalità della didattica a distanza, allo svolgimento del quale hanno collaborato stabilmente, fra gli altri, esperte e operatrici del *Centro Aiuto donna* di Bergamo e del *Telefono rosa* di Torino, con le quali è stato possibile intessere un prezioso confronto con una prima rielaborazione delle esperienze durante la pandemia.

²⁹ Anche i dati Istat di cui si è riferito nel paragrafo precedente segnalano che, analizzando i flussi di chiamata, si registra un calo coincidente con i momenti di maggiore convivialità familiare – in particolare in coincidenza della Pasqua, del 25 aprile e 1° maggio, ma, in linea generale, nei fine settimana – che restituisce la minore facilità dei contatti nei momenti di convivenza forzata delle vittime con i familiari violenti. Il *Telefono rosa* di Torino ha inserito sulla sua pagina Facebook *tutorial* per insegnare a cancellare le telefonate, la cronologia delle chiamate, in modo da consentire alle donne vittime di violenza di gestire le comunicazioni con l'esterno senza la paura di un controllo a posteriori e sentendosi più protette.

dagli spazi di movimento drasticamente ridotti e dalla stessa paura del contagio (recarsi al pronto soccorso o alle stazioni di polizia o agli stessi CAV configura in sé una situazione di esposizione al rischio sanitario).

La diminuzione delle segnalazioni riscontrata nella primissima fase viene poi parzialmente compensata da un aumento delle richieste di aiuto telefoniche, anche negli orari notturni, ordinariamente meno usuali per i CAV, che, peraltro hanno saputo rapidamente convertire le proprie modalità di ascolto e accoglienza, riuscendo a garantire senza interruzioni significative quantomeno forme di contatto telefonico e in video conferenza; il numero delle denunce resta inferiore rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, e lo strumento del contatto telefonico e telematico è servito a mantenere o addirittura incrementare i contatti con le donne che già erano entrate in relazione con i centri prima della pandemia, mentre è rimasta la difficoltà di instaurare nuovi contatti. Sino a che non è stato possibile riprendere i colloqui in presenza, telefonate (che normalmente servono per un primo contatto per poi fissare un appuntamento di consulenza o incontro) o videoconferenze hanno dovuto essere ripensate e re-inventate anche per consentire consulenze più specifiche e approfondite e per costruire percorsi di accoglienza in strutture protette. Nonostante l'impegno sollecitato dagli interventi istituzionali sopra menzionati, sono segnalati problemi nella gestione concreta dei percorsi di accesso agli spazi protetti, a causa di una insoddisfacente integrazione con la gestione degli aspetti più propriamente sanitari rilevanti nelle procedure di accoglienza, in particolare per la mancanza, una volta fatta la denuncia e ottenuto l'inserimento in una struttura protetta, di corsie preferenziali e persino di tempi certi nell'effettuazione degli esami (tamponi) richiesti per l'ingresso in struttura³⁰.

Viene riferita un'evidenza sia dell'accelerazione dell'*escalation* delle forme di violenza, sia della frequenza con cui gli episodi si ripetono; non avere alternative, vie di uscita, possibilità di distanziamenti della quotidianità condivisa ha fatto sì che anche fra gli episodi di violenza non ci fossero le pause che "normalmente" li intervallano in quello che viene descritto come il *ciclo della violenza*, per cui a un episodio di violenza segue una fase di maggiore tranquillità e spesso di recupero degli elementi positivi della relazione di coppia.

Nello stesso tempo viene positivamente rilevata dalle operatrici dei CAV³¹ una significativa capacità delle donne (in particolare quelle già precedentemente in contatto, con percorsi di uscita dalla situazioni di maltrattamento e violenza già avviati) di trovare e mettere in campo efficaci strategie personali di contenimento e deflazione delle situazione percepite immediatamente come più rischiose per se stesse o per i figli, con una grande mobilitazione di risorse individuali; parallelamente si riscontra³² come il condensarsi nel tempo e nello spazio dei vissuti abbia in qualche maniera accelerato, almeno in quella fase, i processi di consapevolezza da parte della donna, sollecitando quella elaborazione della esperienza personale che è sempre un processo lungo e individuale di presa di coscienza della necessità di interrompere situazioni di disagio e violenza, trovando soluzioni che permettano di uscire da relazioni violente: constatare che il *partner* maltrattante non sia in grado di modificare i propri comportamenti neppure in una condizione generalizzata di emergenza, che ha posto tutti e tutte drammaticamente di fronte alla morte e al pericolo, fornisce alla vittima di violenza una sorta di pro-

³⁰ Quantomeno in Lombardia, secondo la segnalazione del *Centro Aiuto Donna* di Bergamo.

³¹ Sul punto le esperienze bergamasca e torinese convergono.

³² Riferito in particolare dal *Centro Aiuto Donna* di Bergamo.

va definitiva di non potersi aspettare da lui alcun cambiamento, di dover quindi agire in prima persona per determinare una modifica della propria condizione di vita.

7. L'esterno dell'interno: lo spazio domestico proiettato nel mondo

Lo spazio privato e domestico è diventato, nell'intrecciarsi inedito di tempi, modi e luoghi, lo "sfondo" di ogni comunicazione anche formale con l'esterno: per parlare con il cliente, con l'utente, con il collega, con il datore di lavoro; per stare in classe (virtuale), insegnando e/o apprendendo; per allargare la propria socialità, per tenere i contatti. Rendendo visibile e virtualmente accessibile un interno normalmente celato abbiamo, in un certo senso, messo in comune le nostre case, con una risignificazione degli spazi privati determinata dall'apertura della casa come luogo virtualmente connesso che, quindi, diventa, almeno in una certa misura, pubblico e condiviso.

Ed è questo, probabilmente, uno degli elementi che, paradossalmente, ha richiamato anche sulla violenza di genere una diversa e più trasversale attenzione; il confine segnato dalle mura domestiche diventa meno netto, lo spazio interno non riesce a celarsi e sottrarsi come prima allo sguardo esterno: degli spazi interni la condizione di confinamento ha imposto una diversa consapevolezza, nessuno può permettersi di ignorarne l'esistenza; quella domestica è diventata per tutte e tutti la dimensione unica e totalizzante, nella quale si svolgono anche attività che normalmente consideriamo pubbliche e non protette dalla riservatezza del privato; la moltiplicazione delle occasioni in cui la scena interna/familiare è stata condivisa ha in un certo senso accresciuto le reciproche aspettative di conoscenza e condivisione di quello spazio. O, quantomeno, ha reso più consapevoli di quanto lo spazio domestico definisca la condizione di ogni essere umano (e più consapevoli della violenza e dell'insicurezza che vi possono regnare).

D'altro canto, la situazione di confinamento è stata insieme *unificante* (una condizione condivisa perché imposta a tutti, in forma generalizzata) e *diversificante*: tutti e tutte, in casa, abbiamo scoperto quanto le nostre case sono diverse tra loro e quanto una condizione apparentemente condivisa e comune presenti in realtà profonde differenze, nella fruibilità e nel maggiore o minore agio degli spazi; abbiamo così potuto osservare il riemergere prepotente delle dimensioni *intersezionali* della disuguaglianza e il loro effetto moltiplicatore della disuguaglianza stessa, che cresce quanto più lo spazio dell'esperienza di vita viene confinato entro lo spazio domestico e privato degli spazi primari di socializzazione (penso a quello della scuola prima di tutto, ma anche all'ambito dei servizi sociali e sanitari non direttamente connessi alla pandemia, in cui vi sono state sospensioni e interruzioni delle attività, non surrogabili da modalità a distanza). E abbiamo avuto – e speriamo di non averla sprecata – l'occasione di riflettere sull'importanza che proprio gli spazi primari di socializzazione hanno nel promuovere condizioni di uguaglianza sostanziale.

Resta comunque scarsa la visibilità e considerazione del lavoro di cura, nodo cruciale dei rapporti di genere³³.

³³ Analizzano dati interessanti D. DEL BOCA, N. OGGERO, P. PROFETA, M.C. ROSSI, C. VILLOSIO, *Prima, durante e dopo il Covid: disuguaglianze in famiglia*, in <http://www.ingenero.it/articoli/prima-durante-dopo-covid-disuguaglianze-famiglia>; S. SCARPONI, *Alla gender equality serve più del family act* (<http://www.ingenero.it/print/7684>), argomenta una prima reazione critica alle misure di gestione della crisi che confermano i limiti di una visione di

8. L'interno dell'esterno: chi abita lo spazio pubblico?

L'emergenza sanitaria ha impresso anche un'accelerazione a fronte del tema della scarsa valorizzazione – e, prima ancora, della mancata presa in considerazione – della presenza di competenze femminili nello spazio pubblico.

Lo si è potuto vedere sia nelle critiche che hanno immediatamente accompagnato gli annunci della composizione delle *task force* di esperti attivate dal governo, fortemente squilibrate a favore della componente maschile³⁴, sia nella vicenda relativa all'aggiornamento delle leggi elettorali regionali in tema di misure di promozione dell'equilibrio di genere³⁵.

In entrambi i casi si potrebbe dire che la pandemia abbia funzionato come una lente di ingrandimento, costringendoci a osservare con maggiore evidenza come la costruzione delle strutture della decisione e del comando in prima battuta si orienti “spontaneamente” e “inevitabilmente” in senso mono-genere e solo in un secondo momento possa essere ri-orientata tramite l'introduzione di correttivi, imposti da una reazione attiva che rivela opposizione e mancata accettazione di quell'assetto di genere.

Anche sotto questo profilo si tratta di dinamiche non nuove, di costanti³⁶, che rivelano impliciti di genere di carattere strutturale / strutturalmente / presenti nei luoghi cruciali e insieme altamente simbolici in cui si svolgono i processi decisionali pubblici; se può essere colta una novità nella fase emergenziale è stata nel senso di una certa accelerazione del processo di reazione e parziale correzione.

Resta costante, dunque, la difficoltà di far vivere la questione di genere come questione trasversale, che interroga ogni ambito della vita sociale e che deve caratterizzare la pratica politica in termini di *mainstreaming*, nel senso, già indicato dalla Conferenza di Pechino del 1995³⁷, di un approccio strategico alle politiche che si pone l'obiettivo del raggiungimento dell'uguaglianza di opportunità tra donne e uomini in ogni ambito della società e che prevede l'integrazione di una prospettiva di genere

welfare familistico incapace di incidere sulle disuguaglianze di genere, nel lavoro e nei rapporti familiari (ultima consultazione 09/09/2020).

³⁴ V. la lettera, fatta circolare anche come petizione, pubblicata sul blog *La27Ora* del *Corriere della Sera*, il 12 aprile 2020, https://27esimaora.corriere.it/20_aprile_12/covid-19-task-force-la-ricostruzione-dateci-voce-4-donne-17-non-rappresenta-l-italia-f688dd1e-7ccb-11ea-9e96-ac81f1df708a.shtml (ultima consultazione 09/09/2020).

³⁵ A seguito delle sollecitazioni rivolte dal governo alle regioni chiamate alla tornate elettorale del 20 settembre, la Liguria ha provveduto ad adeguare la propria legislazione (legge regionale 21 luglio, n. 18 del 2020, articolo 7, comma 5, mentre nei confronti della regione Puglia è stato attivato il potere sostitutivo ex art. 120 Cost. con il d.l. 86/2020, convertito senza modifiche dalla l. 98/2020).

³⁶ Senza menzionare i paradossali ritardi e resistenze che hanno accompagnato una lentissima e timida attuazione del dovere di politiche attive di pari opportunità in materia elettorale e di accesso alle cariche politiche, espressamente inserito in costituzione già tra il 2001 (art. 117, co. 7) e il 2003 (art. 51), basti ricordare la composizione monogenere del Comitato dei saggi nominato da Napolitano all'avvio della XVII legislatura o la polemica di fronte alla sessione di nomine parlamentari tutte e solo maschili all'avvio della XVIII (su cui v. anche nota 47).

³⁷ *Empowerment* e *mainstreaming* sono le parole d'ordine che riassumono gli obiettivi condivisi dalla Dichiarazione della Conferenza delle donne di Pechino 1995, di cui quest'anno ricorre il venticinquesimo anniversario.

nell'attività di realizzazione delle politiche: dal processo di elaborazione, all'attuazione, includendo anche la stesura delle norme, le decisioni di spesa, la valutazione e il monitoraggio³⁸.

Pretendere che "lo sguardo di genere" sia finalmente e realmente assunto come ordinariamente necessario, come strumento abituale di analisi e interpretazione della realtà, richiede, tuttavia, di accettare sino in fondo la sfida di definire *perché, in quali termini, in quale ottica* esso sia importante.

In tal senso, si tratta preliminarmente di mettere esplicitamente a tema il fatto che ogni questione di genere richiede un orizzonte di riferimento da rendere noto e sul quale confrontarsi, e che il confronto implica almeno la consapevolezza del posizionamento, anche teorico e filosofico-politico, di riferimento³⁹. E in questo quadro vanno anche analizzate e valutate le misure di correzione che vengono proposte e adottate come reazione alla riproposizione dell'ordine e dell'orizzonte mono-genere, che replica la caratteristica gerarchizzazione dei sessi della struttura tradizionale di genere.

Si tratta di interrogare ogni misura adottata nella sue caratteristiche formali-strutturali (quote? femminili o di genere? altre – e quali – azioni positive? misure antidiscriminatorie? orientate al riequilibrio o alla replica della composizione statistica della popolazione [50-50]? misure temporanee *anti-trust*, di rottura e superamento del monopolio maschile, ovvero misure permanenti di rappresentazione/restituzione di una realtà sociale duale?) e – prima ancora e, comunque, in stretto collegamento – nei suoi presupposti e nelle sue finalità (a quale "distorsione" connessa alla prevalenza o al monopolio maschile dello spazio si intende reagire? quale qualità della struttura decisionale si intende veicolare? in termini di presenza, di competenze, di rappresentanza? la differenza di genere ha una specificità o è analoga ad altre differenziazioni sociali? l'incremento della presenza femminile nello spazio esterno e pubblico sottintende la necessità permanente di un assetto duale? qual è il rapporto tra sesso e genere? in che modo l'appartenenza a un sesso si collega alla percezione privilegiata e alla capacità di rappresentare un punto di vista di genere, uno "sguardo di genere"?).

La vicenda dell'adeguamento alle prescrizioni costituzionali in tema di pari opportunità di genere imposto alla legge elettorale della Puglia dal d.l. 86/2020 offre, su questo terreno, interessanti materiali di riflessione: da un lato, il confronto politico in parlamento, per quanto sommario e d'urgenza, che ha accompagnato l'approvazione della legge di conversione del d.l. 86 ha reso evidenti, in realtà, amplissime divaricazioni nelle posizioni, sia in termini di definizioni della struttura delle norme approvate⁴⁰, sia riguardo a presupposti e finalità⁴¹; il che, dall'altro lato, rende ancora più necessario giungere

³⁸ Approccio più recentemente riproposto quale vera e propria priorità per il Paese (si veda al punto 6 la *Relazione Italia 2020-2022* presentata dal *Comitato di esperti in materia economica e sociale*, che richiama espressamente l'obiettivo 5 della parità di genere individuato dall'Agenda 2030: indicando la parità di genere come fondamentale per la crescita, afferma che «deve diventare, per la prima volta, una priorità del Paese, anche grazie a valutazioni ex-ante delle diverse politiche economiche e sociali»).

³⁹ I. MASSA PINTO, *Costituzione e generi: argomenti interpretativi e teorie sulla differenza sessuale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 2, 2019, 597.

⁴⁰ Ad es. la senatrice Binetti specifica di intendere le quote come «politica naturale che supplisce a ciò che percepisco come un pregiudizio, e quindi anche come un'ingiustizia, attraverso un riconoscimento a priori del merito»; il senatore Quagliariello argomenta che le quote «possono essere accettabili se si configurano come aggiustamenti temperati e soprattutto circoscritti nel tempo [...] se invece s'intende la legislazione in materia come uno strumento di ortopedia sociale per l'introduzione di un gesso permanente, il discorso cambia e, in questo caso, sarei decisamente contrario»; un inciso del suo discorso fa emergere un implicito radicato: parlando di quote rosa, infatti specifica che «tecnicamente [si tratta di] regole per la parità di genere, rosa o

a ricostruire – sul piano dell’ordinamento giuridico, se non su quello della intenzione politica - la *ratio* incorporata dalle norme che hanno realizzato l’intervento sostitutivo dello stato in materia di legislazione elettorale regionale.

9. L’esercizio del potere sostitutivo statale a garanzia della doppia preferenza di genere (il d.l. 86/2020)

L’adeguamento alle prescrizioni costituzionali in tema di pari opportunità di genere è stato imposto alla legge elettorale della Puglia dal decreto-legge n. 86 del 31 luglio 2020, intitolato *Disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario*, immediatamente convertito senza modifiche dalla legge 98/2020⁴².

Colpisce, innanzitutto, come, la “prima volta” dell’esercizio del potere sostitutivo ex art. 120 cost. sia stata per la garanzia del principio di pari opportunità in materia elettorale⁴³: l’esercizio di un forte potere di intervento statale che, pur variamente sollecitato, non era stato preso in considerazione in presenza di circostanze di rilevante criticità nella gestione dell’emergenza sanitaria⁴⁴, viene attivato,

azzurro che sia, *ma sappiamo tutti che di quote rosa si tratta*» (sott. ns.); a loro e altri che si sono riferiti alle misure in discussione in termini di quote, la relatrice Valente obietta però «[q]ui non ci sono quote: c’è una norma antidiscriminatoria, che è una cosa ben diversa dalla quota, che è un orientamento assolutamente accreditato in sede internazionale, così come in sede nazionale [...] nessuno dei due generi deve essere sottorappresentato nelle liste e, dall’altro lato, diamo una possibilità in più all’elettore di esprimere la preferenza».

⁴¹ Si parla di «istituzioni che siano il volto della nostra comunità e della comunità che vogliamo essere, nelle quali le donne sono insieme agli uomini in quella reciprocità e corresponsabilità necessarie per l’esercizio compiuto della democrazia» (la ministra Bonetti alla Camera); di qualità della democrazia selezione delle classi dirigenti e credibilità del Paese, di «una visione del mondo e dei diritti umani che – lo ricordo – sono al contempo indivisibili perché sono insieme diritti politici, civili, cioè di rappresentanza, civili e sociali» (on. Pollastrini alla Camera); si allude «a ragioni più intuitive, come il fatto che sia ingiusto escludere le donne, e non possiamo permetterci di fare a meno della loro esperienza e competenza, che si tratti di tecnologia, economia o assistenza sociale» (on. De Carlo alla Camera).

⁴² La rapidità della conversione aiuta a liberare il campo dalle obiezioni in merito all’uso del decreto legge in materia elettorale; per quanto l’argomento sia stato ampiamente sostenuto dalle opposizioni nel corso della discussione parlamentare, l’esistenza di un sostanziale accordo tra i gruppi parlamentari, effettivamente rispettato, ha consentito di consolidare al più presto – già dal 9 agosto – la normativa in questione e si è potuto procedere con tanta celerità solo in base a un consenso sui tempi di calendarizzazione e discussione, e alla assenza di emendamenti.

⁴³ Parla di un “frutto buono” della pandemia T. GROPPI, *La democrazia paritaria alla prova dell’inerzia della regione Puglia*, in https://27esimaora.corriere.it/20_luglio_26/democrazia-paritaria-prova-dell-inerzia-regione-puglia-788b891a-cefc-11ea-ad37-c8c15ec5de19.shtml (ultima consultazione 09/09/2020).

⁴⁴ In chiusura della discussione al Senato sulla conversione del d.l. 86, lo segnala anche il ministro Bocchia: «[l]’attivazione dei poteri sostitutivi ai sensi dell’articolo 120 è stata spesso richiamata e richiesta, in questi mesi drammatici, e il Governo ha sempre tentato, fino all’ultimo, la mediazione con le Regioni. Lo abbiamo fatto su tanti temi di ordinaria amministrazione e di straordinaria amministrazione, dalla sanità ai trasporti, nei momenti più difficili e drammatici che riguardavano anche l’ordine pubblico, alla fine sempre di comune accordo con le Regioni».

superando nei fatti ogni dubbio relativo all'ingerenza/interferenza nell'autonomia regionale⁴⁵, per garantire la doppia preferenza di genere nella legislazione elettorale di una regione chiamata al voto nella tornata di settembre.

Emerge poi l'ampia condivisione nel merito, che ha consentito la conversione senza emendamenti in tempi rapidissimi (il 4 agosto al Senato e il 6 alla Camera) e senza emendamenti, in esito a votazioni prive di contrari (le riserve dei partiti di opposizione sono state espresse solo nella forma dell'astensione⁴⁶).

Una tale inedita manifestazione di attivismo in materia di sensibilità di genere non può non sorprendere in un contesto politico che, sul tema dell'equilibrio di genere ha sempre mostrato resistenze e reticenze (si pensi, in generale, all'attuazione tardiva e restrittiva del principio costituzionale ex artt. 51 e 117 cost., ma anche, nello specifico del governo in carica, alla costituzione della *task force*).

Senza voler disconoscere il peso delle sollecitazioni di personalità e gruppi associati di donne, senza sminuire l'impegno della ministra Bonetti, senza ignorare che un parere articolato e ampiamente argomentato⁴⁷, offerto dal gruppo de "lecostituzionaliste"⁴⁸, aveva chiaramente prefigurato al governo la possibilità e l'esigenza di percorrere la strada dell'esercizio del potere sostitutivo nel caso di inerzia regionale, si potrebbe azzardare che tanto impegno su una questione di genere si è certamente giovato di una tendenza alla concentrazione del potere per linee di comando accentrato, che ha rappresentato lo "stile" decisionale proprio della fase dell'emergenza⁴⁹.

Le premesse del decreto-legge individuano il presupposto sostanziale per l'attivazione del potere sostitutivo richiamando, innanzitutto, gli articoli 51 e 117, co. 7 cost., nel merito dei principi costituzionali che riguardano la materia elettorale, accanto al 122, che delinea il riparto di competenze legislative tra stato e regioni in materia elettorale: dunque, evocando il dovere di politiche attive di pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e procedendo con la specificazione del principio stesso attraverso il richiamo della legislazione che vi ha dato attuazione, e in particolare

⁴⁵ Anche se le opposizioni parlamentari (FI, Lega, meno FdI) lo lamentano nel corso della discussione, l'esito del voto conferma una sostanziale accettazione, in quanto si limitano all'astensione: alla Camera la legge è approvata da 267 voti favorevoli, 182 astenuti e 2 contrari, mentre al Senato da 149 favorevoli e 98 astenuti.

⁴⁶ V. nota precedente.

⁴⁷ Vedi il documento curato dal gruppo di lavoro sulle leggi elettorali, *Il mancato adeguamento delle leggi elettorali regionali alle prescrizioni statali sulla parità di genere*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2020, www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Le_Costituzionaliste_Il_mancato_adequamento_delle_leggi_elettorali_regionali.pdf (ultima consultazione 09/09/2020).

⁴⁸ Gruppo di studiose del diritto costituzionale aggregatosi in una rete che opera per l'approfondimento delle tematiche di genere nell'ambito disciplinare specifico, la cui prima iniziativa pubblica nel 2018 è stata la lettera rivolta ai presidenti delle Camere che segnalava e lamentava la scelta esclusivamente maschile nell'elezione contestuale di 21 componenti di organi di vertice (un giudice costituzionale e i membri laici dei consigli superiori delle magistrature ordinaria e speciali), che può leggersi sul sito dell'AIC: https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/notizieAIC/LETTERA%20COSTITUZIONALISTE%20ITALIA_NE%20PRESIDENTI%20CAMERE.pdf (ultima consultazione 09/09/2020). Al gruppo si deve anche l'iniziativa di un *webinar* organizzato per il 17 settembre 2020 sul tema *Emergenza e Covid*.

⁴⁹ I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020, par. 2, parla di centralizzazione, personalizzazione e tecnicizzazione del potere come tendenze in corso da tempo che la gestione dell'emergenza avrebbe esasperato.

dell'art. 4, co. 1, lett. c-bis della legge 165/2004, come modificato dalla l. 20/2016⁵⁰. La necessità di «garantire l'effettività del rispetto del principio di accesso alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza ai sensi dell'art. 51, co. 1, Cost.» viene espressamente collegata alla funzione di tutela dell'unità giuridica della Repubblica – contemplata dall'art. 120 Cost. – che, «in considerazione delle imminenti scadenze elettorali», richiede e giustifica l'adozione di un intervento sostitutivo di urgenza⁵¹.

L'art. 1 del decreto legge, a mio avviso con una certa ambiguità, menziona «il mancato recepimento dei principi fondamentali posti dall'art. 4» affermando che esso «integra la fattispecie di mancato rispetto di norme di cui all'art. 120»⁵², diventando «presupposto» per l'adozione delle misure sostitutive ivi contemplate; a me pare che non potrebbe trattarsi della obliterazione di “semplici” principi fondamentali di una materia concorrente, per cui la costituzione prevede l'ordinario rimedio dell'impugnazione successiva ex art. 127 cost.⁵³, quanto piuttosto del fatto che si assume la violazione di un principio costituzionale fondamentale, che la legge statale cornice nella materia elettorale regionale, di competenza concorrente ai sensi dell'art. 122 cost., ha provveduto a concretizzare in modo specifico, declinando, a partire dalle modifiche della l. cornice introdotte dalla l. 20/2016, quelli che il d.l. 86/2020 definisce *criteri di attuazione e meccanismi formali di garanzia* del principio di promozione che tracciano la strada per l'intervento sostitutivo.

⁵⁰ Assente nel testo originario della l. 165, il principio viene introdotto dall'art. 3, l. 215/2012, con una più generica formulazione («lett. c-bis: promozione della parità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive attraverso la predisposizione di misure che permettano di incentivare l'accesso del genere sottorappresentato alle cariche elettive»), sostituita nel 2016 non solo con l'indicazione di un ventaglio delle misure coerenti all'obiettivo, ma riformulando parzialmente/linguisticamente l'obiettivo stesso (comunque riconducibile al dovere costituzionale di politiche attive di pari opportunità elettorali di cui all'art. 117, 7 e 51 cost.): «c-bis) promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive, disponendo che: 1) qualora la legge elettorale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale e sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima; 2) qualora siano previste liste senza espressione di preferenze, la legge elettorale disponga l'alternanza tra candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale; 3) qualora siano previsti collegi uninominali, la legge elettorale disponga l'equilibrio tra candidature presentate col medesimo simbolo in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale».

⁵¹ Del rispetto delle condizioni procedurali imposte dalla l. 131/2003 si dà conto menzionando l'atto di diffida alla regione da parte del governo – del 23 luglio, con termine a provvedere al 28 luglio – e l'invito al presidente della regione a partecipare al Consiglio dei ministri in cui è stato adottato il decreto legge. La regione era stata richiamata alle proprie responsabilità in maniera informale e poi in maniera formale fin dal 5 giugno, con un'apposita comunicazione del Ministro per gli Affari regionali, tramite la presidenza della Conferenza dei presidenti di regione; dopo un'informativa del Ministro Boccia in Consiglio dei ministri del 25 giugno che segnalava la perdurante l'inadempienza, il 3 luglio una nota ulteriore del Presidente Conte aveva invitato la regione a decidere con la massima urgenza.

⁵² Nel contesto del 120 le “norme” appaiono strettamente collegate ai “trattati internazionali”, individuando l'area dei vincoli costituzionali derivanti dal diritto internazionale consuetudinario e pattizio.

⁵³ T. GROPPPI, *op. cit.*, auspicando un uso massimamente oculato del potere da parte del governo da ricondurre alle «omissioni di particolare gravità», vede nel ricorso al potere sostitutivo ex art. 120, co. 2 lo strumento che consentirebbe al governo di colpire le *omissioni* delle regioni, mentre l'art. 127 gli riconosce la possibilità di impugnare entro 60 giorni dalla pubblicazione le nuove leggi regionali adottate, rilevando comunque che, nel caso, la regione colpita potrebbe a sua volta attivare il rimedio del conflitto di attribuzioni.

Più convincente nell'art. 2 del decreto il ribadito richiamo alla finalità di assicurare l'*unità giuridica* – coerentemente con le premesse – e *il pieno esercizio dei diritti politici*, che sembra evocare anche quella «tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» pure contemplata dall'art. 120 Cost.

D'altro canto, la montagna (l'esercizio del potere sostitutivo) ha partorito un topolino, vale a dire una misura che, pur generalizzatasi a seguito del suo positivo riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale⁵⁴, resta una misura minimale e relativamente debole, con scarsa potenzialità di incidenza effettiva sulla composizione di genere del consiglio regionale⁵⁵.

La misura è formulata in termini bidirezionali («due voti di preferenza, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso dall'altro»), come la norma di concretizzazione di cui è lamentato il mancato rispetto (art. 4 lett. c-bis).

Certamente dice che il genere delle/dei rappresentanti rileva, anche se solo eventualmente, qualora l'elettore intenda avvalersi di un doppio voto di preferenza; incide, dunque, e per questi aspetti va valutata in termini di proporzionalità e appropriatezza, condizionando la libertà di scelta dell'elettore nella espressione del voto⁵⁶, già comunque necessariamente delimitata dal potere dei partiti e presentatori di lista di configurare le liste di candidati – nell'articolazione delle quali il genere già rileva nella misura in cui sono previste quote di genere non inferiori al 40%⁵⁷. Affermando che la seconda preferenza deve essere (eventualmente) data a candidata/o di sesso diverso da quello della (even-

⁵⁴ Quando la legge elettorale 4/2009 della Campania ha previsto per la prima volta la doppia preferenza “di genere” (l'elettore può esprimere una seconda preferenza solo a condizione che sia a favore di uno/a candidato/a di sesso diverso da quello a cui ha attribuito la prima preferenza), la Corte costituzionale, respingendo il ricorso del governo che ipotizzava un limite illegittimo alla libertà di voto e una impropria condizione di eleggibilità, ne ha attestato la conformità a costituzione, sottolineando il carattere facoltativo per l'elettore della seconda preferenza (sent. 4/2010): a questo punto la soluzione campana diventa il nuovo punto di riferimento per l'attuazione del principio di pari opportunità in materia elettorale, confermando così, ancora una volta, la profonda e peculiare influenza che la giurisprudenza costituzionale continua a spiegare in questa materia: v. B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della corte costituzionale nella costruzione del genere*, in AA. VV. *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, 2017, 78 ss.

⁵⁵ Come riconosce la stessa sent. 4/2010: «[l']aleatorietà del risultato dimostra che quello previsto dalla norma censurata non è un meccanismo costringitivo, ma solo promozionale, nello spirito delle disposizioni costituzionali e statutarie prima citate»; ma anche perché si inserisce in un contesto in cui, a monte, l'offerta di candidature dei due sessi resta disomogenea (debolmente vincolata al rispetto di una quota non inferiore al 40%, da sanzioni economiche non rilevanti e non applicate).

⁵⁶ Sul punto la sent. 4/2010 osserva che «[s]i tratta di una facoltà aggiuntiva, che allarga lo spettro delle possibili scelte elettorali — limitato ad una preferenza in quasi tutte le leggi elettorali regionali — introducendo, solo in questo ristretto ambito, una norma riequilibratrice volta ad ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva. Tale risultato non sarebbe, in ogni caso, effetto della legge, ma delle libere scelte degli elettori, cui si attribuisce uno specifico strumento utilizzabile a loro discrezione». Per quanto confermi una sostanziale debolezza del provvedimento, appare condivisibile la cautela che richiede al legislatore attenzione specifica a tutti i profili di indispensabile bilanciamento, in particolare, per quanto riguarda la libertà di scelta dell'elettore e la libertà di organizzazione politica dei partiti e movimenti che partecipano alla competizione elettorale.

⁵⁷ Requisito già presente nella legislazione pugliese, con sanzione economica in caso di mancato rispetto (riduzione dei rimborsi elettorali); le cronache di fine luglio riferiscono che l'ostruzionismo e le divisioni in consiglio regionale hanno impedito non solo l'adozione della doppia preferenza proposta dalla giunta, ma anche l'introduzione di una più efficace sanzione di inammissibilità della lista.

tuale) prima preferenza, a pena di annullamento, veicola una idea di parità o pari opportunità di genere che potrebbe risultare compatibile sia con una visione paritaria e simmetrica, astrattamente neutralizzante⁵⁸, sia con una configurazione *duale* della rappresentanza⁵⁹. In ciò non si discosta dalle scelte precedenti del legislatore che ha sin qui preferito le quote *di genere*, perché, a differenza delle quote *femminili*, agirebbero in modo “neutrale”; anche se, in realtà, una norma formulata esplicitamente a favore del sesso femminile si limiterebbe a rendere esplicito il fatto che la sotto-rappresentazione riguarda, in termini attuali e concreti, il genere femminile. La differenza si manifesterebbe solo nel momento in cui il sesso femminile cessasse di essere svantaggiato: mentre le quote femminili, venuto meno il presupposto, perderebbero il fondamento implicito della loro ragionevolezza, le quote di genere garantiscono automaticamente e in via preventiva il sesso maschile dal rischio di sotto-rappresentazione.

La questione, quindi, va ricondotta alla funzione assegnata alle quote: che possono intendersi come misure intrinsecamente temporanee, azioni positive per rimuovere un assetto di potere squilibrato e garantire effettiva parità di opportunità, destinate per la loro stessa funzione ad essere superate nel momento in cui l’assetto di potere risultasse non più squilibrato; oppure possono essere configurate come norme permanenti di definizione di una condizione di equilibrio predefinito e paritario tra i sessi, che si assume come assetto irrinunciabile nella composizione della rappresentanza, diventandone una qualità indispensabile⁶⁰.

Tenendo in questo secondo caso presente che una norma che impone nelle sedi della rappresentanza politica un vincolo permanente di risultato (equilibrio nella composizione di genere) agisce, infatti, sulla struttura stessa della rappresentanza⁶¹, modificandola in base una sorta di nuovo contratto sociale di genere che impone un assetto permanentemente duale.

La misura imposta della doppia preferenza di genere imposta con l’esercizio del potere sostitutivo alla legislazione elettorale della regione Puglia, da un lato, appare sorretta da un implicito che la ritiene elemento rilevante sul presupposto di una condizione di squilibrio che agisce in danno delle donne, come ostacolo all’accesso alle cariche elettive⁶², dall’altro, però, assume che il sesso delle/dei candi-

⁵⁸ Che “conta” gli uomini e le donne bilanciandone la presenza secondo una visione statistica e simmetrica dei sessi (50 e 50), che “neutralizza” il genere senza che sia necessario considerare le rispettive possibilità o l’effettivo potenziale sociale dei due sessi.

⁵⁹ Sull’alternativa più ampiamente B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 81.

⁶⁰ Come visto nelle precedenti note 40 e 41, si tratta di opzioni emerse anche nella discussione parlamentare, sulle quali però il confronto non sembra essere stato pienamente consapevole.

⁶¹ In altro ambito, relativo alla composizione degli uffici giudiziari, la giurisprudenza costituzionale ha riscontrato nella legislazione, e legittimato, una prospettiva duale: l’ordinanza 172/2001 ha escluso l’illegittimità della norma che impone che i due componenti non togati del tribunale dei minori siano di sesso diverso, riconoscendo che la presenza di entrambi i sessi è in funzione della acquisizione dell’esperienza diversificata dei due generi (sulla base, cioè, di una concezione duale della composizione dell’organo, rilevando che il legislatore considera «fondamentale la presenza nel tribunale per i minorenni di giudici onorari di sesso diverso, in modo che nelle sue decisioni il collegio possa sempre avvalersi del peculiare contributo di esperienza e di sensibilità proprie del sesso di appartenenza».

⁶² Che è presente nella stessa giurisprudenza costituzionale (sent. 4/2010: «Il quadro normativo, costituzionale e statutario, è complessivamente ispirato al principio fondamentale dell’effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica, nazionale e regionale, nello spirito dell’art. 3, secondo comma, Cost., che impone alla Repubblica la rimozione di tutti gli ostacoli che di fatto impediscono una piena partecipazione di tutti i cittadini

dati a favore dei quali si può esprimere una preferenza rileva come un elemento in sé irrinunciabile e permanente nella composizione della rappresentanza politica, dal momento che l'enunciato normativo non contempla alcun riferimento alla sotto-rappresentazione, né espresso (a differenza del testo precedente della *lett. c-bis* introdotto dalla l. 215/2012⁶³), né indiretto (nella temporaneità della misura).

Ma vi è una reale consapevolezza di quanto possa e debba cambiare, nella concezione teorica e nella pratica della rappresentanza politica, se davvero si arriva ad affermarne una qualità imprescindibile fondata sul genere? E, in ogni caso, quali sono gli impliciti che mettono in relazione l'appartenenza sessuale e la dimensione di genere? Si può davvero dare per scontato il rapporto tra sesso e genere, trascurando le implicazioni di un dibattito anche fortemente divisivo e comunque di grande complessità⁶⁴?

all'organizzazione politica del Paese. Preso atto della storica sotto-rappresentanza delle donne nelle assemblee elettive, non dovuta a preclusioni formali incidenti sui requisiti di eleggibilità, ma a fattori culturali, economici e sociali, i legislatori costituzionale e statutario indicano la via delle misure specifiche volte a dare effettività ad un principio di eguaglianza astrattamente sancito, ma non compiutamente realizzato nella prassi politica ed elettorale») e su cui v. anche le parole pronunciate alla Camera nella seduta del 4 agosto dal relatore Marco Di Maio: «[c]redo sia giusto, come afferma la nostra Costituzione, assicurare alle donne la stessa parità di accesso alle cariche elettive, e credo sia giusto farlo con gli strumenti che la Costituzione e il nostro ordinamento mettono a disposizione» e dall'on. Lisa Noja, che ricorda che «in Puglia c'è una sola donna nella giunta regionale uscente, e che su 50 consiglieri regionali solo 5 sono donne; nessuna di queste donne peraltro è in gruppi che sostengono la giunta del presidente Emiliano».

⁶³ Art. 3, che ha introdotto la *lett. c-bis*.

⁶⁴ In sede di conversione del d.l. vi allude, al netto della fisiologica forzatura della polemica politica, l'intervento del sen. Quagliariello, quando, riferendosi al d.d.l. contro l'omofobia in discussione alla Camera, parla di «una legge che, nel combinato disposto tra il suo articolato e i testi illustrativi, in qualche modo nega l'oggettività dell'identità sessuale e fa assurgere il suo esatto opposto, ossia un'identità di genere fluida e sganciata dal dato biologico, addirittura a diritto inviolabile dell'uomo, protetto dall'articolo 2 della Costituzione. [...] Le due iniziative a me paiono in evidente contrasto. Lo dico per paradosso, ma neanche poi troppo: che succederebbe se una persona computata come donna nella compilazione delle liste il giorno dopo si professasse uomo? Prevarrebbe la tutela della parità di genere, perseguita da questo decreto-legge, o il diritto all'identità di genere, sancito dalla legge in discussione alla Camera?» e rileva quanto possa essere problematico svincolare l'identità sessuale, da un dato di oggettività, richiamando «un conflitto tra scelta sessuale e identità sessuale. E non è un caso che tale conflitto sia deflagrato in questi giorni all'interno dello stesso mondo LGBT e tra una parte di esso e il mondo femminista, che dopo anni di battaglie per la parità – come quella che ha portato al decreto che stiamo discutendo oggi – vedono gli spazi conquistati messi in dubbio da un'ideologia che contesta il presupposto stesso (cioè, l'identità sessuale) del loro riconoscimento».

I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali

Marilisa D'Amico*

THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE HEALTH CORONAVIRUS EMERGENCY: CONSTITUTIONAL PROFILES
ABSTRACT: The article analyzes the legislative measures enacted during the emergency situation from the standpoint of the sources of law and of their impact on already discriminated or vulnerable people. The study focuses on the impact of these measures on women, people with disabilities, migrants and detainees. The described situation has therefore challenged the principles of constitutionalism.

KEYWORDS: Health; fundamental rights; rule of law; discrimination; emergency

SOMMARIO: 1. L'emergenza sanitaria nello Stato costituzionale – 2. L'anomalo e problematico utilizzo degli strumenti normativi – 3. La c.d. fase 2: profili di continuità e discontinuità – 4. Possiamo "sospendere" il bilanciamento fra i diritti fondamentali in nome dell'emergenza? – 5. L'impatto delle misure restrittive su chi è già discriminato – 5.1. Le donne – 5.2. Le persone con disabilità – 5.3. I migranti e gli stranieri – 5.4. I detenuti – 6. Conclusioni.

1. L'emergenza sanitaria nello Stato costituzionale

L'emergenza sanitaria da CoViD-19 che ha colpito tutto il mondo e che ha trasformato profondamente le vite di un mondo globalizzato, innalzando frontiere, spazzando sicurezze e diritti, istillando dubbi e paure anche nei confronti della scienza e della medicina, si sta protrahendo molto oltre le iniziali previsioni, acuendo una serie di interrogativi cruciali per il nostro Stato costituzionale¹.

La situazione italiana, dal punto di vista dell'impatto della pandemia, ma anche delle risposte sul piano istituzionale e scientifico, presenta alcune peculiarità, su cui occorre ragionare.

Nelle riflessioni che seguiranno vorrei innanzitutto partire dalla profonda relazione che deve sempre sussistere fra potere e diritti, fra il modo in cui uno Stato costituzionale decide di limitare i diritti fondamentali e il necessario bilanciamento fra questi stessi diritti, alla luce del diverso impatto delle misure emergenziali su persone che soffrono già di discriminazioni o che sono in condizioni di particolare fragilità.

Le istituzioni italiane hanno risposto in modo sicuramente anomalo dal punto di vista dell'architettura costituzionale, travolte da una crisi senza precedenti e inimmaginabile, ma i provvedimenti adottati finora, che stanno sacrificando moltissimi diritti fondamentali per garantire quello

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Prorettore delegato a legalità, trasparenza e parità di diritti, Università degli Studi di Milano. Mail: marilisa.damico@unimi.it. Contributo su invito.

¹ Si veda, sul paradosso di una crisi globale a cui si risponde entro i confini nazionali, E. CHITI, *Questi sono i nodi. Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in *laCostituzione.info*, 24 aprile 2020.

alla salute, soprattutto collettiva, rischiano, specialmente se protratti nel tempo, di travolgere le persone più vulnerabili, acuendo in modo irrecuperabile quelle differenze di cui lo Stato, alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dovrebbe sempre tenere conto. Una situazione che rischia di spezzare quello stretto legame fra limitazioni a libertà fondamentali, doveri e principio di solidarietà, che giustifica tante restrizioni a cui siamo stati e siamo sottoposti².

Vi è però un punto che occorre sottolineare: fino a questo momento l'attenzione della dottrina sembra essersi polarizzata sul sistema delle fonti e su un'analisi assolutoria o critica, a tratti anche aspra, delle modalità adottate dal Governo nel disciplinare sotto il profilo normativo la situazione di emergenza. Vi sono certi autori, come Massimo Luciani, che hanno affermato che la legittimità delle procedure non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale³, ma che allo, stesso tempo, è anzitutto alla prospettiva formale che occorre guardare per ricostruire il quadro degli strumenti normativi utilizzati⁴.

Io credo invece che occorra tenere insieme questi aspetti, alla luce delle carenze dei provvedimenti adottati rispetto alle persone che soffrono di discriminazioni. Il principio di legalità sostanziale, principio cardine della nostra Carta costituzionale, ha proprio la funzione di garantire le decisioni più ampie e ponderate sui diritti fondamentali. Non è un caso che le più importanti decisioni della Corte costituzionale, all'inizio della sua attività, abbiano investito proprio la natura e l'ampiezza di questo principio⁵. E non dobbiamo dimenticare che le maggiori violazioni dei diritti fondamentali, quelle che hanno inciso in passato il principio di eguaglianza e di non discriminazione, sono state compiute non tanto da leggi, quanto da provvedimenti secondari, spesso da circolari. Nota è l'utilizzazione di questi strumenti secondari, a partire dai provvedimenti esecutivi delle leggi razziali, fino a quelli che, ai giorni nostri, incidono su diritti fondamentali, come il diritto di professare liberamente il proprio cre-

² Sul tema, P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2020.

³ Come osserva anche I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *questioneigiustizia.it*, 18 marzo 2020.

⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *rivistaaic.it*, 2, 2020, il quale osservava precisamente, in merito ai rapporti tra i vari tipi di fonti utilizzate nella gestione dell'emergenza, che «sarà anche vero che la legittimità delle "procedure" seguite per affrontare l'emergenza "non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale", ma essendo il diritto la veste formale dei rapporti sociali di forza è anzitutto alla prospettiva formale che occorre volgersi».

⁵ Mi riferisco in particolare alle pronunce sull'art. 2 del T.u.p.s., che disciplina il potere di ordinanza, dove la Corte ricorre a una prima pronuncia interpretativa di rigetto, con la sent. 2 luglio 1956, n. 8, nella quale ribadisce che le ordinanze «hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico», escludendo che potessero divenire lesivi di altre libertà fondamentali, quali nel caso di specie l'art. 21. Cost., essendo costretta qualche anno più tardi a ricorrere a una pronuncia interpretativa di accoglimento, la nota sent. 27 maggio 1961, n. 26, nella quale veniva dichiarata incostituzionale la norma nella parte in cui avesse consentito un potere di ordinanza limitativo di libertà fondamentali. Cfr. sulla vicenda, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 2011, 557.

do⁶ o i diritti in materia di procreazione medicalmente assistita e di interruzione volontaria di gravidanza⁷.

Senza voler enfatizzare oltre questo aspetto, un'analisi delle modalità di restrizione di molte delle nostre libertà è necessaria prima di esaminare *funditus* il merito di tali limitazioni. Non vi è chi non veda come atti secondari unilaterali restringano la possibilità che siano valutate e trovino voce quelle posizioni che sono del tutto sacrificate dai provvedimenti in questione⁸.

2. L'anomalo e problematico utilizzo degli strumenti normativi

Va ricordato, in premessa, che la nostra Costituzione non si occupa di "stati di emergenza"⁹, ma all'art. 78 prevede che il Parlamento possa deliberare con legge lo stato di guerra e conferire al Governo i poteri necessari. Per converso, all'art. 77 è sancita la possibilità per il Governo, con riferimento a stati eccezionali di necessità e urgenza, di emanare decreti-legge che devono essere convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro emanazione. Come tutti sappiamo, quello che era uno strumento eccezionale si è trasformato ormai nell'ordinaria modalità di emanazione di fonti di livello primario, anche in materie, come quella penale¹⁰, che originariamente si ritenevano di competenza esclusiva del Parlamento.

La situazione che stiamo vivendo¹¹ presenta una profonda anomalia dal punto di vista del sistema costituzionale delle fonti, dal momento che lo "stato di emergenza" è stato dichiarato a gennaio dal Governo¹² e il Parlamento è stato coinvolto pochissimo¹³: sia perché il baricentro delle decisioni di

⁶ Ragiona dell'impatto dell'emergenza sulla libertà religiosa, in particolare, P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2020.

⁷ Per un approfondimento su questo tema, sia consentito il richiamo a M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *rivistaaic.it*, 4, 2018.

⁸ Atti peraltro che si sono spesso rivelati inidonei a garantire il necessario livello di trasparenza richiesto a fronte di misure limitative così rilevanti; sul tema, cfr., G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in *Giustiziainsieme.it*, 24 marzo 2020; e M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020.

⁹ Come osserva, in particolare, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020.

¹⁰ Su cui, volendo, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *rivistaaic.it*, 3, 2016; v. anche I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, 2015.

¹¹ Nonostante si stiano susseguendo nelle ultime settimane provvedimenti che gradualmente riportano il godimento di molte delle libertà costituzionali prima limitate o sopresse, mi pare che non sia inopportuno ritenerci ancora all'interno di una situazione anomala, dal momento che, come cercherò di dimostrare nel paragrafo sulla c.d. fase 2, molti aspetti formali e tanti profili di sostanza vengono trattati in modo anomalo e soprattutto senza un adeguato bilanciamento delle situazioni, con una ricaduta in termini di ragionevolezza delle disposizioni.

¹² In data 31 gennaio, il Governo ha deliberato lo stanziamento dei fondi necessari all'attuazione delle misure precauzionali conseguenti alla dichiarazione di "Emergenza internazionale di salute pubblica" da parte dell'OMS e ha deliberato, ai sensi dell'art. 7, primo comma, lett. c) del d.lgs n. 1 del 2018 (Codice della Protezione civile), lo stato d'emergenza per la durata di sei mesi.

¹³ N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2020; e S. CURRERI, *Il parlamento nell'emergenza*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020.

ordine politico ed economico si è spostato verso il Governo, relegando il Parlamento ad un ruolo del tutto marginale e secondario; sia perché lo stesso Parlamento – che è rimasto completamente fermo nelle primissime settimane dell'emergenza – ha esitato ad esercitare le proprie funzioni di controllo e di indirizzo nei confronti del Governo.

In questa complessa cornice, la copertura democratica alle limitazioni delle libertà fondamentali protette dalla Costituzione, assicurata tradizionalmente dall'adozione di fonti di rango primario, è stata in molti casi solo formale¹⁴.

Se si scorre l'oramai lunghissimo elenco dei provvedimenti assunti nella prima fase dell'emergenza, si comprende chiaramente quanto sia stato trainante il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Consiglio dei Ministri stesso, peraltro con alcuni tratti di innovatività rispetto ad una tendenza già presente nel nostro ordinamento¹⁵.

Come più volte evidenziato dallo stesso Presidente del Consiglio, le decisioni prese in questa emergenza sono state concordate in modo non sempre trasparente¹⁶ con il Comitato tecnico-scientifico istituito dal Capo del Dipartimento della protezione civile (ex art. 2, co. 1, del decreto-legge n. 19 del 2020). Inoltre, fin dal primo decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020¹⁷, il Governo ha seguito un *modus procedendi* assolutamente peculiare, adottando le più importanti misure di contenimento con i ben noti "DPCM"¹⁸. Il Governo, infatti, ha varato decreti-legge dal contenuto molto vago, rilevanti per lo più sul versante procedurale, intervenendo poi, sul versante sostanziale, con plurimi "DPCM"¹⁹.

Questo schema è chiarissimo a partire dai "DPCM" dell'8 e del 9 marzo 2020, entrambi attuativi del decreto-legge del 23 febbraio 2020, con cui sono state estese all'intero territorio nazionale le più severe restrizioni inizialmente previste per le sole Regioni del nord.

Il quadro che emerge (in continua evoluzione) è emblematico delle anomalie da più parti segnalate: 16 decreti-legge e 18 "DPCM", oltre ad una serie sterminata di ulteriori ordinanze ministeriali (del Ministero della Salute in particolare), che hanno precisato alcuni profili contenuti nei provvedimenti governativi e presidenziali.

¹⁴ Su questi profili, tra i molti, E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1, 2020, 95 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020; e P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, ivi.

¹⁵ Sottolinea questo aspetto, ancora, I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit.

¹⁶ La recentissima pubblicazione dei primi verbali del Comitato tecnico-scientifico, peraltro, conferma quanto sia stato complesso e non sempre immediato il raccordo tra i diversi centri decisionali.

¹⁷ Cfr. Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (GU del 23 febbraio 2020, n. 45), convertito con la legge di conversione 5 marzo 2020, n. 13 (GU del 9 marzo 2020, n. 61).

¹⁸ Ai sensi dell'art. 3 del decreto, essi sono stati adottati «su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale».

¹⁹ Su questi stessi profili, v., anche, M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020.

Su questi provvedimenti, il Parlamento non ha potuto operare un controllo *ex ante* nel merito delle misure adottate ed è stato generato un quadro complessivo di massima incertezza, per quanto riguarda le deroghe ivi previste e l'apparato sanzionatorio.

Da questo specifico punto di vista²⁰, emerge un quadro normativo assai complesso, rappresentato dal decreto-legge n. 33 del 16 maggio 2020, che si è affiancato al decreto-legge n. 19 del 24 marzo 2020, convertito dal Parlamento in data 21 maggio 2020 (il quale comunque prevede che le misure limitative in esso previste possano essere adottate «fino al 31 luglio 2020»). In particolare, il decreto-legge n. 33 tratteggia una disciplina sanzionatoria che ricalca il modello del doppio binario: sanzioni amministrative per la generalità delle violazioni e sanzioni penali per la più grave inosservanza della misura della quarantena applicata al soggetto positivo al Covid. Il nuovo decreto-legge prevede che tale ultima misura sia disposta con un provvedimento amministrativo individuale e concreto, vale a dire con un provvedimento dell'autorità sanitaria, senza però precisare la durata della quarantena; è quindi auspicabile, come suggerisce la dottrina penalistica²¹, che in sede di conversione il Parlamento intervenga sul punto, attesa la gravità e l'invasività della misura. Va sottolineato, peraltro, che la mancanza di chiarezza dei confini della norma penale, lesiva dell'art. 25, secondo comma, Cost., sta già spiegando i propri effetti e, nel caso in cui il Parlamento correggesse questo profilo, non vi è chi non veda come si sia già creato un problema interpretativo di non poco conto, aggravato dal principio di retroattività di eventuali misure penali più favorevoli.

Emblema dell'incertezza che ha colpito gli aspetti più centrali della vita di relazione di ciascuno di noi è la vicenda dei c.d. moduli per le autocertificazioni, oggetto di continue e non sempre chiare modifiche nei momenti più delicati della prima fase emergenziale²².

In questo contesto di incertezza²³, anche il rapporto tra lo Stato centrale e le autonomie regionali ha mostrato profonde debolezze²⁴, in una materia peraltro, quella della tutela della salute, rispetto alla quale proprio le Regioni del nord, più colpite dalla pandemia, avevano negli ultimi tempi richiesto l'attivazione dello strumento previsto dall'art. 116, terzo comma, Cost. per avere maggiori spazi di manovra²⁵.

Il Governo, attraverso solenni richiami all'importanza di una gestione unitaria della crisi, ha però dato vita, dal punto di vista formale, ad uno modello di coordinamento piuttosto debole nei confronti delle autonomie regionali: gli stessi provvedimenti governativi ammettevano la possibilità che le singole

²⁰ G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistemapenale.it*, 18 maggio 2020.

²¹ *Ibid.*

²² G. GUZZETTA, *Il decreto legge sull'emergenza e la retroattività delle nuove sanzioni*, in *Il Dubbio*, 28 marzo 2020.

²³ A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *dirittiregionali.it*, 4 aprile 2020.

²⁴ Per V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, 2020, 228, «le incertezze e i conflitti che si sono manifestati a proposito dei poteri e dei provvedimenti dello Stato e degli enti territoriali sembrano dovuti, più che al sistema normativo generale o alla presunta assenza di norme generali, al modo in cui gli attori hanno utilizzato o si sono proposti di utilizzare i loro poteri»; sul tema, v. anche A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1, 2020.

²⁵ Evidenzia questo elemento F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020.

Regioni intervenissero, nelle more dell'adozione del DPCM da parte del Governo, con prescrizioni ulteriori²⁶.

Alcune di queste iniziative, come noto, sono state portate all'attenzione del Giudice amministrativo: il T.A.R. Calabria ha annullato l'ordinanza del 29 aprile 2020, n. 37, del Presidente dell'omonima Regione che consentiva, nel territorio regionale, la ripresa delle attività di ristorazione con tavoli all'aperto²⁷.

Tra i vari profili, il T.A.R. ha rilevato che l'emanazione dell'ordinanza non è stata preceduta da qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo centrale, con un evidente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi e con conseguente violazione del dovere di leale collaborazione tra i vari soggetti che compongono la Repubblica.

Degna di rilievo, per le medesime ragioni, è anche la pronuncia del Consiglio di Stato che ha fornito parere favorevole all'annullamento straordinario ex art. 138 del d.lgs. 267/2000 di quella nota delibera del Sindaco di Messina, che aveva imposto un discutibile obbligo di registrazione su un portale telematico per chiunque volesse attraversare lo stretto e fare ingresso nel territorio regionale²⁸. In uno dei passaggi conclusivi, il Consiglio di Stato ha osservato che, in presenza di emergenze di carattere nazionale e pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, «vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali»²⁹.

²⁶ Così, per esempio, l'art. 3 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, il quale espressamente prevedeva che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale».

²⁷ A commento della vicenda, v., in particolare, F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020.

²⁸ A commento della vicenda, v. A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta OnLine*, 1, 2020; e N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *dirittiregionali.it*, 1, 2020.

²⁹ Consiglio di Stato, Sez. I, n. 735 del 7 aprile 2020; il quadro dei provvedimenti giurisdizionali assunti dal giudice amministrativo in questi mesi d'emergenza è davvero ricco. Cfr., sul tema, C. DRIGO, A. MORELLI (a cura di), *Dossier. L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e bibliografia*, in *dirittiregionali.it*, 11 maggio 2020: da ultimo, *ex multis*, è possibile segnalare l'interessante decreto del T.A.R. Liguria, Sez. I, n. 147 del 23 maggio 2020, con cui era stato censurato l'obbligo incondizionato dell'utilizzo della mascherina su tutto il territorio del Comune di Genova (nel rigettare la domanda di adozione di misure cautelari provvisorie, il T.A.R. ha osservato che «tenuto conto dell'esigenza di prevenire il più possibile, nell'ambito del territorio comunale, le occasioni di contagio determinate dall'allentamento delle misure restrittive che caratterizzavano la c.d. fase 1 – l'obbligo di utilizzo delle mascherine, per come prescritto nell'ordinanza impugnata, a tutela della salute pubblica, non possa considerarsi né incongruo, né particolarmente gravoso»). Per completezza, va inoltre segnalato che anche la Corte costituzionale a breve sarà chiamata a pronunciarsi su alcune questioni problematiche poste dai provvedimenti assunti durante l'emergenza: investito da plurime censure di incostituzionalità è stato, nel dettaglio, l'art. 83, co. 4, del d.l. 18 del 2020, convertito con legge n. 27 del 2020, «là dove è previsto che il corso della prescrizione dei reati

3. La c.d. fase 2: profili di continuità e discontinuità

A margine della presentazione del “decreto rilancio”, n. 34 del 19 maggio 2020, (originariamente “decreto aprile”, poi rinominato dopo una serie di ritardi accumulati nella fase di confronto tra le forze politiche di maggioranza), il Presidente del Consiglio aveva comunicato l'intenzione di adottare le nuove misure con un decreto-legge e non con un “DPCM”, in ragione dell'esigenza di coinvolgere maggiormente il Parlamento.

Si tratta di una affermazione importante, che sembra raccogliere le obiezioni che la dottrina costituzionalistica in particolare ha formulato sulla scelta degli strumenti normativi per la gestione della prima fase dell'emergenza.

A ben osservare, proprio a fronte di queste stesse critiche, il Governo aveva già previsto, all'art. 2, quinto comma, del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, una forma di raccordo più stretta con le Camere, stabilendo precisamente che «i provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto». Previsione che è stata ulteriormente rinforzata durante il passaggio parlamentare per la conversione in legge, con la precisazione per cui «il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo».

Non è allora un caso che, proprio durante il dibattito parlamentare avente a oggetto la conversione in legge proprio del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, alcuni esponenti delle forze di maggioranza abbiano parlato a tal riguardo di una sorta di “parlamentarizzazione” del procedimento di adozione dei “DPCM”³⁰, sottolineando la volontà del Governo di coinvolgere il Parlamento, in un'ottica ispirata, da un lato, al principio di “leale collaborazione” tra i poteri dello Stato e, dall'altro, alla centralità del Parlamento. Sul testo già approvato dalla Camera dei deputati in data 14 maggio 2020, il Governo ha però posto la questione di fiducia, riducendo notevolmente il dibattito parlamentare.

Se certamente a questo strumento in alcuni casi è necessario ricorrere per garantire nei tempi previsti a livello costituzionale la conversione del provvedimento governativo, è vero che la fiducia assume un significato politico particolare proprio in un contesto come quello attuale in cui da più parti si segnala la necessità di assicurare un effettivo coinvolgimento del Parlamento nella definizione, prima ancora delle misure limitative delle libertà dei cittadini, delle modalità procedurali.

In ogni caso, l'impegno del Governo nel coinvolgere il Parlamento è stato mantenuto soltanto in parte: se guardiamo gli interventi che hanno preceduto e poi determinato l'inizio della fase 2, con cui

commessi prima del 9 marzo 2020 rimanga sospeso, per un periodo di tempo pari a quello per cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali» (a commento delle ordinanze di rimessione, v., in particolare, G.L. GATTA, *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità*, in *Sistemapenale.it*, 27 maggio 2020).

³⁰ Così in particolare Vincenzo Garruti, capogruppo del Movimento 5 Stelle in commissione Affari Costituzionali al Senato.

come noto è stata gradualmente riattivata la macchina economica e sociale del paese (a partire dal 18 maggio 2020), ci si accorge che il Governo ha sì adottato un importante decreto-legge – il d.l. bilancio – contenente tutte le misure economico-finanziarie-tributarie di sostegno alle imprese e alle famiglie, facendo però nuovamente ricorso al binomio decreto-legge generale – “DPMC” attuativo per quanto riguarda invece la regolamentazione delle (pur ridotte, ma ancora significative) limitazioni alle libertà fondamentali.

La lettura del “DPMC” del 17 maggio 2020 (che deve essere integrato con un successivo “DPCM” del 18 maggio 2020, che ha rivisto un profilo specifico relativo all’attività del Ministero della Giustizia) consente di apprezzare come siano ancora numerose e qualitativamente molto rilevanti le limitazioni alle libertà di circolazione, soprattutto per quanto riguarda gli spostamenti interregionali e da e per l’estero, e alla possibilità di svolgere manifestazioni pubbliche e riunioni, oltre che attività economiche, produttive e sociali.

La preparazione di questi provvedimenti, peraltro, ha riproposto alcune delle anomalie che avevano già caratterizzato la prima fase dell’emergenza: il citato d.l. rilancio, per esempio, annunciato per lunghe settimane, è stato presentato alla stampa il 13 maggio e pubblicato in Gazzetta ufficiale soltanto in data 20 maggio, dopo alcuni giorni di accertamenti da parte della Ragioneria Generale dello Stato³¹.

Oltre alla oramai tradizionale incertezza sul preciso contenuto delle novità introdotte (ancora più rilevanti nel momento in cui si tratta di decidere se e come riaprire le attività economiche colpite dal *lockdown*), tutto ciò ha generato molti dubbi in merito alla stessa vincolatività delle previsioni contenute nei nuovi provvedimenti.

L’incertezza ha colpito nuovamente anche il controverso rapporto tra Stato e Regioni; anche nella fase 2, inoltre, la leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, sottolineata anche dal giudice amministrativo nelle decisioni prima richiamate, è stata rispettata soltanto in parte, posto che alcuni Presidenti di Regione hanno contestato il contenuto del “DPCM” che scaricherebbe tutta la responsabilità delle scelte in ordine alle modalità di riapertura delle varie attività sulle Regioni.

Non si dimentichi, peraltro, che il “DPCM” del 17 maggio 2020 prevede che le Regioni (e le Province autonome) possano stabilire una diversa data anticipata o posticipata (per alcune attività, come quelle ludiche, ricreative ed educative rivolte ai bambini e ai ragazzi), a condizione che abbiano preventivamente accertato la compatibilità dello svolgimento delle suddette attività con l’andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e che individuino i protocolli o le linee guida applicabili idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali.

Questo stesso “DPCM” però, per quanto detto sul fronte governativo, è stato adottato sulla base dell’intesa raggiunta in seno alla Conferenza Stato-Regioni e proprio tenendo in considerazione le esigenze manifestate dai Presidenti di Regione.

³¹ F. FERRARI, *Quanto si attende per il “rilancio”?*, in *laCostituzione.info*, 18 maggio 2020, il quale, pensando al rischio di incertezza e smarrimento ingenerato da una gestione poco attenta della comunicazione istituzionale da parte del Governo, si chiedeva: «era così impensabile attendere la pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, prima di tentare di rassicurare il Paese con la descrizione generica di norme che, ad oggi, sono ancora prive di qualunque effetto giuridico?».

Occorrerà monitorare la fase di concreta applicazione delle misure introdotte per verificare se, anche in questo caso, vi sarà un decisivo intervento del giudice amministrativo.

In ogni caso, l'impressione è che le modalità di gestione della fase 2 non siano così diverse dalla prima fase dell'emergenza: il Governo ha comunque fatto ricorso allo strumento del "DPCM" per limitare le libertà fondamentali³².

Come noto, più di recente, con delibera del 29 luglio 2020³³, il Consiglio dei Ministri, all'esito di un vivace confronto tra le forze politiche, ha prorogato lo stato di emergenza fino al 15 ottobre 2020, sul presupposto per cui il contesto di rischio imponesse la prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario ed urgente intraprese, al fine di fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale. A questa delibera, ha poi fatto seguito il d.l. n. 83 del 30 luglio 2020, con cui il Governo ha prorogato – fino al 15 ottobre 2020, appunto – l'efficacia di una lunga serie di disposizioni inserite nei decreti-legge (in particolare, nei d.l. nn. 19 e 33) adottati durante il *lockdown* e all'inizio della c.d. fase 2.

La lettura di questo provvedimento solo in apparenza privo di contenuti di rilievo, come ben osservato in sede di commento³⁴, conferma l'idea che la gestione dell'emergenza, dal punto di vista della produzione normativa, è stata piuttosto confusa e foriera di molteplici incertezze: con esso, infatti, non si è prestata attenzione alla delicata problematica del coordinamento tra le disposizioni prorogate, alcune delle quali in realtà già implicitamente abrogate dagli interventi normativi posti in essere durante la c.d. fase 2. E si aggiunga, a tutto ciò³⁵, anche il fatto che l'art. 1, comma 3, del d.l. n. 83 dispone la proroga dei termini previsti da una lunghissima serie di disposizioni legislative riportate in un elenco allegato al decreto stesso: nessuna modifica testuale ad opera della novella quindi, come suggerito dalla nota circolare del Presidente della Camera dei deputati sulla formulazione tecnica dei testi legislativi, ma una modifica implicita operata da una disposizione legislativa successiva, con pesanti ripercussioni sull'accessibilità e sulla conoscibilità dei testi normativi da parte dei consociati.

³² Da ultimo, con il "DPCM" del 7 agosto 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19.* (20A04399), (GU n. 198 dell'8 agosto 2020), che, *inter alia*, ha previsto, sempre al fine di contenere la diffusione del virus, l'obbligo sull'intero territorio nazionale di usare protezioni delle vie respiratorie nei luoghi al chiuso accessibili al pubblico inclusi i mezzi di trasporto e comunque in tutte le occasioni in cui non sia possibile garantire continuamente il mantenimento della distanza di sicurezza, oltre ad aver confermato una serie di misure (come l'isolamento domiciliare per i soggetti con febbre superiore a 37.5) fortemente incidenti sulla libertà individuale.

³³ Si tratta, precisamente, della Delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, *Proroga dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.* (20A04213).

³⁴ G. DE FILIO, *Il Decreto proroga emergenze Covid. Una piccola legge con grandi criticità*, in *laCostituzione.info*, 7 agosto 2020.

³⁵ Il d.l. n. 83, invero, contiene anche importanti previsioni riguardanti le procedure per il rinnovo degli incarichi dei servizi di intelligence, la cui disomogeneità rispetto al contenuto del provvedimento licenziato dal Governo appare evidente. Su questi profili, v., ancora, G. DE FILIO, *Il Decreto proroga emergenze Covid. Una piccola legge con grandi criticità*, cit.

4. Possiamo “sospendere” il bilanciamento fra i diritti fondamentali in nome dell'emergenza?

Come già evidenziato, con una modalità mai sperimentata nella storia della Repubblica, ai fini del contenimento dell'epidemia, quasi tutte le libertà costituzionali sono state di fatto sospese o fortemente limitate, per garantire il diritto alla salute, in particolare alla salute collettiva³⁶.

In assenza di altre indicazioni scientifiche e nella necessità di dover limitare il numero di ammalati per l'impatto insostenibile sulle strutture sanitarie e ospedaliere, i provvedimenti adottati erano sicuramente necessari e anche altri Stati nel mondo hanno fatto ricorso a misure simili.

Tuttavia, alla luce del protrarsi della situazione, e soprattutto alla luce del “DPCM” del 26 aprile 2020³⁷ che, dopo aver annunciato la tanto attesa “fase 2”, ha riproposto una serie dettagliata di divieti e di regole anche di comportamento che vorrebbero insinuarsi in aspetti fundamentalissimi delle nostre libertà costituzionali, come quello relativo alla sfera degli “affetti”, in un primo momento limitati ai “congiunti”, poi, in modo ancora più grave se vogliamo, ampliati agli “affetti stabili”, occorre ragionare sul quadro di principi, alla luce della giurisprudenza costituzionale, che dovrebbero servire da “bussola” per una valutazione di quanto sta accadendo³⁸.

Innanzitutto, in altro contesto, ma in una situazione altrettanto grave dal punto di vista del diritto alla salute, finanche alla vita, sia pure in un arco spaziale ristretto, quello dell'Ilva di Taranto, la Corte costituzionale aveva in realtà preso una posizione molto netta sulla “necessità” del bilanciamento dei diritti. Dichiarando infondate questioni di legittimità costituzionale che ritenevano illegittime norme che avevano consentito a certe condizioni il mantenimento della produzione³⁹, il Giudice costituzionale con la sentenza n. 85 del 2013 aveva affermato chiaramente che la salute non è un valore assoluto da tutelare contro tutti gli altri, ma che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». Per il Giudice delle leggi, in questa prospettiva, la «Costituzione italiana [...] richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali,

³⁶ Sul tema, v. A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, e F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020.

³⁷ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 26 aprile 2020, recante *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*.

³⁸ In occasione della presentazione della Relazione annuale sull'attività della Corte costituzionale, la Presidente Prof.ssa Marta Cartabia ha ricordato che «Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità – a offrire alle Istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare «per l'alto mare aperto» dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende».

³⁹ Si trattava precisamente degli artt. 1 e 3 della legge 24 dicembre 2012, n. 231 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, recante disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*) – recte, degli artt. 1 e 3 del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207 (*Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*), come convertito, con modificazioni, dall'art. 1, primo comma, della legge n. 231 del 2012.

senza pretese di assolutezza per nessuno di essi», il cui punto di equilibrio, «proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Ma è molto importante richiamare anche la successiva decisione assunta dalla Corte costituzionale in riferimento al caso ILVA (sentenza n. 58 del 2018), con cui ha censurato la circostanza che il legislatore non avesse rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni di rischio per la stessa vita. In questo caso, la Corte costituzionale ha concluso che «a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)»; ulteriormente osservando che la pronta rimozione dei fattori di pericolo per la salute e l'incolumità dei lavoratori «costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona».

La lettura combinata di questi due importanti precedenti della Corte costituzionale consente di precisare alcuni elementi: la prima decisione ricorda che la necessaria – e, per certi versi, costituzionalmente imposta – opera di bilanciamento tra i diritti fondamentali cui è chiamato il legislatore incontra il limite della proporzionalità e della ragionevolezza⁴⁰: si deve cioè verificare, a fronte di una misura che appaia *prima facie* eccessivamente sproporzionata, se il legislatore potesse, nel caso concreto, fare ricorso a strumenti alternativi, ugualmente efficaci rispetto all'obiettivo perseguito ma meno penalizzanti per gli altri diritti e interessi costituzionalmente protetti.

Nella seconda decisione, invece, la Corte ha registrato il *vulnus* ai parametri costituzionali evocati nell'assenza di «misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori», implicitamente riconoscendo che, ove queste misure fossero state previste, la conclusione in punto di legittimità costituzionale avrebbe potuto trovare esiti differenti. Pertanto, alla luce di questo importante passaggio, si può rimarcare che, pur nel contesto di una situazione particolare, laddove siano presenti misure efficaci per fronteggiare il rischio di un pregiudizio alla salute dei lavoratori (e alla salute collettiva in un senso più ampio), il diritto riconosciuto all'art. 32 Cost. – che, in ogni caso, mai può porsi come un "*diritto tiranno*" nei confronti di altre posizioni soggettive protette a livello costituzionale – finisce per essere attratto nel giudizio di bilanciamento con altri interessi e diritti costituzionalmente rilevanti, come può essere la libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost.

⁴⁰ Come sottolinea V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, cit., per cui «le limitazioni ai diritti, pur se previste dalla legge, devono rispondere a criteri di eguaglianza e di non discriminazione, e a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, mentre non possono essere introdotte o fatte valere in modo arbitrario».

L'altra indicazione chiarissima ricavabile dalla giurisprudenza costituzionale sull'emergenza è quella della temporaneità⁴¹. Su questo il giudice costituzionale è assolutamente granitico: ricordo solo la decisione n. 15 del 1982, sui limiti alla carcerazione preventiva in tempi di terrorismo eversivo delle brigate rosse, dove viene sottolineato che, dinanzi all'emergenza che mette a repentaglio la *salus rei publicae*, le limitazioni straordinarie ai diritti fondamentali sono un sacrificio accettabile, ma solo se limitate nel tempo. Ha osservato la Corte che «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo».

E anche nella sentenza n. 127 del 1995, in tema di ordinanze emergenziali, la Corte si era espressa nel senso che le deroghe basate sulle ordinanze inserite all'interno del sistema della protezione civile (oggi codice della protezione civile) dovessero riguardare una emergenza basata su dati scientifici, dalla durata limitata nel tempo, nonché prevedere deroghe ragionevoli. In questa cornice, «[p]roprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio».

Il protrarsi dell'emergenza e la circostanza che la c.d. "fase 2", quella che si è aperta alla luce del "DPCM" del 26 aprile 2020, comportando un protrarsi di molte limitazioni alle libertà fondamentali, esiga maggiore rigore nella ragionevolezza dei divieti, che devono avere specifiche giustificazioni, non devono essere discriminatori e a maggior ragione esigono proporzionalità⁴². Inoltre, dovrebbe sempre essere chiarita la relazione fra la specifica misura adottata e il beneficio per la salute collettiva: credo che, al contrario, le innumerevoli regole e regolette, con le innumerevoli distinzioni, manifestino vizi evidenti, sotto il profilo della ragionevolezza.

In questo scenario, rileva altresì il filone giurisprudenziale nel quale la Corte affronta il modo in cui la legge può occuparsi di argomenti tecnici o medici: a partire dalla sentenza n. 282 del 2002, in tema di elettroshock, per continuare con le numerose pronunce sulla legge n. 40 del 2004, la Corte è chiarissima nel prescrivere che quando si occupa di argomenti tecnico-scientifici il legislatore non può imporre dall'alto le misure, attraverso divieti, ma deve lasciare ai tecnici o ai medici quello spazio di discrezionalità per adattare ragionevolmente le norme alle differenti situazioni⁴³.

Un'ultima riflessione riguarda il rapporto tra la sospensione delle libertà fondamentali e la realizzazione del principio di solidarietà⁴⁴: è un tema che ha occupato, fin dai primi momenti dell'emergenza,

⁴¹ Su questo profilo, insiste G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocati dal Covid-19*, in *questionegiustizia.it*, 27 marzo 2020, il quale osserva che «le limitazioni dei diritti costituzionali non potranno esser prorogati oltre lo stretto necessario, con immediato e diretto riferimento alla situazione che di fatto ha imposto le misure di sicurezza sanitaria».

⁴² Ragiona di questi problemi, con un'attenzione alla prospettiva convenzionale, R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020.

⁴³ Volendo, su questo tema, M. D'AMICO, *Le questioni 'eticamente sensibili' fra Scienza, Giudici e Legislatore*, in G. FERRI, *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, 2015.

⁴⁴ Osserva in proposito V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, cit., che «lo spirito di solidarietà si manifesta, certo, nelle molteplici attività di volontariato e nelle iniziative private volte a raccogliere fondi per le necessità delle strutture chiamate ad affrontare l'emergenza e per quelle di chi rischia di rimanere senza protezione. Ma è anche, e deve essere, alla base del rapporto permanente fra i

il dibattito politico, interessando tutti i livelli di governo, a partire da quello locale per arrivare al livello delle istituzioni europee⁴⁵. Nella prospettiva costituzionalistica⁴⁶, è bene ricordare, come anche di recente precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 114 del 2019, che «Nell'architettura dell'art. 2 Cost. l'adempimento dei doveri di solidarietà costituisce un elemento essenziale tanto quanto il riconoscimento dei diritti inviolabili di ciascuno». Ed è in quest'ottica che si può cogliere appieno il significato delle misure eccezionali che il Governo ha assunto per fronteggiare l'emergenza sanitaria; allo stesso tempo, però, proprio nell'ottica solidaristica, si deve cogliere anche il necessario limite (dal punto di vista temporale e contenutistico) di quelle stesse misure: perché, come già anticipato in apertura, il patto solidaristico che la Costituzione formalizza solennemente all'art. 2 (e che, in buona sostanza, ripropone con riferimento al diritto alla salute, inteso nella sua dimensione collettiva, all'art. 32 Cost.) rischia di spezzarsi, laddove il decisore politico adotti decisioni irragionevoli, poco bilanciate e che non tengano conto della gravità dei sacrifici imposti a tutti i cittadini e della condizione di sofferenza di chi vive, anche in tempi ordinari, situazioni di vulnerabilità.

5. L'impatto delle misure restrittive su chi è già discriminato

Finora, lo Stato ha adottato misure uguali per tutti. Si è deciso di chiudere tutti in casa, di trasformare il diritto a un'istruzione pubblica in un diritto usufruibile *on line*⁴⁷, in modo indifferenziato per alunni delle scuole primarie come per le Università; si sono chiusi da un giorno all'altro centri di assistenza per persone anziane o disabili, non curandosi adeguatamente delle condizioni delle RSA. Per non parlare del lavoro e delle condizioni di chi è lavoratore autonomo o imprenditore, ma anche lavoratore dipendente senza computer, costretto a prendere le ferie non riuscendo a lavorare in *smart working*. Uno *smart working* che per moltissimi si è trasformato in una trappola lavorativa dove non contano più orari, pasti, *week-end*; dove i genitori con figli piccoli sono costretti a lavorare, badando anche all'assistenza *on line* richiesta dalle scuole per erogare la didattica⁴⁸.

Sotto questo aspetto finora è mancata del tutto una dimensione "sociale" nell'approccio ai problemi e, anche in questo caso, è evidente a tutti che proprio in una situazione come quella che stiamo vivendo è necessario, dal punto di vista costituzionale, monitorare attentamente l'effettività dei diritti. Su tutti anche l'effettivo accesso ai mezzi tecnologici e la possibilità che tutti, ma soprattutto gli stu-

cittadini e la collettività espressa e rappresentata dalle istituzioni pubbliche»; per G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocati dal Covid-19*, cit., è auspicabile una riscoperta delle ragioni della solidarietà e del vivere insieme, «valori che in molti hanno ritenuto non più perseguibili trascinati dall'ansia di una società votata al consumo e all'individualismo proletario».

⁴⁵ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Solidarietà dimenticata: il fallimento della narrazione pubblica sul coronavirus*, in *laCostituzione.info*, 12 marzo 2020.

⁴⁶ Ricorda, in proposito, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., che «il bilanciamento tra diritti e doveri costituisce dunque la prima chiave di lettura dell'equilibrio costituzionale».

⁴⁷ Sul tema dell'impatto dell'emergenza sul c.d. "digital divide", v., in particolare, P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020.

⁴⁸ Di queste e altre problematiche connesse alla chiusura delle scuole, ragiona, da ultimo, G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettiva della tecnologia*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020, e ID. (a cura di), *La scuola nella pandemia. Dialogo multidisciplinare*, 2020.

denti e i lavoratori possano disporre di tali mezzi o che lo Stato (e ovviamente gli enti locali, più vicini ai cittadini), tempestivamente, assicuri loro tali strumenti necessari ai fini del godimento del diritto stesso.

Infine, le misure generali adottate finora non tengono in alcun conto di chi è già discriminato o si trova in situazione di particolare fragilità.

Occorre quindi concentrarsi sui diritti negati di chi già soffre una condizione di discriminazione, partendo dal concetto di discriminazione multipla.

La nozione di discriminazione multipla o intersezionale è concetto che, come noto, nasce negli Stati Uniti con riferimento ai problemi razziali e, in particolare, si sviluppa nel pensiero di Kimberle Crenshaw⁴⁹.

Ad avviso della studiosa che per prima ha proposto tale nozione ragionando sulla condizione delle donne afroamericane, la discriminazione è fenomeno capace di interessare contestualmente più di un fattore di discriminazione.

Detto altrimenti, la discriminazione non agisce necessariamente in modo isolato, colpendo singoli o gruppi in ragione di un singolo fattore, ma può anche causare la moltiplicazione di più fattori, che si sommano l'uno agli altri.

Attraverso il concetto di discriminazione intersezionale è, quindi, possibile individuare specifiche categorie, che soffrono o rischiano di essere marginalizzate proprio per effetto del concorrente operare di più fattori di discriminazione.

Questo era il caso, come detto, delle donne afroamericane da cui la Crenshaw ha elaborato il concetto di discriminazione intersezionale. La categoria in esame si vedeva, infatti, doppiamente pregiudicata: non era solo la razza a determinare il trattamento peggiore sofferto. Ad essa, andava affiancandosi il genere con un impatto ancora più pregiudizievole, perché derivante, appunto, dalla interazione simultanea tra i due fattori.

Un simile effetto, dato dalla relazione che si instaura tra due o più fattori di discriminazione, si verifica di frequente e, soprattutto, è particolarmente ricorrente quando sono le donne ad essere vittime di condotte discriminatorie. Esempi sono offerti dalla condizione di particolare vulnerabilità di cui soffrono le donne migranti, ma anche le donne con disabilità.

Ne discende che, soprattutto se si vuole intervenire a livello normativo o con azioni specifiche, non è possibile considerare isolatamente i diversi fattori di discriminazione, perché appunto le discriminazioni se sono presenti nella stessa persona non si sommano, ma si moltiplicano, aggravando ulteriormente la condizione di fragilità individuale.

5.1. Le donne

Nell'emergenza sanitaria è emerso ed emerge che le donne sembrano essere scomparse, nei luoghi decisionali e nel mondo scientifico⁵⁰.

⁴⁹ In letteratura, tra gli scritti della studiosa, si vedano K. CRENSHAW, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, 1241 ss.; ID., *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Form*, 1989, 57 ss.

Se ragioniamo sulle posizioni istituzionali apicali che hanno gestito la crisi, troviamo al vertice e nei gruppi di comando soltanto uomini⁵¹: dal Presidente del Consiglio con il suo *staff* maschile, al Presidente della Repubblica anche lui “consigliato” da uomini, ai vari commissari che gestiscono l'emergenza, alla *task force* costituita per la “fase-2” guidata da Vittorio Colao, con sole 4 donne su 17 componenti.

Tale assenza nelle *task force* è stata molto criticata: si sono moltiplicati denunce, appelli, lettere, prese di posizione pubbliche nei confronti del Governo che denunciavano questa situazione. Tante e tali manifestazioni di sconcerto che hanno indotto, dopo più di due mesi, il Presidente del Consiglio, a fase 2 già avviata, ad integrare le due *task force*.

Ma ancora più evidente è la situazione a livello scientifico: scienziati, virologi, medici. Pochissime donne, una presenza quasi invisibile, per lo più voci isolate⁵².

Ciò sembra confermare l'enorme difficoltà di trasformare un mondo nato come “maschile” e di sradicare gli stereotipi, alla luce dei chiari principi costituzionali che quella stessa differenza di genere intendono superare.

Occorre peraltro riflettere su un ulteriore profilo. Una forzata reclusione nelle mura domestiche sta già avendo un effetto pesantissimo sul lavoro delle donne, alle quali, almeno in Italia, è affidato in proporzione maggiore il lavoro di cura. Sulle spalle delle donne è piombato il lavoro domestico e la didattica *on line* dei figli, che si sommano allo *smart working* per le donne che lavorano.

La forzata reclusione nelle case ha un impatto anche sulla violenza domestica⁵³. L'attuale situazione di emergenza va paradossalmente a rafforzare proprio i due elementi fondanti la violenza relazionale: l'isolamento della donna dalle sue aree di vita (familiare, amicale, lavorativa e sociale) e il controllo dell'uomo sulle azioni e le scelte della *partner*. Questa convivenza, ininterrotta e prolungata, crea nelle donne dei forti vissuti di stress e di impotenza, a cui nei casi in cui ci siano figli, si va anche ad aggiungere un gran sovraccarico nel lavoro di cura dei bambini.

A partire dai primi decreti che hanno imposto l'obbligo di stare a casa, i centri antiviolenza si sono immediatamente mobilitati e hanno deciso di offrire comunque un servizio per mantenere il contatto o creare il legame, sempre rispettando la giusta distanza, con quelle donne costrette a vivere in casa, il luogo più familiare e al tempo stesso il più pericoloso. Da qui la decisione di moltissimi Centri antiviolenza italiani di continuare ad offrire i servizi di supporto da remoto, oltre che garantire la gestione delle case rifugio. Sul numero delle richieste ci sono purtroppo dati contrastanti: in alcuni casi si afferma che sia leggermente calato, in altri invece si denuncia un aumento.

⁵⁰ Così si apre anche l'articolo di Redazione ANSA, *Coronavirus: le donne leader per una ripresa inclusiva*, in *ansa.it*, 22 aprile 2020.

⁵¹ Sul ruolo delle (poche) donne che, in posizioni istituzionali apicali, stanno gestendo la pandemia si veda I. SOAVE, *Coronavirus, e se le donne (al governo) si difendessero meglio? Da Merkel a Jacinda, la lezione di sette leader*, in *corriere.it*, 15 aprile 2020, e, a completamento, Huffpost, *Forbes elogia la leadership femminile di fronte alla pandemia*, in *huffingtonpost.it*, 14 aprile 2020.

⁵² Cfr. E. FITTIPALDI, *Il coronavirus e le donne (di nuovo) fuori dalla Storia*, in *L'Espresso.it*, 14 aprile 2020.

⁵³ Cfr. in argomento F. FILICE, *La parità di genere alla prova del Covid 19*, in *dirittopenaleuomo.org.*, 15 aprile 2020; si veda anche l'articolo del Post *Il corona virus e la violenza domestica*, in *ilpost.it*, 17 marzo 2020.

In questa situazione le istituzioni hanno attivato strumenti come un numero di telefono collegato con la polizia a cui chiedere supporto⁵⁴, ma non è stata definita una strategia per l'accompagnamento di eventuali vittime di violenza domestica in un percorso di denuncia alle autorità, nel quale le donne devono essere accompagnate e che rischia di essere vanificato o, al peggio, poco tempestivo.

Il rischio, insomma, di una ripresa di quella che viene definita una violenza sommersa, non denunciata, soprattutto nel caso anche di famiglie con figli piccoli è reale e, sempre ad avviso degli operatori, nelle mura domestiche si stanno consumando situazioni molto pericolose.

Ancora, moltissime donne si trovano in grande difficoltà per esercitare la libertà di procreare, ricorrendo a un'interruzione di gravidanza. La chiusura delle attività ambulatoriali ha reso difficile se non impossibile per moltissime donne la possibilità di accertare e di decidere di abortire⁵⁵.

Infine, pensiamo al "dopo". L'emergenza Covid, come si sta già verificando, ha e avrà ripercussioni economiche pesantissime che impatteranno direttamente sul mercato del lavoro e sui lavoratori più fragili. Le maggiori fragilità, a livello statistico, sono delle donne: la profonda modificazione del lavoro, con la limitazione di contratti a tempo indeterminato, la c.d. "precarizzazione" ha sempre colpito maggiormente le donne, soprattutto in alcune fasce di età. Se la crisi travolgerà tanti lavori precari, rischierà di colpire soprattutto tante lavoratrici⁵⁶. Lavoratrici che sicuramente avranno maggiori problemi a "conciliare" famiglia e lavoro qualora i provvedimenti di chiusura delle scuole si prolungassero o riprendessero di fronte a nuove ondate di epidemia, un'ipotesi tutt'altro che peregrina, ad avviso degli scienziati.

5.2. Le persone con disabilità

L'emergenza sanitaria ha avuto gravissime ripercussioni su un'ulteriore categoria di persone, che anche in condizioni ordinarie, nonostante una normativa sempre più attenta alle loro esigenze, subisce sovente trattamenti discriminatori: le persone con disabilità.

Dopo un primo tempo di generale indifferenza all'impatto della pandemia sulla condizione di queste persone, la tragica vicenda delle "RSA", da un lato, e l'instancabile impegno del mondo dell'associazionismo, dall'altro, hanno riportato all'interno del dibattito politico e pubblico proprio il tema del rapporto tra l'emergenza Covid e la disabilità.

Si è quindi cominciato a comprendere che le persone con disabilità hanno affrontato un rischio maggiore del resto della popolazione, perché in molti casi abbandonati ad un destino di solitudine e isolamento: l'interruzione dei servizi di supporto, le condizioni di salute preesistenti (con il rischio di sviluppare malattie gravi, anche letali), l'esclusione dalle informazioni sulla salute, nonché le difficoltà

⁵⁴ Si tratta di una chat per contattare il 1522 o la "You Pol", applicazione sviluppata dalla Polizia di Stato per segnalare in modo estemporaneo e diretto situazioni di maltrattamento, molto importante, ma ovviamente non sufficiente per coprire tutte le situazioni.

⁵⁵ Si veda da ultimo F. GRANDI, *L'aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine": l'ultima trincea dell'effettività del servizio di interruzione della gravidanza*, in *osservatorioaic.it*, 5, 2020, 1 ss.

⁵⁶ Sulle condizioni in cui hanno lavorato e stanno lavorando durante l'emergenza sanitaria le madri si vedano C. NARDINOCCHI, *Coronavirus, la quarantena delle donne tra focolare e smart working: tutti a casa, ma a che prezzo?*, in *www.repubblica.it*, 10 aprile 2020; e AL. TR., *Festa della mamma e coronavirus, 3 milioni di donne divise tra figli piccoli a casa e lavoro*, in *www.ilsole24ore.com*, 9 maggio 2020.

legate alla fornitura di servizi sanitari tradizionali e alla distribuzione dei sistemi di protezione individuali hanno infatti pesato in modo gravissimo su queste persone.

Per non parlare dei casi in cui le persone con disabilità hanno contratto l'infezione, con il rischio di vedersi negato l'accesso al pronto soccorso e alle strutture ospedaliere. Peraltro, in alcuni casi, come molte associazioni hanno giustamente denunciato con forza⁵⁷, la morte di queste persone non è rientrata neppure nel conteggio dei "decessi Covid" perché è stato negato anche il diritto alla diagnosi, prima ancora che al trattamento e alla cura.

A fronte di questo quadro, non deve sorprendere che, il 9 aprile 2020, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani ha pubblicato una guida orientativa per invitare gli Stati ad adottare misure adeguate per affrontare i rischi, sproporzionati, che le persone con disabilità devono affrontare nel periodo di emergenza.

In Italia, con il "DPCM" del 26 aprile 2020, il Governo aveva previsto la riattivazione delle attività sociali e socio-sanitarie erogate in favore delle persone con disabilità⁵⁸; questa misura è stata poi confermata dal "DPCM" del 17 maggio 2020.

Quest'ultimo "DPCM", inoltre, ha riproposto anche la previsione (già contenuta nei "DPCM" del 10 e del 26 aprile 2020) che richiedeva ai dirigenti scolastici di attivare, per tutta la durata della sospensione delle attività didattiche nelle scuole, modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità; un'analogia attenzione alla condizione degli studenti con disabilità è imposta anche per l'organizzazione delle attività delle Università e di tutte le Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica.

Previsione sicuramente importante che traccia un orizzonte di intervento molto chiaro, sulla cui concreta attuazione nei singoli contesti scolastici e universitari è allo stato difficile esprimersi.

È interessante notare, ancora, che il "decreto rilancio" contiene un titolo, il IV, recante disposizioni in tema di disabilità e famiglia, alcune di queste, come l'art. 104, espressamente dedicate alla condizione delle persone con disabilità, il quale prevede nello specifico che «al fine di potenziare l'assistenza, i servizi e i progetti di vita indipendente per le persone con disabilità e non autosufficienti e per il sostegno di coloro che se ne prendono cura, in conseguenza della emergenza epidemiologica da COVID-19, lo stanziamento del Fondo per le non autosufficienze di cui all'articolo 1, comma 1264, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è incrementato di ulteriori 90 milioni di euro per l'anno 2020, di cui 20 milioni destinati alla realizzazione di progetti per la vita indipendente».

Le misure economiche che il Governo ha messo in campo per sostenere le attività che coinvolgono le persone con disabilità sono sicuramente molto importanti e meritevoli di apprezzamento, come dichiarato dai rappresentanti della FISH (Federazione Italiana per il superamento dell'handicap) e della FAND (Federazione tra le Associazioni Nazionali delle persone con disabilità), i quali hanno però an-

⁵⁷ Cfr., per quanto riguarda il contesto lombardo, il comunicato firmato dall'Associazione LEDHA del 30 marzo 2020.

⁵⁸ L'art. 8 del "DPCM" del 26 aprile 2020 prevedeva precisamente che «le attività sociali e socio-sanitarie erogate dietro autorizzazione o in convenzione, comprese quelle erogate all'interno o da parte di centri semiresidenziali per persone con disabilità, qualunque sia la loro denominazione, a carattere socio-assistenziale, socio-educativo, polifunzionale, sociooccupazionale, sanitario e socio-sanitario vengono riattivate secondo piani territoriali, adottati dalle Regioni, assicurando attraverso eventuali specifici protocolli il rispetto delle disposizioni per la prevenzione dal contagio e la tutela della salute degli utenti e degli operatori».

che mostrato perplessità in merito alla scarsa attenzione dimostrata per il settore del lavoro dei *carer* familiari⁵⁹.

Alcune importanti novità possono essere altresì rinvenute nella legge di conversione del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, con cui il Parlamento, intervenendo sulla norma che prevedeva le limitazioni alla libertà di circolazione (e di allontanamento dalla propria residenza, domicilio, abitazione) ha ora stabilito che «ai soggetti con disabilità motorie o con disturbi dello spettro autistico, con disabilità intellettiva o sensoriale o con problematiche psichiatriche e comportamentali con necessità di supporto, certificate ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, è consentito uscire dall'ambiente domestico con un accompagnatore qualora ciò sia necessario al benessere psico-fisico della persona e purché siano pienamente rispettate le condizioni di sicurezza sanitaria».

Tutte queste misure sembrano muovere nella giusta direzione; allo stesso tempo però, sono forse state adottate con ritardo. Con quanto ritardo e con quali conseguenze lo riusciremo a capire solo fra qualche mese, quando sarà più facile riguardare ai primi mesi dell'emergenza e verificare le responsabilità di quanti hanno (o non hanno) assunto decisioni in tema di disabilità.

5.3. I migranti e gli stranieri

La chiusura delle frontiere degli Stati e la forte limitazione della libertà di circolazione messe in atto dagli Stati non hanno fermato i migranti e le persone in fuga dai loro paesi.

Si pensi che nei primi mesi del 2020 sono giunte sulle coste italiane circa 3500 persone in più rispetto agli stessi mesi del 2019⁶⁰. Ed è opportuno precisare che gli arrivi sono avvenuti nonostante l'adozione del Decreto interministeriale del 7 aprile 2020 secondo il quale «per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del Covid – 19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *place of safety*»⁶¹. Le persone giunte via mare sono state poi soggette a quarantena su navi appositamente adibite o negli *hotspots* siciliani⁶².

Oltre alla complessa gestione degli arrivi, certamente problematica dal punto di vista sia della garanzia della sicurezza sanitaria, sia della tutela dei diritti dei migranti, l'emergenza ha avuto un impatto negativo anche sugli stranieri già presenti nel nostro paese.

Proprio nei momenti di crisi, infatti, il legislatore e le pubbliche amministrazioni tendono a limitare l'accesso ai diritti e alle prestazioni sociali in base al titolo di soggiorno, giustificando tale scelta per ragioni che attengono al contenimento della spesa pubblica.

⁵⁹ Cfr. *Nota delle federazioni FISH e FAND sul "Decreto rilancio"*, in *Superando*, 21 maggio 2020.

⁶⁰ *Cruscotto statistico del Ministero dell'Interno*, 29 maggio 2020.

⁶¹ Decreto Interministeriale del Ministero dell'Interno, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero della Salute del 7 aprile 2020. Sulle criticità del decreto si veda A. ALGOSTINO, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *questionegiustizia.it*, 2020.

⁶² Decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile, n. 1287 del 12 aprile 2020 (Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili).

La giurisprudenza costituzionale sul punto è granitica nell'affermare che una simile limitazione è legittima solo se essa può ritenersi ragionevole e non lesiva del contenuto minimo essenziale dei diritti, il quale deve essere garantito a tutti indipendentemente dalla regolarità e dal titolo di soggiorno⁶³.

Eppure proprio nel pieno dell'emergenza alcuni Comuni, competenti per l'erogazione dei c.d. "buoni spesa"⁶⁴ in favore delle famiglie più bisognose, hanno previsto quale requisito di accesso ai predetti "buoni" anche il possesso del titolo di soggiorno di lungo periodo, della residenza nel territorio comunale, in alcuni casi della cittadinanza⁶⁵.

Sul carattere discriminatorio di tali scelte amministrative si stanno già esprimendo i giudici⁶⁶: non è ragionevole infatti escludere gli stranieri dall'accesso ai contributi di solidarietà alimentare in base al titolo di soggiorno o alla durata della residenza, trattandosi di misure finalizzate a «consentire il concreto soddisfacimento dei "bisogni primari" inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare» (Corte cost., sentenza n. 187 del 2010). È evidente che simili modalità "rigide" di ripartizione dei contributi di solidarietà non possono che avere un effetto doppiamente negativo su quegli stranieri che versano in una situazione di fragilità economica, generando anche casi di multipla fragilità⁶⁷.

Sempre con riferimento alla situazione dei diritti degli stranieri nel periodo dell'emergenza sanitaria, si vuole far emergere una riflessione di carattere generale: la pandemia sembra aver messo in luce tutta la problematicità e la fragilità delle politiche migratorie degli ultimi decenni.

I tratti salienti di queste politiche, e da ultimo dei Decreti Sicurezza, – quali la perenne assenza di strumenti di regolarizzazione del soggiorno e di vie di ingresso regolare, l'abrogazione della protezione umanitaria e dell'iscrizione anagrafica, lo stravolgimento del sistema di accoglienza – mal si conciliano con le esigenze di controllo della libertà di circolazione delle persone proprie di questo momento storico.

L'effetto è paradossalmente l'opposto di quello espresso dal legislatore: in nome della "sicurezza" si sono resi difficilmente tracciabili e controllabili gli spostamenti di tutti quei soggetti che in base alle nuove normative non sono considerati "regolari" o che non possono più essere iscritti all'anagrafe cittadina (cfr. art. 13 del d.l. n. 118 del 2013, conv. l. n. 132 del 2018).

Proprio su questo aspetto meritano di essere richiamati i ricorsi delle Regioni che, seppur dichiarati inammissibili con sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2019 per carenza di lesione delle

⁶³ In questo senso si vedano in particolare le sentenze della Corte costituzionale relative all'accesso degli stranieri con disabilità alle prestazioni sociali cfr. Corte cost., sent. 30 luglio 2008, n. 306; Corte cost., sent. 9 febbraio 2011, n. 40; Corte cost., sent. 23 gennaio 2009, n. 11; Corte cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 329; Corte cost., sent. 11 novembre 2015, n. 230. Analogamente sull'accesso degli stranieri all'edilizia popolare Corte cost., sent. 9 marzo 2020, n. 44.

⁶⁴ Ordinanza della Protezione civile n. 658 del 29 marzo 2020, *Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*.

⁶⁵ Cfr. in questo senso le linee guida dell'UNAAR, *In materia di interventi di solidarietà alimentare in esecuzione all'ordinanza n. 658 del 29 marzo 2020 della protezione civile*. In tema si veda F. BIONDI DAL MONTE, *Cittadini, stranieri e solidarietà alimentare al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 2020.

⁶⁶ In questo senso Trib. Napoli, ord. 25 maggio 2020; Trib. Brescia, decreto 28 aprile 2020; le pronunce sono pubblicate su *asgi.it*.

⁶⁷ Sul tema si veda C. SICCARDI, *Crisi economica e discriminazioni multiple: il caso degli stranieri extra-comunitari con disabilità*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, 2017, 139 ss.

competenze regionali, avevano evidenziato l'illogicità del primo Decreto Sicurezza il quale mediante l'abrogazione dell'iscrizione anagrafica e della protezione umanitaria rendeva ancora più difficoltoso da parte dell'Amministrazione il controllo sulle persone presenti sul proprio territorio⁶⁸.

Questa problematica è ancora più evidente in tempi di emergenza sanitaria nei quali è di cruciale importanza, ai fini del contenimento del contagio, che le amministrazioni abbiano chiara contezza della popolazione presente sul territorio. Si pone inoltre il tema ignorato da decenni, relativo alla regolarizzazione dei lavoratori migranti. È noto che il Decreto Rilancio (d.l. n. 34 del 2020) all'art. 103 consente allo straniero in posizione irregolare di richiedere un permesso di soggiorno temporaneo di sei mesi che può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro ove venga "esibito" un contratto di lavoro in tre settori: quello agricolo, quello di assistenza alla persona e quello del lavoro domestico⁶⁹. Si tratta solo di un primo passo, ma che inverte la rotta rispetto alle politiche precedenti, intendendo la regolarizzazione come un provvedimento a beneficio della sicurezza, anche sanitaria, di tutti noi.

5.4. I detenuti

Un ulteriore ambito in cui l'emergenza sanitaria ha provocato pesanti conseguenze è quello dell'amministrazione della giustizia: come luoghi necessariamente aperti al pubblico e frequentati ogni giorno da una moltitudine di soggetti i Tribunali sono stati immediatamente interessati da provvedimenti specifici, che hanno determinato la sospensione di tutte le attività non urgenti. Il settore penale, in questa cornice, ha incontrato maggiori difficoltà, da un lato perché alcune attività sono per definizione indifferibili (come la celebrazione delle udienze penali di convalida degli arresti), dall'altro perché la pubblicità delle udienze è una prerogativa necessaria del dibattimento penale.

A tal riguardo, l'aspetto su cui interessa maggiormente ragionare riguarda la condizione dei detenuti⁷⁰, su cui la pandemia del Covid ha inciso con particolare gravità, in ragione del ritardo con cui il sistema ha reagito all'emergenza sanitaria e, soprattutto, della mai risolta piaga del sovraffollamento carcerario⁷¹.

In una prima fase, il dibattito si è incentrato sulle violenze registrate in numerosi istituti di pena, risultato delle proteste⁷² che i detenuti hanno organizzato per essere maggiormente ascoltati e tutelati davanti al rischio di diffusione del virus all'interno delle strutture penitenziarie. Rischio, peraltro, tutt'altro che inverosimile, se si leggono con attenzione le comunicazioni del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che hanno costantemente monitorato la situazione delle carceri, dando conto di centinaia e centinaia di casi di contagio tra detenuti e per-

⁶⁸ Si consideri che la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della previsione che precludeva l'iscrizione anagrafica a fronte delle questioni sollevate dai Tribunali di Milano, Ancona e Salerno (comunicato stampa della Corte costituzionale, 9 luglio 2020).

⁶⁹ Su cui si vedano le riflessioni di S. BRIGUGLIO, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: la lezione del passato*, in *questionegiustizia.it*, 2020.

⁷⁰ Per un'analisi sulle problematiche legate al carcere nei tempi dell'emergenza Covid-19 si veda A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *osservatorioaic.it*, 3, 2020.

⁷¹ Su cui, tra i molti, G.M. FLICK, *Superare il carcere*, in *www.giustiziainsieme.it*, 11 aprile 2020, e G. GIOSTRA, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in *Sistemapenale.it*, 22 marzo 2020.

⁷² Per un commento alle rivolte in carcere nel mese di marzo 2020 si veda M. BRUCALE, *Coronavirus. Rivolte in carcere: dalla violenza, la violenza*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2020.

sonale dell'amministrazione penitenziaria⁷³. Per questo fine, sono state messe in campo, non senza difficoltà sotto il profilo attuativo, azioni volte a limitare la diffusione del virus nel circuito penitenziario, attraverso la definizione di procedure operative in grado di limitare l'esposizione al rischio dei detenuti, di formare e supportare gli agenti di polizia, nonché di garantire la distribuzione dei dispositivi di protezione individuale.

In una seconda fase, l'attenzione è stata rivolta ai provvedimenti della magistratura di sorveglianza che hanno concesso la detenzione domiciliare ai detenuti a più alto rischio, tra cui anche soggetti condannati in via definitiva per fatti di mafia sottoposti al regime speciale del 41-*bis*. Alcuni hanno osservato, in particolare, che lo Stato avrebbe con troppa leggerezza ritenuto di dare prevalenza al diritto alla salute individuale del detenuto beneficiario (e alla salute collettiva pensando al microcosmo della struttura penitenziaria), dimenticandosi della gravità dei reati commessi (e delle relative vittime), nonché sottostimando le perduranti esigenze di prevenzione correlate alla pericolosità sociale dei soggetti interessati. Sul tema è intervenuto nelle ultime settimane anche il Governo, con un primo d.l. del 30 aprile, n. 28, e un secondo d.l. del 10 maggio 2020, n. 29, quest'ultimo recante misure urgenti volte a disciplinare la detenzione domiciliare o il differimento dell'esecuzione della pena, nonché la sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria. Con questi provvedimenti, su cui la dottrina ha espresso alcune perplessità⁷⁴, è stato previsto che il magistrato, prima di autorizzare la fuoriuscita dal carcere, acquisisca il parere del procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i soggetti sottoposti al 41-*bis* e valuti la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria sulla base di precise scadenze temporali.

In questo contesto da più parti viene propugnata la tesi che alcune categorie di detenuti, per la gravità dei reati commessi, non debbano più essere considerati titolari di diritti e, come tali, meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento; e tuttavia, l'orizzonte cui tende la nostra Costituzione, come peraltro confermato dalla più recente giurisprudenza costituzionale (da ultimo, sentenza n. 253 del 2019), è ben diverso e in esso i principi di umanizzazione e di funzione rieducativa della pena giocano un ruolo centrale; dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, inoltre, discende un preciso divieto di sottoporre i detenuti a trattamenti disumani e degradanti. Con queste precisazioni, è forse possibile rileggere quei provvedimenti dei magistrati di sorveglianza che tante critiche hanno suscitato nell'opinione pubblica, con cui, a fronte dell'unica alternativa rappresentata dal lasciare un detenuto bisognoso di cure particolari all'interno del carcere, interrompendo la terapia per ragioni legate alla diffusione della pandemia (in un caso, per esempio, l'ospedale di riferimento era stato trasformato in un centro Covid), è stata decisa l'applicazione della detenzione domiciliare. La lettura di quei provvedimenti, peraltro, permette di apprezzare quanto sia stata approfondita l'istruttoria e ponderata la valutazione, da parte dei magistrati, di tutti gli elementi del caso.

⁷³ Cfr., *ex multis*, *Bollettino del Garante delle persone private della libertà sull'evoluzione dell'emergenza Covid-19* del 7 aprile 2020.

⁷⁴ A. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistemapenale.it*, 1 maggio 2020.

6. Conclusioni

Le riflessioni condotte, che tengono conto dell'impatto della diffusione del Coronavirus sia sul sistema delle fonti sia sulla tutela dei diritti fondamentali e, in particolare, sulla tutela di alcune specifiche categorie di soggetti, consentono di ragionare sulle concrete ed effettive modalità con cui lo Stato di diritto costituzionale è stato chiamato (e continua a esserlo) a disciplinarne gli effetti, sia dal punto di vista procedurale sia da quello sostanziale.

Per tutte le democrazie costituzionali, in particolare, l'emergenza pandemica ha costituito una sfida ai principi costituzionali dello Stato di diritto e ha comunque messo in tensione visioni diverse sull'estensione delle libertà fondamentali e sulla loro possibile limitazione e relazione da parte dell'autorità statale. In tutto il mondo, i provvedimenti restrittivi, l'emergenza sanitaria e la difficoltà di intervenire sulle situazioni di discriminazione hanno modificato profondamente principi radicati in astratto, ma forse ancora deboli nella loro attuazione, come del resto è già emerso nelle recenti crisi economiche, che hanno condotto a un arretramento del livello dello Stato sociale, in Italia, come in Europa. Anche su questi aspetti, tanti sono i principi che possiamo ricavare dalla giurisprudenza, principi che, purtroppo, non stanno guidando i "decisioni politici" nel momento attuale.

Il virus, il genere, la cura: una rivoluzione ai tempi del CoViD-19?

Orsetta Giolo*

VIRUS, GENDER AND CARE: A REVOLUTION IN THE TIME OF COVID-19?

ABSTRACT: The unexpected and sudden lockdown experience has favoured the emergence in public discourse of certain issues, such as care, which have long been known in feminist debates on gender inequalities. Starting from a clarification of the ambiguities that, albeit unintentionally, the expression “care work” presents, this contribution argues in favour of the intervention of public institutions and the law, in order to overcome the asymmetries in the distribution of tasks that still characterize intra-family relations.

KEYWORDS: Carework; liberty; feminism; inequalities; public institutions and law

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il lavoro di cura e i suoi inganni – 3. Il lavoro di cura e il virus – 4. Il lavoro di cura e la libertà delle donne – 5. Il lavoro di cura, le istituzioni e il diritto – 6. Il lavoro di cura e la giustizia nella crisi pandemica.

1. Introduzione

L'esperienza del *lockdown*, inattesa e improvvisa, ha favorito l'emersione nella discussione pubblica di alcune questioni da tempo note al dibattito femminista in merito alle diseguglianze di genere¹.

In particolare, il lavoro di cura è divenuto oggetto di un ampio e partecipato confronto in ragione della sua centralità, manifestatasi in modo eclatante nel corso della crisi pandemica, nell'organizzazione della vita delle persone, dei contesti familiari e dunque della società nel suo complesso²: se non vi è chi si occupa del lavoro di cura, e più in generale del cd. lavoro riproduttivo³, «entire social systems would collapse»⁴.

*Orsetta Giolo, Professoressa associata di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Ferrara. Mail: glirtt@unife.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ E. MAGLIA, *COVID-19, decreti governativi ed effetti di genere*, in *Politiche-sociali*, maggio-agosto 2020. Più in generale, sull'inasprimento diffuso di tutte le diverse forme di diseguglianze cfr. L. LEONINI, *Vite diseguali nella pandemia*, in *Polis*, agosto 2020.

² B. THOMASON, I. MACIAS-ALONSO, *COVID-19 and the raising the value of care*, in *Feminist Frontiers*, april 2020, 705; B. CASALINI, *Prefazione. Femminismo e politiche della cura dal neoliberalismo al covid-19*, in A. VERZA, S. VIDA (a cura di), *Postfemminismo e neoliberalismo*, Roma, 2020, 17 ss.

³ Per una definizione di lavoro riproduttivo cfr. P. DI NICOLA, *Care Work: between Defamilialization and Commodification*, in *Italian Sociological Review*, 2015, 189 ss. Sulla riproduzione sociale cfr. B. CASALINI, *Il care tra lavoro affettivo e lavoro di riproduzione sociale*, in *La società degli individui*, 46, 2003.

⁴ K. BAHN, J. COHEN, Y. VAN DER MEULEN RODGERS, *A feminist perspective on COVID-19 and the value of care work globality*, cit., 696.

Durante la lunga quarantena della primavera del 2020, in molti hanno infatti sperimentato la necessità di gestire contemporaneamente, e negli stessi spazi domestici, esigenze lavorative, scolastiche, personali e familiari, senza poter ricorrere ad alcun tipo di supporto esterno. Una simile situazione ha reso ancor più evidente la mole di incombenze che attiene alla sfera privata: soprattutto, ha svelato il fatto che simili incombenze ancora gravano prevalentemente - esclusivamente, verrebbe da sostenere – sulle donne⁵.

A tal proposito, in questa sede non proporrò una disamina dell'ampia letteratura, prevalentemente di matrice femminista, che in generale sull'*etica della cura* si è sviluppata negli ultimi decenni⁶. Piuttosto, alla luce della riscoperta centralità del tema, concentrerò l'attenzione sulla questione più specifica del *lavoro di cura*⁷, per come è andata configurandosi di recente, al tempo del CoViD-19.

A partire da una puntualizzazione in merito alle ambiguità che la stessa espressione "lavoro di cura" presenta, tenterò di argomentare in merito alla necessità di un intervento – ulteriore rispetto a quanto già intrapreso – delle istituzioni pubbliche e del diritto al fine di superare quel disequilibrio di origine patriarcale che ancora caratterizza le relazioni intra-familiari nella distribuzione dei compiti⁸. L'apporto del pubblico appare fondamentale, come cercherò di sottolineare, per via dell'impatto che la cura comporta sulla libertà personale, nonché sulla rete di delicate relazioni che interessano la vita privata, e dunque in ragione del "potenziale di conflittualità" che la difficile rinegoziazione di tempi e spazi porta necessariamente con sé.

⁵ A titolo esemplificativo, quale indice della discussione pubblica avviata velocemente in tal senso, rinvio a C. MARTINOCCHI, *Coronavirus, la quarantena delle donne tra focolare e smart working: tutti a casa, ma a che prezzo?*, in *la Repubblica*, 10 aprile 2020, in <https://bit.ly/2lpQOoC>; B. HENRY, *The hidden Amplification of Gender-based violence. The Impact of Covid-19 Pandemic on the patriarchal system*, in *European Law and Gender*, April 2020, in <https://elan.jus.unipi.it/blog/the-hidden-amplification-of-gender-based-violence-the-impact-of-covid-19-pandemic-on-the-patriarchal-system/>; L. FANTI, *Parità di genere e Covid 19: l'altra emergenza*, in *Corriere della Sera*, 18 aprile 2020, in https://27esimaora.corriere.it/20_aprile_18/parita-genere-covid-19-l-altra-emergenza-0a8b94aa-81b3-11ea-b7e0-dce1b61a80bf.shtml; UNITED NATIONS, *Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women*, april 2020, in <https://bit.ly/313bcSW>; più di recente, *Downturns tend to reduce gender inequality. Not under covid-19*, in *The Economist*, Jun 2020, in <https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/06/04/downturns-tend-to-reduce-gender-inequality-not-under-covid-19>.

⁶ Sull'etica della cura la produzione scientifica è sterminata, ma notoriamente le autrici di riferimento sono considerate Carol Gilligan, Eva F. Kittay e Joan Tronto. Cfr., quanto meno, C. GILLIGAN, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard, 1982; E. F. KITTAY, *La cura dell'amore: donne, uguaglianza, dipendenza*, Milano, 2010; J. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethics of Care*, New York, 1993. Per una ricognizione degli studi in merito si vedano, in particolare, M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, 2016; B. CASALINI, L. CINI, *Giustizia, uguaglianza e differenza: una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*, Firenze, 2012.

⁷ Sulla cura come lavoro rinvio in particolare a B. CASALINI, *Il femminismo e le sfide del neoliberalismo. Postfemminismo, sessismo, politiche della cura*, Roma, 2018.

⁸ Basti ricordare quanto scriveva Hannah Arendt in merito alla vita familiare come «il centro della più rigida disuguaglianza» (H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 1994, 23-24).

2. Il lavoro di cura e i suoi inganni

Moltissimi aspetti del lavoro di cura, nel corso della pandemia, sono divenuti oggetto di rivendicazioni, appelli, discussioni, ricerche, forse mai come prima d'ora⁹.

Nell'ambito di questa ampia riflessione, in particolare, è risultato più chiaro il fatto che tale espressione racchiude al suo interno, probabilmente in modo troppo sintetico, una notevole quantità di incarichi e competenze. Essa deriva infatti dal «prendersi cura», che esprime a sua volta un significato articolato e complesso, come scrive Joan Tronto, descrivente «un'attività che include tutte le azioni che compiamo per mantenere, continuare, e riparare il nostro “mondo” in modo tale che vi si possa vivere nel miglior modo possibile»¹⁰.

Tuttavia, nell'uso comune, “lavoro di cura” finisce molto spesso per “camuffare” quanto attiene alle molteplici e minuziose mansioni che la cura implica (dalla pulizia di tutto quanto concerne gli ambienti domestici all'alimentazione, all'educazione scolastica dei figli, alle necessità specifiche delle persone anziane e/o disabili e così via), sottolineandone prevalentemente la dimensione relazionale e affettiva, e, in ragione di ciò, sottovalutandone la portata in termini di fatica, tempo e impegno. La parola “cura”, infatti, viene intesa generalmente come termine che pone l'accento sul principio di responsabilità, sulla capacità di dedicarsi all'altro, di farsene carico in ragione dei buoni sentimenti che animano i rapporti umani.

Questa rappresentazione semplicistica è molto diffusa e concorre a neutralizzare la carica critica e problematica che l'originaria teorizzazione sulla cura aveva saputo promuovere¹¹.

Indizi, relativamente a questa “banalizzazione” del discorso sulla cura, si riconoscono nella rimozione del tema dell'universalità (tutte le persone sono necessariamente destinatarie di cura), a fronte di una sua prevalente parcellizzazione concernente solamente alcuni specifici soggetti, particolarmente

⁹ A titolo esemplificativo, e relativamente al contesto italiano, si vedano l'appello “Verso una democrazia della cura”, in <http://www.ingener.it/articoli/verso-una-democrazia-della-cura>, l'appello “Covid 19 e mancanza di equilibrio tra lavoro e cura familiare”, promosso dalla FILCAMS CGIL, in <https://www.cgilreggioemilia.it/2020/covid-19-e-mancanza-di-equilibrio-tra-lavoro-e-cura-familiare-lappello-delle-donne-della-filcams-cgil/> e la ricerca internazionale sugli effetti dell'emergenza CoViD-19 sul lavoro e sui tempi di cura, in <https://www.uniroma1.it/it/notizia/gli-effetti-dellemergenza-covid-19-sul-lavoro-e-sui-tempi-di-cura>.

¹⁰ J. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethics of Care*, cit., 102-103. Una definizione di cura è suggerita ancora da Tronto e Berenice Fisher: «Al livello più generale, suggeriamo di vedere la cura come un tipo di attività che include tutto ciò che facciamo per preservare, prolungare e mettere al riparo il nostro mondo in modo da potervi vivere al meglio. Questo mondo include i nostri corpi, i nostri io, il nostro ambiente, tutto ciò che cerchiamo di intrecciare in una complessa rete di vita sostenibile» (B. FISHER, J. TRONTO, *Toward a Feminist Theory of Caring*, in E. ABEL, M. NELSON (eds.), *Circles of Care: Work and Identity in Women's Lives*, Albany, 1990, 40).

¹¹ Molte sono le precisazioni, nella letteratura femminista, che mirano a ripulire il discorso sulla cura dalle retoriche sul materno e sui “buoni sentimenti”, per evitare la riproduzione degli stereotipi di genere di stampo essenzialista e il riduzionismo dell'identità femminile alla “natura materna”. Cfr., appunto, la stessa Gilligan, in C. GILLIGAN, *La resistenza all'ingiustizia: un'etica femminista della cura*, cit., 319 e ss.

bisognosi della cura stessa (i minori, gli anziani, le persone con disabilità)¹², senza nemmeno dedicare troppa attenzione alla figura del cd. “caregiver”¹³.

Pertanto, se, a livello teorico, la letteratura ha messo da tempo in evidenza il carattere universale della cura (così come della dipendenza e della vulnerabilità) delle persone¹⁴, tali assunzioni faticano a produrre ricadute pratiche di un certo peso e l’espressione “lavoro di cura”, sebbene dia forma ad un’attività prima innominata o svalutata, rischia di concorrere a tale improduttività e a una sostanziale distorsione della questione stessa¹⁵.

Si tratta di un inganno involontario, ovviamente, ma che mi pare abbia fino ad ora favorito il veicolare nell’opinione pubblica di una convinzione altrettanto fuorviante quanto quella, di impianto patriarcale, vigente in precedenza e attinente alla divisione dei ruoli di genere tra pubblico e privato.

Ovvero, al sistema patriarcale, che imponeva alle donne la gestione delle incombenze domestiche e dei bisogni dei familiari, pare essere seguito l’assetto odierno, nel quale il lavoro di cura resta ancora appannaggio delle donne, salvo rarissime eccezioni. *C’est à dire*: l’operazione linguistica suggerita dalla letteratura femminista, al fine di rendere visibile e rilevante per la sfera pubblica quanto svolto dalle donne in privato e senza riconoscimento né remunerazione, non ha inciso come dovuto sulla effettiva redistribuzione dei carichi familiari, semmai favorendone perlopiù una specie di *camouflage*.

Allo stesso modo, il discorso pubblico e le istituzioni, allo stato dell’arte, sembrano aver semplicemente assorbito questo cambiamento linguistico senza tuttavia averne assunto i significati più profondi: dunque, lasciando pressoché intatto l’assetto patriarcale nella distribuzione dei ruoli di genere. Vi è un ulteriore elemento di ambiguità, riguardo al discorso sulla cura, che occorre sottolineare.

Negli ultimi decenni esso è stato strumentalizzato da una retorica di impianto neoliberale secondo la quale è possibile distinguere i soggetti in relazione alle loro capacità e *performances*: il soggetto neoliberale risponde infatti alla cd. “imprenditorialità del se”¹⁶, mentre chi non si adegua a tale modello viene relegato tra i “vulnerabili”, persone che, per varie ragioni, non sono in grado di competere e di

¹² Sulle attività di cura come preoccupazioni ridotte a «un interesse per le vittime e per i deboli da parte di madri senza identità, o a un mero fatto sentimentale» cfr. S. LAUGER, *La cura: l’etica come politica dell’ordinario*, in *Iride*, 2010, 295.

¹³ Per una disamina della difficile (e poco definita) condizione del cd. *caregiver* si veda, *ex multis*, N. BOSCO, *Sostenere i curanti. Implicazioni e ricadute su salute individuale e benessere collettivo della ridotta attenzione ai caregiver familiari*, in *Sociologia del lavoro*, 2018.

¹⁴ J. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethics of Care*, cit., 140; cfr. M. Nussbaum, *Capacità personale e democrazia sociale*, Reggio Emilia, 2003. Cfr., con riferimento al nesso esistente tra universalità della cura e condizione universale della vulnerabilità umana, S. LAUGER, *La cura: l’etica come politica dell’ordinario*, cit., 295. Scrive Lauger: «[r]iconoscere ciò significa considerare l’essere dipendenti e vulnerabili come il tratto caratterizzante di una condizione che ci accomuna, e non di una categoria speciale del “vulnerabile”. Questa sorta di realismo “ordinario” (nel senso di “realistico” proposto da Diamond) è per lo più assente dalla maggior parte delle teorie sociali e morali, che invece tendono a ridurre le attività e le preoccupazioni della cura a un interesse per le vittime e per i deboli da parte di madri senza identità, o a un mero fatto sentimentale (IVI, 295).

¹⁵ G. ZANETTI, *L’etica della cura e i diritti*, in *Ragion pratica*, 2, 2004, 525.

¹⁶ La letteratura sul tema è molto ampia. Si vedano, in particolare, P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, 2013; F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1, 2014, 13 ss.; T. DINI, S. TARANTINO, *Femminismo e neoliberalismo. Libertà femminile versus imprenditoria di sé e precarietà*, Benevento, 2014.

stare sul mercato¹⁷. Sulla confusa semantica della vulnerabilità è nato di recente un dibattito molto vivace¹⁸, che ha messo in luce quanto a questa rappresentazione della soggettività (vulnerabile) corrisponda un immaginario del potere quale entità salvifica¹⁹, che si fa carico e “si prende cura”, appunto, di chi non è in grado di gestirsi autonomamente.

Anche in tale caso, pertanto, la questione della cura non viene posta per favorire una riflessione sui disequilibri e sulle diseguaglianze tra i generi, né tantomeno per decostruire la retorica (politica e giuridica) sull'autonomia quale carattere costitutivo del soggetto moderno²⁰, ma sembra piuttosto essere reindirizzata al fine di risignificare il potere e il dominio in modo a-problematico e al contempo ingannevole²¹, recuperando modelli premoderni informati al binomio “obbedienza-protezione”²².

A ben vedere, l'odierno discorso sul lavoro di cura risente di queste distorsioni. Pare infatti rimossa, al suo interno, l'analisi scrupolosa dei meccanismi che permettono alla risalente e diseguale distribuzione del potere tra i generi (in ambito privato e pubblico) di sopravvivere e perpetuarsi attraverso il disequilibrio nell'assunzione di responsabilità nella cura. In questo quadro, il ricorso a retoriche normalizzanti e svuotate di radicalità²³, in ordine a vecchie e/o nuove ideologie (patriarcali e/o neoliberali), non fa altro che contribuire a veicolare assetti sociali discriminatori e gerarchizzanti.

¹⁷ Per una critica in tal senso rinvio a S. VIDA, *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2016; mi permetto inoltre di rinviare a O. GIOLO, *Brevi riflessioni sulla libertà nella prospettiva delle teorie critiche del diritto, al tempo del neoliberalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2019.

¹⁸ Anche sulla nozione di vulnerabilità, negli ultimi anni, si è sviluppato un dibattito molto ricco e partecipato a livello globale. Si vedano soprattutto i testi, fondamentali per l'avvio della discussione, di M. A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in *Emory Law Journal*, 251, 2010-2011; EAD., *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, 2003; M.A. FINEMAN, A. GREAR (eds.), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, London, 2016. Per una ricognizione del dibattito mi permetto di rinviare a O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Bologna, 2018 e a M.G. BERNARDINI, B. CASALINI, O. GIOLO, L. RE (a cura di), *Vulnerabilità. Etica, politica, diritto*, Roma, 2018. Da ultimo si veda anche A. FURIA, S. ZULLO (a cura di), *La vulnerabilità come metodo*, Bologna, 2020.

¹⁹ Va da sé il richiamo alle teorie foucaultiane sul cd. “potere pastorale”. Cfr. M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France [1077-1978]*, Milano, 2005; ID., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France 1978-1979*, Milano, 2005.

²⁰ In merito alla critica del soggetto liberale, mi permetto di rinviare per un approfondimento a M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017.

²¹ Significative sono a tal riguardo le riflessioni di Judith Butler, la quale sottolinea come questa rappresentazione benevola del potere favorisca in realtà il disconoscimento del suo lato più autoritario e violento, in J. BUTLER, *L'alleanza dei corpi*, Milano, 2017. Interessante è anche quanto approfondito, in merito alla violenza disinibita del potere contemporaneo, in A. MBEMBE, *Nanorazzismo. Il corpo notturno della democrazia*, Roma-Bari, 2019.

²² Sulle trasformazioni del potere nel contesto neoliberale e sulla sua nuova dimensione relazionale rinvio a M. DE CAROLIS, *Il neoliberalismo, la crisi e la rifeudalizzazione della società*, in *Politica & Società*, 1/2016. Molto interessanti sono anche le ricostruzioni contenute in S. VIDA, *Neoliberalismo, biopolitica e schiavitù. Il capitale umano in tempo di crisi*, in *Cosmopolis. Rivista di filosofia e teoria politica*, 2017, in <https://sinistrainrete.info/neoliberalismo/11011-silvia-vida-neoliberalismo-biopolitica-e-schiavitù.html>; EAD., *Postcapitalismo e neoliberalismo: il presente e il futuro della crisi*, in *Ragion pratica*, 2, dicembre 2017, alla 300. In merito, mi permetto di rinviare anche a O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020, 27 ss.

²³ Ciò avviene ad esempio con la cd. “conciliazione”, declinata pressoché esclusivamente al femminile, cfr. E. RIVA, L. ZANFRINI, *Non è un problema delle donne. La conciliazione lavorativa come chiave di volta della qualità della vita sociale*, Milano, 2015; M.R. GAROFALO, M. MARRA, M.R. PELIZZARI (a cura di), *Quale genere di*

3. Il lavoro di cura e il virus

Occorre precisare a tal riguardo che, negli ultimi decenni, l'illusione di un sostanziale miglioramento nella redistribuzione di molte mansioni si era abbastanza diffusa, grazie alla progressiva introduzione di mezzi a supporto del lavoro femminile e in ragione dei nuovi modelli generazionali, meno aderenti alle vecchie logiche di genere. Nonostante tutte le carenze, l'accresciuta consapevolezza dei giovani uomini e una maggiore condivisione ad esempio nella cura dei figli, nonché la diffusione del ricorso a personale stipendiato nella gestione delle incombenze domestiche e familiari hanno sorretto l'impressione che, in fondo, non tutto pesasse ancora esclusivamente sulle donne²⁴.

Tali convinzioni, in verità, tacitavano il fatto che l'assunzione di responsabilità da parte degli uomini riguardasse una minima percentuale e che la maggior parte del personale di supporto fosse anch'esso di sesso femminile²⁵. Sguardi più attenti avevano infatti analizzato questa nuova situazione osservando come la (piccola) redistribuzione del lavoro di cura non fosse avvenuta in verità per genere, ma per classe²⁶: le donne più abbienti avevano delegato a quelle meno benestanti, per lo più migranti²⁷, la gestione dei propri cari e delle faccende domestiche, al fine di poter lavorare, o anche solamente di poter godere di più ampi margini di libertà.²⁸

Con l'avvento della pandemia, e dunque con l'impossibilità di ricorrere a tale "esercito di riserva"²⁹ del lavoro di cura, si è resa contemporaneamente impraticabile qualsivoglia forma di delega. In que-

conciliazione? Intersezioni tra lavoro, famiglia e welfare, Torino, 2016. Sulla tendenza alla progressiva de-genderizzazione della conciliazione in ambito europeo, attraverso l'adozione di strumenti normativi che prendono in considerazione sia le donne sia gli uomini, si veda F. BIMBI, A.M. TOFFANIN, *La conciliazione tra lavori e care nella crisi europea. Prospettive in viaggio tra passato e presente*, in *Autonomia locali e servizi sociali*, 3, 2017, 555 ss.

²⁴ Sui temi che hanno dominato, dagli anni novanta del secolo scorso in poi, il dibattito sul lavoro domestico e di cura (dagli asili nido alle pari opportunità e così via) cfr. P. DI NICOLA, *Principi di giustizia: la sfida del lavoro di cura per le famiglie e per la società degli individui*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2017, 610 e ss. Per un'indagine dei meccanismi in base ai quali si procede alla divisione del lavoro domestico e delle attività di cura e in generale del lavoro non retribuito, in tempi recenti, rinvio a G.M. DOTTI SANI, *La divisione del lavoro domestico e delle attività di cura nelle coppie italiane: un'analisi empirica*, in *Stato e mercato*, aprile 2012.

²⁵ Sul persistente divario tra uomini e donne ad esempio in Italia cfr. il Rapporto Istat *Conciliazione tra lavoro e famiglia*, 2018, in <https://www.istat.it/it/files/2019/11/Report-Conciliazione-lavoro-e-famiglia.pdf>.

²⁶ In merito ai processi di de-familiarizzazione del lavoro di cura, la letteratura è molto ricca, cfr., per una ricognizione, R. Sarti (a cura di), *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, Roma, 2010.

²⁷ *Ex multis*, sulla delega del lavoro di cura alle lavoratrici migranti, rinvio a B. EHRENREICH, A. R. HOCHSCHILD (a cura di), *Donne globali. Tate, colf e badanti*, Milano, 2004. Cfr. L.J.B. HAYES, *Stories of Care: A Labour of Law. Gender and Class at Work*, London, 2017. La critica femminista si è molto interrogata in merito a questi complicati processi, che vedono la delega tra donne sostituire la divisione originaria per genere nel lavoro di cura. Con particolare riferimento alle condizioni di sfruttamento delle lavoratrici migranti rinvio a A. SCIURBA, *La cura servile, la cura che serve*, Pisa, 2015. Si veda, inoltre, T. PITCH, *Tess e io. Differenze e disuguaglianze nella differenza*, in *Ragion pratica*, 2, 2004, 339 ss.

²⁸ Sul rapporto problematico tra lavoro domestico e libertà delle donne rinvio a V. OTTONELLI, *La libertà delle donne. Contro il femminismo moralista*, Genova, 2011. In particolare, si veda quanto l'autrice sottolinea in merito all'ulteriore carico di responsabilità e di sensi di colpa che viene attribuito alle donne che scelgono di delegare ad altre ciò che "spetterebbe loro", Ivi, 72 ss.

²⁹ Il riferimento è ovviamente all'espressione di Karl Marx («l'esercito industriale di riserva») nel libro primo de *Il Capitale* (1867).

sto modo è divenuto appunto più chiaro e incontestabile il fatto che il lavoro di cura in realtà fosse rimasto – a livello globale – appannaggio delle donne, con un minimo coinvolgimento degli uomini³⁰. Durante la quarantena, i lavori domestici, la cura dei familiari, la gestione della casa, l'educazione scolastica dei figli sono infatti tornate ad essere incombenze quasi esclusive delle donne, senza correttivi³¹: ovvero di tutte le donne, anche quelle che prima delegavano, quasi a ribadire l'assunto in base al quale le donne sono le effettive ed uniche titolari del lavoro di cura, condizione che le deleghe non fanno venir meno né modificano. Si è così immediatamente disvelata la permanenza di un silenzioso ma perdurante assetto patriarcale³², radicato nelle abitudini e nelle prassi condivise di fatto dalla maggior parte delle persone a livello mondiale, e non esclusivamente nei paesi più arretrati in tema di diritti delle donne: un ordine solamente camuffato da una ingannatrice e velleitaria redistribuzione, che si era convinti fosse avvenuta e che in realtà era stata perlopiù demandata alla capacità delle donne stesse di negoziare tempi e spazi nelle loro relazioni private.

Ma è evidente quanto possa risultare difficile superare un simile disequilibrio attraverso una "semplice" e "privata" contrattazione, demandata alle donne e alla maturità e alla buona volontà dei loro interlocutori: il lavoro di cura in sé, all'interno dei contesti familiari, rappresenta una questione tuttora estremamente delicata, che attiene agli equilibri più intimi nelle relazioni, e metterne in discussione i relativi carichi e le responsabilità produce crisi profonde, o probabili rotture³³.

Se si abbandona la visione "irenistica" della cura, quest'ultima manifesta immediatamente il suo tradursi in una *pratica* che comporta «una certa conflittualità»³⁴.

Probabilmente perché al fondo di tale questione c'è il nodo della libertà individuale.

4. Il lavoro di cura e la libertà delle donne

Il rapporto tra il lavoro di cura e la libertà delle donne si presenta come decisamente problematico, anche alla luce dell'analisi approfondita promossa in merito dalla letteratura che sull'etica della cura si è sviluppata. La teoria femminista del diritto, ad esempio, additando la nozione di autonomia come

³⁰ K. BAHN, J. COHEN, Y. VAN DER MEULEN RODGERS, *A feminist perspective on COVID-19 and the value of care work globally*, in *Feminist Frontiers*, april 2020, 695. Cfr. C. ALLERI, M. CONGEDUTI, S. PITTARELLO, F. STANGHERLIN, *Quale lavoro femminile al tempo del Covid-19? Fase 2: ritorno al passato*, in *Questione giustizia*, giugno 2020, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/quale-lavoro-femminile-al-tempo-del-covid-19-fase-2-ritorno-al-passato_08-06-2020.php.

³¹ Interessanti a tal riguardo sono i rilievi contenuti nel Rapporto annuale ISTAT 2020: dai dati raccolti in Italia nel corso della crisi pandemica è emerso l'aumento delle diseguaglianze a carico delle donne. Cfr. ISTAT, *Rapporto annuale 2020. La situazione del paese*, Roma, 2020.

³² Numerosi sono i dati che, a livello globale, supportano simili considerazioni. Cfr., di recente, quanto riportato in B. THOMASON, I MACIAS-ALONSO, *COVID-19 and the raising the value of care*, cit., 705-706, soprattutto in merito alla perdurante destinazione delle donne alle professioni cd. HEED – *health care, early education and domestic roles* – e al lavoro temporaneo o alla formula part-time. Cfr. in merito K. BLOCK, A. CROFT, T. SCHMADER, *Worth less?: Why men (and women) devalue care-oriented careers*. *Frontiers in Psychology*, 2018, 1-20, in <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.01353>; UN WOMEN, *Paying attention to women's needs and leadership will strengthen COVID-19*, 2020, in <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/3/news-womens-needs-and-leadership-in-covid-19-response>; WORLD TRADE ORGANIZATION, *Gender equity in the health workforce: Analysis of 104 countries*, 2019, in https://www.who.int/hrh/resources/gender_equityhealth_workforce_analysis/en/.

³³ P. MOLINIER, *Cura, giustizia e delega del lavoro domestico. Il punto cieco delle femministe*, in *Iride*, 2011, 364.

³⁴ G. ZANETTI, *L'etica della cura e i diritti*, cit., 2, 2004, 524.

la principale illusione che ha retto fino ad ora una concezione della soggettività costruita sull'identità maschile³⁵, ha altresì decostruito l'idea di libertà quale condizione che implica l'assenza di responsabilità nella relazione con gli altri³⁶.

A tal proposito appare utile ricordare alcune particolarità della concezione patriarcale della responsabilità declinata al femminile³⁷. Se infatti per gli uomini la responsabilità è sempre risultata connessa all'idea del *soggetto*, in possesso dello *status* di libero, capace e autonomo, per le donne è stato vero il contrario. Nelle società patriarcali, le donne non erano considerate soggetti, dunque non erano né libere né autonome; tuttavia erano riconosciute come titolari delle forme specifiche di responsabilità concernenti la cura, senza che ciò comportasse alcun tipo di emancipazione, sino a dare forma ad una *cura senza soggetto*³⁸. Anzi, da simili responsabilità derivavano svariate forme di confinamento, segregazione, controllo, punizione, nonché costruzioni dell'identità femminile adese a tali ruoli³⁹. L'unica condizione paragonabile a quella femminile, relativamente al nesso tra responsabilità e *status*, era quella dello schiavo⁴⁰: privato di libertà e autonomia, quest'ultimo era ritenuto comunque responsabile dei propri atti in ambito lavorativo e domestico, dovendo risponderne spesso anche con la vita.

Se la responsabilità per gli uomini funzionava dunque come un criterio legittimante e emancipante, per le donne fungeva come un dispositivo chiave della loro oppressione.

Ma vi è un ulteriore aspetto da sottolineare. La concezione patriarcale della responsabilità femminile è appunto costruita a partire dalla cura: le donne sono considerate responsabili non solamente del danno arrecato ad altri, ma anche, e soprattutto, del grado di felicità e benessere che sono in grado di produrre in ambito privato, in primo luogo, e altresì in ambito pubblico. Ciò comporta che quanto un uomo realizza per il bene altrui è solitamente valutato come merito individuale (in ambito lavorativo, ma anche politico, sociale, intellettuale e così via), mentre quanto fa una donna per gli altri rappresenta un'ulteriore esplicitazione della sua funzione di cura del mondo. Tant'è che il merito femminile è regolarmente sottovalutato, in ragione della difficoltà con cui lo si distingue dal mansionario ordinario della responsabilità femminile⁴¹.

³⁵ Per una recente analisi critica delle nozioni di autonomia, libertà e proprietà rinvio a A. FACCHI, *Sulle radici della proprietà di sé*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2018, 427 ss. In termini più generali, per una riflessione critica sulla concezione contemporanea della libertà delle donne, da ultimo, cfr. A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, 2020.

³⁶ Sulla soggettività delle donne come modello nuovo e alternativo a quello maschile-moderno (fondato sull'assenza di relazioni e legami) e in grado di attivare meccanismi di liberazione e affrancamento dal privato senza costruire forme di asservimento altrui rinvio a L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne, diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, 2005, 165 ss.

³⁷ In merito mi permetto di rinviare a O. GIOLO, *La responsabilità delle donne tra patriarcato e neoliberalismo*, in A. VERZA, S. VIDA (a cura di), *Post-femminismo e neoliberalismo*, cit., 197 ss.

³⁸ P. MOLINIER, *Cura, giustizia e delega del lavoro domestico. Il punto cieco delle femministe*, cit., 370.

³⁹ Fondamentale è in tal senso quanto ricostruito in B. FRIEDAN, *La mistica della femminilità* (1963), Roma, 2012.

⁴⁰ Sulla somiglianza tra la condizione delle donne e quella degli schiavi rinvio a C. PATEMAN, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Bergamo, 2015, 188 ss.

⁴¹ L'esempio del parto è a tal proposito paradigmatico: il rischiare la propria vita per dare la vita ad altri è considerato affare ordinario – poiché *naturale* – per le donne, per nulla qualificabile come eroico in quanto rientrante tra le funzioni-specificità-responsabilità femminili. Viceversa, qualsiasi gesto maschile che implichi un rischio per la propria incolumità è considerato meritevole di riconoscimento e valorizzazione sociale. Mi

Stante questa concezione genderizzata della responsabilità, il nesso tra libertà e responsabilità ha assunto necessariamente significati diversi per i due generi, e in senso opposto: per gli uomini, tanto si è liberi quanto meno si è responsabili; per le donne tanto più si è responsabili tanto meno si è libere. Orbene, secondo la critica femminista in generale, e l'etica della cura nello specifico, la contrapposizione tra i due lemmi – libertà e responsabilità – apparterrebbe ad una rappresentazione distorta e gerarchizzante delle relazioni e delle soggettività imperniata sull'autonomia. Vi sarebbe necessariamente contraddizione, all'interno del quadro teorico di matrice liberale, tra chi è libero (il soggetto dominante poiché autonomo) e chi invece si prende cura degli altri (il soggetto asservito, dipendente in quanto in relazione): il primo è concentrato su di sé, il secondo rinuncia a sé per farsi carico degli altri⁴².

Tuttavia, tale rappresentazione dell'antinomia tra cura e libertà non è da attribuire esclusivamente al quadro teorico del pensiero liberale. Di fatto, assumersi il compito del lavoro di cura, farsene carico, significa inevitabilmente comprimere i propri spazi di libertà. Con senso di responsabilità, soddisfazione, gioia, con affetto e amore e dedizione, ma anche con una enorme impiego di energie, tempo e fatica, che necessariamente vengono sottratti ad altro. Di fatto, occuparsi del lavoro di cura significa organizzare la propria giornata secondo le esigenze di più persone, e non solamente in ragione delle proprie. Non a caso la sfera privata, per queste ragioni, è stata a lungo per le donne esclusivamente una sfera di «privazione»⁴³, della libertà in primo luogo, dei diritti e della giustizia in generale.

A fronte di questa verità fattuale, e a differenza del pensiero liberale, l'etica *femminista* della cura, che ben si discosta dall'etica *femminile* della cura – «disinteressata e altruista come le donne di “buona volontà”, ragion per cui «[p]render cura diventa un'attività di angeli e santi»⁴⁴ – sottolinea come sia fallace la rappresentazione liberale del soggetto nel momento in cui oppone libertà e responsabilità. Non si nega che di fatto i due principi entrino in tensione tra loro, ma piuttosto si spiega che tale tensione nasce e si esaspera nel momento in cui il nesso tra responsabilità e libertà viene ri-

permetto di rinviare a tal proposito a O. GIOLO, *Conclusioni. Il patriarcato adattivo e la soggettività politica delle donne*, O. GIOLO, L. RE (a cura di), *La soggettività politica delle donne. Proposte per un lessico critico*, Roma, 2014. Per una riflessione sulla maternità e sul parto rinvio in particolare a G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, *Maternità, filiazione, genitorialità*, Napoli, 2017, 77-90, alla 86 e ss.; O. GUARALDO, *Sul materno: ripensarne il senso tra biopolitica e femminismo*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Critiche di genere. Percorsi su norme, corpi e identità nel pensiero femminista*, Roma, 2015, 157 ss.; cfr. R. CAMPISI, *Partorirai con dolore*, Milano, 2015.

⁴² Scrive in merito Carol Gilligan: «[...] quando il sé viene concepito come separato e indipendente dalle relazioni, viene tracciata una linea netta tra egoismo e altruismo: l'agire nel mio interesse è contrapposto all'agire per il bene degli altri. Gli interessi per sé e gli altri vengono strutturati come un gioco a somma zero: qualsiasi cosa faccio per te toglie qualcosa a me stesso e viceversa» (C. GILLIGAN, *La resistenza all'ingiustizia: un'etica femminista della cura*, cit., 319-320). Aggiunge Adriana Cavarero: «[s]econdo uno schema che vige già da Aristotele, egli [il maschio, n.d.s.] è infatti per sé e per la comunità politica, mentre, confinata alla sfera laboriosa del domestico, la donna è per l'altro. Ossia, in ultima e documentabile analisi, per lui» (A. CAVARERO, *Inclinazioni. Critica della rettitudine*, Milano, 2013, 140).

⁴³ Particolarmente significative in merito sono le analisi di Letizia Gianformaggio, in L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne, diritto*, cit., 165 ss.

⁴⁴ C. GILLIGAN, *La resistenza all'ingiustizia: un'etica femminista della cura*, cit., 319-320.

mosso. Stante l'universalità dell'essere in relazione⁴⁵, l'agire per gli altri implica l'agire per se stessi e viceversa, poiché i due aspetti dell'*agency* sono solo retoricamente scindibili, ma non fattivamente. Gli spazi personali sono necessariamente anche spazi altrui, e viceversa. Negare questo dato di fatto implica una torsione, spesso violenta: un'imposizione ad alcuni di tutte le responsabilità, attraverso la privazione di (tempi e spazi di) libertà.

Discutere della distribuzione del lavoro di cura significa pertanto porre non solo la questione dell'eguale distribuzione delle incombenze, ovvero dell'eguaglianza (dobbiamo *tutti* occuparcene, e non solamente alcuni per questioni di genere) ma anche il problema della libertà: libertà che necessita di una riconcettualizzazione non implicante l'altrui soggezione (dobbiamo *tutti* occuparcene altrimenti vi saranno poche persone *davvero libere* e molte invece asservite).

Anzi, i quesiti che pone il lavoro di cura sembrano dare forma in modo emblematico al "dilemma" della libertà che ancora investe le donne: difatti, la ragione profonda per la quale il lavoro di cura non viene condiviso concerne non solo la perdurante convinzione della diseguaglianza originaria tra i sessi (e dunque di un diverso loro ruolo nel mondo), ma anche la consapevolezza della compressione dello spazio di libertà che esso comporta. Ripensarne seriamente l'organizzazione e la distribuzione in un'ottica non genderizzata implicherebbe una rimessa in discussione di quegli assetti privati e pubblici che attengono agli spazi della libertà individuale e che ancora privilegiano gli uomini.⁴⁶

Il dilemma della libertà delle donne ha precisamente a che vedere con questo cortocircuito: nella contemporaneità, tutti gli esseri umani sono intesi come eguali e liberi, ma persistono per le donne condizioni di asservimento. La libertà riconosciuta formalmente non trova per le donne una effettiva attuazione, mentre il soggetto maschile, dominante un tempo, pratica ancora una concezione della libertà che implica la delega ad altri delle responsabilità della cura.

Rimettere mano a questo assetto significa necessariamente compiere una rivoluzione copernicana, andando ad incidere sui secolari (dis)equilibri che gravano sui sessi, nella costruzione delle identità e degli ambiti di azione, pubblici e privati.

5. Il lavoro di cura, le istituzioni e il diritto

Orbene, relegare tutto questo alla sola buona volontà e alla sensibilità dei singoli uomini o alla determinazione delle singole donne significa evidentemente rinunciare in partenza ad una vera trasformazione della società.

Contestare la diseguale distribuzione del lavoro di cura, in effetti, significa porre una questione di enorme portata. Addentrarvisi comporta, per un verso, la riconfigurazione della teoria politica e giuridica che l'ha sorretta, come la letteratura femminista ha già ben dimostrato, e, per altro verso, la

⁴⁵ Sulla matrice relazionale dell'esistenza e per una critica serrata alla costruzione filosofica del soggetto come autonomo e razionale rinvio, *ex multis*, a A. CAVARERO, *Inclinazioni. Critica della rettitudine*, cit., in particolare 22 e ss.

⁴⁶ In merito alla perdurante "irresponsabilità dei privilegiati" si veda, da ultimo P. VANGELISTI, *Politizzare la cura. Per andar oltre l'«irresponsabilità dei privilegiati»*, in *Machina*, in <https://www.machina-deriveapprodi.com/post/politicizzare-la-cura>.

destabilizzazione di un (dis)equilibrio che coinvolge gli aspetti più intimi e delicati delle relazioni intra-familiari⁴⁷.

La riflessione sull'etica della cura ha già impresso un'accelerazione importante nella direzione di una nuova concezione del lavoro di cura e di tutte le nozioni ad esso connesse (libertà, autonomia, responsabilità e così via): la valenza critica e fortemente propositiva di tale corrente di studi è oramai incontestabile⁴⁸.

Ma, come già sottolineato, quanto alla ricaduta di tale dibattito, è palese che esso non abbia ancora prodotto grandi risultati, almeno allo stato dell'arte. In due sensi. Su base volontaria, tranne poche eccezioni, non vi è stato un sensibile mutamento di atteggiamento da parte delle donne e degli uomini, per la ragione sopraesposta: è troppo difficile e i costi (umani) rischiano di essere troppo alti. Su base istituzionale, si sono adottati alcuni strumenti – spesso a livello locale e/o aziendale – ma in modo frammentario e spesso inadatto a produrre mutamenti radicali⁴⁹.

Insomma, fino ad ora sono stati minimi gli sforzi – privati e pubblici⁵⁰ – per tentare di correggere il disequilibrio nella condivisione delle responsabilità. Addirittura, le azioni intraprese in tal senso hanno talvolta ribadito la principale responsabilità delle donne nel lavoro di cura, costruendo quasi esclusivamente su di esse quei (minimi) interventi legislativi tesi a facilitare la cd. “conciliazione” tra i tempi di vita e di lavoro, spesso favorendo l'abbandono (anche temporaneo) dello spazio pubblico (il lavoro) a favore dello spazio privato (la famiglia)⁵¹.

Si tratta, a ben vedere, di ulteriori pesi che finiscono per gravare sulle donne stesse: non è un caso, di conseguenza, che molte finiscano per “liberarsi” di tali ulteriori incombenze scegliendo ancora oggi di non conciliare (ovvero di non lavorare) o di non ricontrattare alcunché (assumendosi la totalità del lavoro di cura).

Tutto troppo, eccessivamente faticoso. E, soprattutto, immodificabile in modo significativo da sole.

⁴⁷Cfr. quanto scrive Pascale Molinier in merito alla “pacificazione familiare” quale posta in gioco nella gestione – asimmetrica – del lavoro di cura in P. MOLINIER, *Cura, giustizia e delega del lavoro domestico. Il punto cieco delle femministe*, cit., 363 ss.

⁴⁸ G. ZANETTI, *L'etica della cura e i diritti*, cit., 523.

⁴⁹ Si veda, ad esempio, relativamente alla scarsa efficacia delle misure di conciliazione, F. VIGANÒ, C. LALLO, *Il paradosso del non uso delle misure di conciliazione famiglia-lavoro. Uno studio empirico italiano*, in *Polis*, 2, 2020, 363-390.

⁵⁰ In merito alle predominanti politiche in tema di de-familiarizzazione e mercificazione del lavoro di cura, anziché di una sua riqualificazione in termini politici e di una sua redistribuzione reale tra i generi cfr. P. DI NICOLA, *Principi di giustizia: la sfida del lavoro di cura per le famiglie e per la società degli individui*, cit., 618. In particolare, una critica agli incentivi quali il congedo parentale facoltativo (inefficace poiché demandato alla buona volontà dei singoli – uomini, nello specifico –) è contenuta in F. TONELLI, *La difficile condivisione del lavoro di cura. Spunti sui congedi parentali*, in *Lavoro e diritto*, 2010. Per un'analisi critica dell'istituto del congedo parentale e della relativa normativa rinvio a L. CALAFÀ, (a cura di), *Paternalità e lavoro*, Bologna, 2007.

⁵¹ Si pensi al caso dei congedi lunghi di maternità e alle campagne per l'allattamento al seno, che, in presenza di assetti familiari già improntati alla diseguaglianza, favoriscono il confinamento domestico delle donne. Cfr. in merito E. BADINTER, *Le conflit entre la femme et la mère*, Paris, 2006.

In questo quadro, la pandemia ha paradossalmente posto la questione in modo eclatante⁵², aprendo alla possibilità del mutamento⁵³, e interrogando non più solamente la buona volontà delle singole persone, ma le istituzioni stesse, chiamate a dare risposta ai bisogni di cura di tutti, in modo nuovo e più radicale rispetto a quanto la visione limitante e vetero-patriarcale avesse fino ad ora prodotto⁵⁴. Non è stato infatti possibile, nella primavera del 2020, a pandemia iniziata, risolvere il problema del lavoro di cura ricorrendo alle retoriche sulla conciliazione, sull'aumento degli asili nido e dei congedi parentali, pur essendo tutti questi strumenti comunque utili e da sostenere. La pandemia ha fatto sì che divenisse visibile il nocciolo della questione, ovvero quanto succede *dentro* le case e nelle relazioni relativamente alla distribuzione dei compiti di cura, rendendo evidente il fatto che occorre intervenire lì per ottenere dei risultati migliori. Il problema del lavoro di cura, al tempo del CoViD-19, ha evidenziato la *necessità* – e non solamente la *desiderabilità* – della costruzione di un nuovo equilibrio⁵⁵, che permetta alle donne di godere dei diritti al pari degli uomini, senza diminuzioni di sorta, pena il collasso della società nel suo complesso.

Del resto, il patrimonio di studi, analisi teoriche e indagini empiriche sulla cura, che può suggerire gli strumenti per correggere il disequilibrio esistente, oramai c'è ed è imponente. Quasi pare impossibile procedere oltre nell'approfondimento: ogni aspetto è stato decostruito, spiegato e riformulato secondo una pluralità di approcci disciplinari, nella prospettiva delle diverse soggettività coinvolte. Parafrasando quanto scriveva Norberto Bobbio in tema di diritti umani⁵⁶, non si tratta più allora di dibattere attorno al fondamento e al valore del lavoro di cura. Si tratta invece di dare seguito a quanto

⁵² Basti pensare, per l'Italia, alle reazioni seguite al decreto legge 18/2020, il cd. "Cura Italia", che non aveva preso in considerazione l'adozione di misure a favore del lavoro di cura. Si veda quanto sottolineato in E. MAGLIA, *COVID-19, decreti governativi ed effetti di genere*, cit., 315 ss.

⁵³ Per un'analisi critica in un'ottica femminista della gestione della crisi pandemica, a partire dall'etica della cura, cfr. L.J. BRANICKI, *COVID-19, ethics of care and feminist crisis management*, in *Feminist Frontiers*, June 2020, 872. Molto si discute, a tal proposito, sulla fase post-covid nei termini della frattura - e dunque della possibilità del cambiamento - o piuttosto della continuità - quale rafforzamento dell'esistente-; si veda ad esempio A. BIANCO, *Il mondo post COVID-19: cesura o continuità?*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 2020.

⁵⁴ Per il contesto italiano, cfr. quanto sollecitato dalla mozione sulla parità di genere e il sostegno alle donne lavoratrici approvata in Senato il 13 maggio 2020. In particolare, è stata approvata la mozione di maggioranza che contiene 17 impegni, tra i quali «la predisposizione di un piano di misure finalizzato al sostegno e all'incentivazione del lavoro femminile; la proposta di modifica della normativa sul lavoro agile; il prolungamento dei congedi parentali; la tutela del lavoro di cura e del *caregiver* familiare; la predisposizione di un piano nazionale per rendere l'orario di lavoro compatibile con le conseguenze derivanti dalla riduzione dei servizi; le misure di emersione del lavoro nero e sommerso di colf e badanti; la valorizzazione delle donne nei provvedimenti di stabilizzazione; l'istituzione di un osservatorio per la valutazione di impatto. Sono stati inoltre approvati due punti del dispositivo [...] della mozione di opposizione, che impegnano il Governo a promuovere ogni iniziativa per favorire la conciliazione fra vita e lavoro», in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/Resaula/0/1151794/index.html?part=doc_dc-ressten_rs-gentit_sdddm100227t3e100231cpaea157c3drpdgesadl.

⁵⁵ In generale, per alcune possibili soluzioni del conflitto tra lavoro di cura (non retribuito) e lavoro retribuito si veda ad esempio quanto suggerito, per l'ambito europeo, a partire dal riconoscimento del *right to care* in N. BUSBY, *A right to care? Unpaid care work in European employment law*, New York, 2011.

⁵⁶ Il riferimento è ovviamente alle tesi di Bobbio sul fondamento dei diritti, quale problema «mal posto», a fronte della necessità di dar loro attuazione e protezione, in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, XIII.

compreso, senza delegare ancora una volta questo difficile compito alle donne, ma mettendo in campo tutti gli strumenti istituzionali e giuridici necessari per rompere l'assetto discriminatorio. Senza cadere, tra l'altro, nell'inganno (neoliberale, nei tempi più recenti⁵⁷) in base al quale ove intervengono istituzioni e diritto non vi è libertà. Una concezione complessa della libertà individuale, che assuma quanto evidenziato in termini di responsabilità e che al contempo prenda sul serio la condizione effettiva delle persone, implica l'intervento del pubblico, non lo rifugge⁵⁸.

6. Il lavoro di cura e la giustizia nella crisi pandemica

Vale forse la pena richiamare in conclusione la nota contrapposizione tra cura e giustizia che gli studi femministi hanno analizzato nel corso degli ultimi decenni. Se, infatti, la cura è stata intesa come un'etica contrapposta alla teoria (rawlsiana⁵⁹) della giustizia⁶⁰, in altre riflessioni cura e giustizia sono state intese non come «grammatiche incompatibili»⁶¹, ma come parti di un tutto, non in opposizione ma collaboranti tra loro⁶².

La prima interpretazione pone, a ben vedere, una serie di problemi notevoli anche in termini di ricadute pratiche, poiché la scissione tra cura e giustizia espunge il tema dei diritti, considerati anch'essi parte di un'ideologia liberale incapace di rendere visibile ciò che attiene alla sfera privata e ai bisogni quotidiani degli individui, mantenendo, tra l'altro, la tensione forte tra responsabilità e libertà⁶³.

La seconda lettura appare, invece, più corretta, e maggiormente in grado di favorire l'auspicabile rivoluzione copernicana: una teoria della giustizia che implichi la cura contempla i diritti e pertanto permette, per un verso, di pensare il soggetto che si fa carico della cura come un soggetto di diritto in senso pieno alla luce dei principi di libertà ed eguaglianza, e, per altro verso, di riconfigurare il rapporto tra responsabilità e libertà in termini non oppositivi⁶⁴. In quest'ottica il problema del lavoro di cura diviene un problema di giustizia, che non riguarda solamente le donne⁶⁵, trattandosi di una que-

⁵⁷ Cfr. P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, cit., 469 e ss. Cfr. W. BROWN, *Undoing the Demos, Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, 2015.

⁵⁸ Sul ruolo delle istituzioni e del diritto e sulle modalità di intervento a garanzia della libertà delle donne mi permetto ancora di rinviare a A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione*, cit., 77 ss.

⁵⁹ Cfr. M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002.

⁶⁰ C. GILLIGAN, *A Different Voice*, cit. e, in generale, le teoriche della cura di prima generazione.

⁶¹ E FERRARESE, *L'etica della cura e le teorie del riconoscimento*, in *Iride*, 2011, 397.

⁶² Cfr. Gilligan, che scrive: «[u]n'implicita dualità e gerarchia di genere eleva la giustizia sopra la cura e rende la cura secondaria, come se si trattasse di una questione di "favori particolari". Un'etica femminista della cura contesta sia la divisione sia la gerarchia, che hanno ostacolato la nostra capacità di ascoltare non solo le donne, ma anche gli uomini» (C. GILLIGAN, *La resistenza all'ingiustizia: un'etica femminista della cura*, cit., 322-323).

⁶³ Sul punto rinvio ancora a G. ZANETTI, *L'etica della cura e i diritti*, cit., 523. Cfr. anche S. LAUGER, *La cura: l'etica come politica dell'ordinario*, cit., 296.

⁶⁴ Sulla sintesi tra etica della cura e teorie liberali della giustizia si veda quanto proposto da Kittay in merito al principio della «responsabilità sociale della cura», in E. KITTAY, *Love's Labor. Essays on Women, Equality and Dependency*, New York-London, 1999. Cfr. A. SCIURBA, *La cura servile, la cura che serve*, cit., 51 ss.

⁶⁵ S. RAO, *Lessons from the Coronavirus: The socialization of care work is not "just" a women's issue*, in <http://www.networkideas.org/news-analysis/2020/04/lessons-from-the-coronavirus-the-socialization-of-care-work-is-not-just-a-womens-issue/>.

stione non privata ma pubblica: in ragione della sua centralità per la società⁶⁶ e quale «micropolitica» dell'organizzazione interna alle famiglie⁶⁷. Una concezione della giustizia che non prenda in considerazione la cura – come etica e come lavoro – non è in grado di rappresentare in modo corretto le criticità delle società contemporanee, né di rispondere in modo coerente a quanto i principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali e della normativa internazionale impongono in tema di diritti e libertà⁶⁸.

In tal senso il disequilibrio nel lavoro di cura assume le forme di un'ingiustizia, che la pandemia, nella sua drammaticità, ha aggravato al pari di molte altre ingiustizie.

Ma l'opportunità di una rivoluzione è forse ora senza precedenti: le urgenze che la crisi pandemica impone paradossalmente rappresentano un invito a cambiare direzione rispetto al passato, attraverso l'adozione di strumenti più radicali e un ingente investimento di risorse - che ad esempio i piani straordinari adottati in seno all'Unione europea sembrerebbero rendere possibile - al fine di sostenere anche economicamente la redistribuzione dei compiti di cura⁶⁹.

Lasciar correre o ripetere schemi vetusti comporterà la perdita di un'opportunità storica e riproporrà tacitamente la delega alla faticosissima negoziazione interpersonale nella gestione del sovraccarico di incombenze lavorative e familiari, silenziosamente contando – come il *refrain* neoliberale impone – sulla responsabilità e sulla responsabilizzazione dei singoli o, meglio, nello specifico: solo delle donne.

⁶⁶ Sulla dimensione politica della cura insiste da sempre la letteratura femminista. Fondamentale è ancora il rinvio a J. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethics of Care*, cit. e EAD., *Caring Democracy*, New York, 2013.

⁶⁷ S. LAUGER, *La cura: l'etica come politica dell'ordinario*, in *Iride*, 2010, 301.

⁶⁸ In questo senso si esprime Tronto, quando chiede che siano le teorie della giustizia a dimostrare di essere in grado di prendere in considerazione i bisogni di tutti e la vita quotidiana «dell'altro», e non viceversa, in J. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethics of Care*, cit., 170 ss.

⁶⁹ Da ultimo, si veda quanto affermato relativamente agli strumenti e alle politiche da mettere in campo a tal proposito in L. SABBADINI, M. DE LUCA, L. GRION, O. LISO, I. VENTURI, *Recovery Fund, perché spetta all'altra metà del cielo*, in *la Repubblica*, 11 ottobre 2020, in <https://bit.ly/3IA9oZk>

L'emergenza sanitaria e l'impatto sul (già) difficile equilibrio tra sfera lavorativa e sfera privata

Stefania Leone*

HEALTH EMERGENCY AND ITS IMPACT ON THE (ALREADY) DIFFICULT WORK-LIFE BALANCE

ABSTRACT: The essay examines the impact of the legislative measures enacted in Italy to face the health emergency on work conditions. In the regime of social distancing, with the concomitant closure of the schools, workers confronted with increasing difficulties in balancing private life and professional sphere. The essay focuses on the legislative response to this problem and to the consequences of this crisis on working women.

KEYWORDS: Work-life balance; health emergency; gender equality; discrimination; smart working

SOMMARIO: 1. Misure restrittive e condizione dei lavoratori – 2. La risposta dell'ordinamento: lavoro agile e congedi, in "formato emergenziale" – 3. Alla ricerca di un equilibrio (tra vita e lavoro) nello squilibrio (tra donne e uomini).

1. Misure restrittive e condizione dei lavoratori

Nelle fasi più acute dell'emergenza sanitaria e nella correlata vigenza delle misure restrittive adottate a partire da febbraio 2020 per arginarla, milioni di lavoratori e di lavoratrici si sono d'improvviso trovati a gestire un problema collaterale non da poco: dare continuità agli impegni lavorativi e al contempo assolvere ai propri oneri di cura domestica e familiare.

È questa, in realtà, una "sfida" quotidiana, non certamente una novità legata alla pandemia. Ma il regime introdotto per contenere la diffusione del virus ha esasperato la situazione, rendendo ancora più complicato far coesistere sfera privata e sfera lavorativa, se non addirittura impedire una vera e propria confusione dei due spazi.

Era inevitabile, nel momento in cui, già a fine febbraio, nelle aree maggiormente colpite dall'epidemia, veniva disposta la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado; misura successivamente estesa con il DPCM del 4 marzo 2020 agli istituti scolastici, oltre che universitari, di tutto il territorio nazionale.

L'interruzione dei servizi dedicati ai bambini in età pre-scolare, nonché della didattica in presenza per quelli dai 6 anni in su, ha naturalmente pesato, in loro danno, sui fisiologici processi educativi¹. Ma

* Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano. Mail: stefania.leone@unimi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Ne ha ragionato, con riferimenti più ampi al rapporto tra scuola e rete, P. CIARLO, *La scuola come contropotere critico* (ovvero in difesa della didattica in presenza), in *Forum di Quaderni costituzionali* 28 aprile 2020, che indica quale aspetto strutturale imprescindibile dell'istruzione, funzionale al principio cardine del pluralismo,

questo sacrificio del diritto all'istruzione, determinato dalla contendente esigenza di salvaguardare la salute collettiva, si è anche riversato sulla condizione lavorativa dei genitori. Il tutto in un contesto che – data la doverosa maggiore cautela nei confronti delle persone anziane, particolarmente esposte agli effetti del contagio – ha incrinato anche il secondo “pilastro” su cui notoriamente poggiano le famiglie italiane².

Ne è derivata la necessità, per moltissime madri e moltissimi padri, di trovare il modo di riservare tempo e attenzioni ad impegni familiari esponenzialmente accresciutisi per il venir meno di ogni supporto materiale nella gestione della prole e per la contestuale esigenza di affiancare i figli nella ricerca di una qualche continuità educativa, soprattutto con l'avvio della didattica da remoto. Attività, quest'ultima, che ha richiesto anche la condivisione di spazi e di strumentazione in forme pressoché inedite (e non sempre sostenibili) per molti nuclei familiari.

Il motivo per cui si ragiona di tutto ciò in un contributo di taglio costituzionalistico è che le modalità cui tanti sono stati chiamati a rendere la propria obbligazione lavorativa in questo frangente ha, da una parte, messo in tensione talune garanzie costituzionali legate proprio al diritto al lavoro, dall'altra, posto con particolare evidenza all'attenzione di tutti la questione, per vero già nota, dello squilibrio di genere nella gestione degli impegni di cura, e del conseguente impatto che questa realtà ha sulle concrete *chances* di inserimento, permanenza e crescita nel mercato del lavoro delle donne³.

2. La risposta dell'ordinamento: lavoro agile e congedi, in “formato emergenziale”

Gli strumenti attraverso cui l'ordinamento si è proposto di agevolare in questo eccezionale frangente di sovraccarico le famiglie italiane sono sostanzialmente tre: lavoro agile, congedi straordinari, bonus baby-sitting.

Ci si soffermerà qui soprattutto sul primo istituto, considerato il largo utilizzo che di questa modalità di gestione del personale hanno fatto le imprese di media e grande dimensione sia durante il *lock-down* sia nella c.d. fase due. Se nei mesi immediatamente precedenti l'allarme (gennaio-febbraio 2020), solo l'1,2% delle aziende potenzialmente idonee a giovare per tipologia di attività si era avvalso del lavoro agile, infatti, a marzo e aprile si è registrato un balzo all'8,8%, con un decremento al 5,3% nel bimestre maggio-giugno⁴.

l'elemento della presenza fisica: «la scuola è un mondo fisico, ha le sue regole, bisogna svegliarsi e andare a scuola o all'Università [...] La didattica in presenza appare una sua straordinaria caratteristica che la rende particolarmente idonea all'esercizio di una essenziale funzione pluralistica».

² Nel corso dell'Audizione dell'Istat, *Misure a sostegno della partecipazione delle donne al mercato del lavoro e per la conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro* AA.C. 522, 615, 1320, 1345, 1675, 1732, 1925 resa alla Commissione Lavoro pubblico e privato della Camera dei Deputati il 26 febbraio 2020, la Direttrice della Direzione centrale per gli studi e la valorizzazione tematica nell'area delle statistiche sociali e demografiche riferiva come i nonni e in particolare le nonne siano proprio «il pilastro del supporto alle lavoratrici madri con figli fino a 10 anni. Nei casi in cui entrambi i genitori sono occupati, se ne prendono cura nel 60,4% dei casi quando il bimbo più piccolo ha fino a 2 anni, nel 61,3% quando ha da 3 a 5 anni e nel 47,1% se più grande. Valori che superano il 65% nel caso del Mezzogiorno» (<https://bit.ly/3maSr8a>).

³ Per una analisi dei dati precedenti alla crisi sanitaria si rinvia nuovamente all'Audizione dell'Istat (supra, nota 2).

⁴ Rilevazione Istat, *Situazione e prospettive delle imprese nell'emergenza sanitaria Covid-19*. Il dato si apprezza maggiormente focalizzandosi sulle aziende di media e grande dimensione: il personale impiegato in modalità

Per vero, l'accesso facilitato al lavoro agile ha risposto anzitutto all'imperativo di limitare la circolazione dei lavoratori senza al contempo compromettere le esigenze della produttività⁵; ma non c'è dubbio che la possibilità di prestare servizio nella propria abitazione si sia nei fatti rivelata lo strumento attraverso cui numerose famiglie hanno potuto provvedere alla custodia dei minori. Anzi: con le progressive correzioni apportate nel corso dei mesi alla disciplina, determinate dall'allentarsi della morsa del contagio, l'originaria finalità della misura è andata scolorendosi, per lasciare sempre più esplicita traccia nel testo normativo alle sue connessioni con il provvedimento di sospensione della didattica. In questo senso, con riferimento al settore privato, ci si limita a segnalare sia come a poterne fruire, a partire dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18, fossero i lavoratori con almeno un figlio di età inferiore ai 14 anni, sia come, successivamente, il d.l. 30 luglio 2020, n. 83 abbia stabilito che il diritto di accedervi potesse essere esercitato sino al 14 settembre, data coincidente proprio con l'avvio – in classe – del nuovo anno scolastico⁶.

Ora, proprio la circostanza che il lavoro agile sia stato impiegato per rispondere ad esigenze per certi versi inedite ha impedito di apprezzare a pieno i pregi di un modello organizzativo – sino ad oggi ancora poco sperimentato – che certo si propone di «agevolare la conciliazione dei tempi di vita e lavoro» (oltre che «incrementare la competitività»)⁷, ma presupponendo la piena operatività dei servizi per l'infanzia e degli istituti scolastici. Tale modello, allentando i vincoli spaziali e temporali cui è normalmente ancorata l'obbligazione lavorativa, mira infatti ad abbattere il tempo impiegato per gli

agile è infatti stato nei mesi di marzo e aprile pari al 21,6% in quelle medie (dato di gennaio-febbraio: 2,2%), al 31,4% nelle grandi imprese (dato di gennaio-febbraio: 4,4%).

Quanto alla tipologia dei settori interessati, si è trattato in prevalenza di quelli dell'informazione e comunicazione, istruzione, fornitura di energia elettrica e gas, nonché delle attività professionali, scientifiche e tecniche. Per ragioni legate alla oggettiva difficoltà o impossibilità di rendere la prestazione lavorativa fuori sede, o per ragioni legate alla dimensione, all'organizzazione o al grado di diffusione delle tecnologie, hanno invece scarsamente fatto ricorso al lavoro agile le aziende attive nel manifatturiero, nel commercio, nelle attività culturali, sportive e di intrattenimento. Quello che nel dibattito pubblico di questo periodo, sia pur con terminologia non puntuale, si definisce *smart-working* è rimasto poi sostanzialmente inutilizzato, per ovvi motivi, nei servizi sanitari e di assistenza sociale e nelle attività di alloggio e ristorazione.

Nel dettaglio v. Report *Tempo di bilanci per lo smart working. Tra rischio retrocessioni e potenzialità inespresse* della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro (<https://bit.ly/3e9KWLU>).

⁵ Lo sottolinea tra gli altri M. Tufo, *Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2020, 5.

⁶ L'accesso facilitato al lavoro agile, in regime ordinario regolato dagli artt. 18 e ss. della legge n. 81 del 2017, è stato previsto, dopo il d.l. n. 6 del 2020, già a partire dal DPCM 23 febbraio 2020 (art. 3), che lo ha reso applicabile ad ogni rapporto di lavoro subordinato nelle aree a rischio. La previsione è stata sostanzialmente riproposta, ma con carattere territorialmente generalizzato, con il DPCM 4 marzo 2020 (art. 1, lett. n) e successivamente dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia"), che per le pubbliche amministrazioni ha reso il lavoro agile modalità "ordinaria" di prestazione dell'attività lavorativa (art. 87). Il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Rilancia Italia") ha specificato, per il settore privato, che il lavoro agile potesse essere richiesto, come visto, dai genitori che con almeno un figlio di età inferiore ai 14 anni. Quanto alle pubbliche amministrazioni, l'art. 263 del d.l. n. 34 ha invece stabilito che fino al 31 dicembre 2020 esse adeguano le misure riguardanti la presenza del personale in ufficio «alle esigenze della progressiva riapertura di tutti gli uffici».

Nel momento in cui si scrive, nuove misure sono state adottate in materia per far fronte alla seconda ondata di contagi: si v. DPCM 13 ottobre 2020 e il Decreto del Ministro per la pubblica amministrazione del 19 ottobre 2020.

⁷ Cfr. art. 18, l. n. 71 del 2017.

spostamenti da e per la sede aziendale, concedendone alle attività “libere”, oltre che a consentire al lavoratore di alternare con maggior facilità prestazioni professionali ed esigenze proprie.

Altro è dire, invece, che esso possa dar luogo ad una sovrapposizione dei due piani⁸. Ciò che inevitabilmente è stato, invece, nel periodo dell'emergenza epidemiologica del primo semestre 2020.

A condizionare ulteriormente la resa dello strumento è stata poi la circostanza che si sia trattata di un'esperienza “totalizzante”, quantomeno nel periodo marzo-aprile; mentre normalmente il lavoro agile prevede l'alternanza di giorni in sede e giorni fuori sede anche al fine di evitare gli effetti dell'isolamento sociale e, più in particolare, dal contesto – anche di relazioni – lavorativo.

Naturalmente l'eccezionalità della situazione può aver giustificato questa forzatura; ma non se ne possono trascurare gli effetti, sia perché occorre ragionare, in prospettiva, del migliore utilizzo di questo strumento una volta che la crisi sanitaria sarà rientrata, sia, soprattutto, perché non ci si può non domandare se, anche con riferimento a questo specifico aspetto, la risposta statale all'emergenza sanitaria sia stata appropriata ed efficace.

Non c'è dubbio, come detto, che per tamponare le conseguenze della chiusura delle scuole il lavoro agile è stato il rimedio privilegiato⁹; ciò senza qui considerare la condizione, decisamente più complessa, di coloro che, per la tipologia delle mansioni svolte, non vi hanno nemmeno potuto fare ricorso¹⁰.

Oltretutto, la necessità di allargare in tempi strettissimi la platea dei fruitori di questo regime lavorativo ha determinato la scelta dell'Esecutivo di consentire l'accesso allo strumento «anche in assenza degli accordi individuali» previsti dalla disciplina legislativa operante ordinariamente. Il venir meno dell'obbligo di prestabilire bilateralmente, modellandoli sulla specifica situazione, precisi criteri operativi (riguardanti fattori rilevanti quali i tempi massimi di lavoro, le pause, le forme di reperibilità del lavoratore e di comunicazione con il datore e i colleghi, ecc.) ha dunque ulteriormente limitato le potenzialità del lavoro agile in tempo di Covid¹¹, sottoponendo in alcuni casi a forte *stress* i lavora-

⁸ Lo rimarcano G. CALVELLINI, M. TUFO, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, in *Labor*, n. 4/2018, spec. nota 2.

⁹ Si noti che con il d.l. 18 del 2020 è stato peraltro previsto che fino al 30 aprile avrebbero avuto diritto di svolgere le prestazioni lavorative in forma agile – oltre che i dipendenti con disabilità grave – quelli con una persona con disabilità grave nel proprio nucleo familiare. Scelta del tutto comprensibile, ma che forse doveva essere accompagnata da più pregnanti misure di sostegno nei confronti delle famiglie che prestano assistenza a persone con disabilità, a maggior ragione se severa. La questione ci porterebbe lontano, e implicherebbe di ragionare della complessa fruizione della didattica a distanza da parte dei bambini e adolescenti con disabilità, che in questi mesi hanno sopportato una fatica “doppia”, determinata dalla brusca interruzione del percorso di socializzazione assicurato dalla frequenza scolastica (Corte cost., sent. n. 167 del 1987) e dalle talvolta maggiori difficoltà di approcciarsi alla strumentazione tecnologica. Fatica che, ovviamente, si è riversata proprio sui genitori, chiamati ad un lavoro di assistenza assiduo ma non sempre sufficiente. Sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità, e sull'importanza della frequenza scolastica come fattore di inclusione sociale, v. da ultimo le condivisibili riflessioni di G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020.

¹⁰ Il riferimento è anzitutto alla condizione di chi non ha potuto interrompere l'attività lavorativa in presenza, o perché impegnato in attività essenziali o perché in attività non eleggibili allo smart-working. Per questi ultimi, si è aperta la strada dei congedi straordinari (v. infra) o dei bonus baby-sitting.

¹¹ Su questo aspetto si vedano le puntuali riflessioni di C. ALLERI, M. CONGEDUTI, S. PITTARELLO, F. STRANGHERLIN, *Quale lavoro femminile al tempo del Covid-19? Fase 2: ritorno al passato*, in *Questione giustizia.*, 8 giugno 2020,

tori, e riproponendo il tema del c.d. diritto alla disconnessione. Un diritto, quest'ultimo, funzionale al benessere psico-fisico del lavoratore, e che come è stato giustamente sottolineato¹² richiamando la dottrina che si è occupata del "classico" diritto alla durata massima della giornata lavorativa, alle ferie e ai riposi (art. 36 Cost.), non è mero diritto ad un ristoro fisico della persona, ma anche giusta esigenza di questi di dedicarsi a ciò che è "altro" rispetto al lavoro, completandosi in ogni dimensione dell'esperienza umana¹³. È stata d'altra parte la stessa Corte costituzionale a chiarire che attraverso questi istituti il lavoratore è messo nella condizione non solo di «ritemperare le energie psico-fisiche usurate dal lavoro», ma anche di «soddisfare le sue esigenze ricreativo-culturali e più incisivamente partecipare alla vita familiare e sociale» (Corte cost., sent. n. 616 del 1987).

Ebbene, come segnalato nella Relazione Istat del 2020 sulla situazione del Paese, nel periodo del *lockdown* i genitori che hanno potuto lavorare da remoto hanno visto sfumare la linea di confine tra lavoro e dopo lavoro, con oggettiva «complicazione nel relazionarsi con gli altri e trovare occasioni di svago per il tempo libero»¹⁴. Ma soprattutto, prosegue il documento, queste forme di disagio, «data la divisione asimmetrica nella coppia», sono andate a svantaggio delle donne¹⁵.

A ben vedere, queste hanno risentito più pesantemente della situazione, sotto lo specifico profilo delle fatiche legate alla conciliazione, sia perché hanno dovuto continuare a lavorare – essendo in percentuale meno impiegate degli uomini nelle attività costrette a sospensione¹⁶ – sia perché di con-

che ragionano di una forma di lavoro agile «arrangiata», anche per quanto riguarda la strumentazione informatica e le regole concernenti la postazione lavorativa, funzionali alla integrità fisica dei lavoratori.

Sulla necessità che, venuto meno l'obbligo di ricorrere ad accordi individuali, quei criteri fossero indicati unilateralmente nella comunicazione datoriale di attivazione del lavoro agile v. C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1/2020, 4.

¹² R. PERRONE, *Il «diritto alla disconnessione» quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *Federalismi.it*, 20 dicembre 2017, cui si rinvia anche per le riflessioni proposte sulla natura del diritto in questione.

¹³ Sulla dimensione sociale e culturale cui è collegato tale diritto E. GHERA, *Diritti del lavoro*, Bari, 2000, 224, M. LUCIANI, Artt. 35-47 Cost., in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, 1995, 151 e A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, 1989, 16.

¹⁴ Istat, *Rapporto annuale 2020: la situazione del Paese*, 158.

Ragiona dei possibili rischi, anche in regime ordinario, di «assottigliamento della linea di confine tra vita privata e quella lavorativa» determinato dallo smart-working T. VETTOR, *Attualità e prospettive della conciliazione delle esigenze di cura, di vita e lavoro*, in M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Milano, 2017, 240.

¹⁵ In dottrina, lo ha segnalato M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, 31 ss., che accosta questo aspetto problematico ad ulteriori fattori di svalutazione delle donne durante l'emergenza sanitaria. Il riferimento è alla sottorappresentanza femminile negli organi decisionali e di supporto tecnico-scientifico al Governo, e al drammatico fenomeno della violenza domestica, acuitosi proprio nel periodo delle restrizioni alla libertà di circolazione.

¹⁶ Nella situazione fotografata a maggio dal Report *Mamme e lavoro al tempo dell'emergenza Covid-19* della Fondazione Studi Consulenti del lavoro, le donne con almeno un figlio con meno di 15 anni che hanno continuato a lavorare nel periodo del lockdown sono 74 su 100, gli uomini 66 su 100. Ciò si spiega, appunto, come ben segnalato nel Report *Tempo di bilanci per lo smart working*, cit., 12, e già nell'analisi proposta da A. CASARICO, S. LATTANZIO, *Nella fase 2 casa giovani e donne*, in *Lavoce.info*, 28 aprile 2020, proprio in ragione della diversa distribuzione dei due generi nelle attività economiche più o meno compatibili con il lavoro agile.

Per una visione globale v. ILO, *The COVID-19 response: Getting gender equality right for a better future for women at work*, May 2020.

tro maggiormente impegnate rispetto ai compagni/mariti nelle incombenze domestiche e di assistenza a minori e conviventi non autosufficienti¹⁷.

Oltretutto, con l'avvio della c.d. fase due, segnata dal DPCM del 4 maggio 2020, una parte (circa il 40%) dei lavoratori tra quelli che avevano prestato la loro attività da remoto durante il vero e proprio *lockdown*, sono tornati ad operare nei siti aziendali. Ma a uscire di casa, come si era previsto ancora una volta valutando la tipologia di attività destinate a riprendere in presenza (a prevalente presenza maschile), sono stati soprattutto gli uomini.

Con quali conseguenze? Che per le donne che hanno invece continuato a lavorare da remoto la situazione si è addirittura ulteriormente sbilanciata, con un peggioramento della capacità di fare sintesi tra le esigenze lavorative e quelle familiari e con potenziali ricadute di tale nuova condizione sulla permanenza o sulle *chances* di mobilità verso l'alto nel mercato del lavoro¹⁸.

Va chiarito che il lavoro agile rimane una preziosa opportunità, e che per certi versi l'ampio utilizzo che ne è stato fatto – sia pur con le richiamate forzature – ha consentito di valutarne anche i potenziali pregi; ma come giustamente messo in luce nel documento operativo del Comitato di esperti in materia economica e sociale coordinato da Vittorio Colao¹⁹, «anche strumenti positivi ed utili, come lo Smart Working, se diventano una scelta obbligata che ricade soprattutto sulla donna, rischiano di diventare strumenti di segregazione, richiudono le donne in casa allontanandole dal luogo di lavoro»²⁰.

Uno sguardo all'impatto di genere degli istituti giuslavoristici utilizzati nel periodo della pandemia non risparmia totalmente da qualche riflessione preoccupata nemmeno i congedi introdotti per far fronte, ancora una volta, alla chiusura delle scuole. Gli studiosi del settore hanno infatti giustamente notato come, a dispetto dell'approccio "neutro" – giacché la disciplina si applica ai «genitori lavoratori»²¹ – essa spinga soprattutto le donne a "scegliere" di ricorrere a questa misura. Ciò in ragione del

¹⁷ In questo senso D. DEL BOCA, N. OGGERO, P. PROFETA, M. C. ROSSI, C. VILLOSIO, *Prima, durante e dopo Covid-19: disuguaglianza in famiglia*, in *Lavoce.info*, disponibile al link: <https://www.lavoce.info/archives/66645/prima-durante-e-dopo-covid-19-disuguaglianza-in-famiglia/>. 12 maggio 2020. L'indagine rivela come la condizione di forzata permanenza in casa delle coppie non abbia riequilibrato i rapporti di genere nella spartizione della gestione dei lavori domestici. Infatti, solo il 40% degli uomini dichiara di aver dedicato più tempo rispetto a prima alle incombenze di casa e il 51% alla cura dei figli, mentre per le donne che segnalano un accrescimento di tali oneri le percentuali salgono, rispettivamente, al 68 e al 61.

V. inoltre il Report di Save the Children, *Le equilibriste. La maternità in Italia, 2020*, <https://s3.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/le-equilibriste-la-maternita-italia-nel-2020.pdf>, in cui si legge in modo significativo che per le donne il peso del lavoro di cura dei figli minori è stato considerato tra i fattori maggiormente critici del periodo, più della stessa paura del contagio.

¹⁸ A. CASARICO, S. LATTANZIO, *Nella fase 2 casa giovani e donne*, cit.

¹⁹ *Iniziative per il rilancio Italia 2020-2022. Schede di lavoro*.

²⁰ Nel documento si legge, inoltre, che «la prestazione di lavoro in Smart Working, se abbinata alla cura della prole, crea un sovraccarico di impegno fisico e psicologico sulla persona che abbinata a queste funzioni, con ripercussioni anche sulla salute, quantomeno intesa come condizione di benessere psico-fisico. Effetto che non si ha, invece, con altri strumenti quali ed esempio i congedi parentali».

²¹ Con figli di età non superiore ai 12 anni (a meno che si tratti di figli con disabilità) e per un periodo continuativo o frazionato comunque non superiore a 15 giorni (art. 23 d.l. n. 18 del 2020) elevato a 30 con l'art. 72 d.l. n. 34 del 2020. I congedi in questione possono essere fruiti anche oltre questi limiti, con la protezione del divieto di licenziamento, ma senza diritto ad una indennità.

fatto che ad essa segue la corresponsione di una indennità parametrata alla retribuzione (50%) e che, dato il *gap* stipendiale ancora persistente tra i due sessi, è di fatto meno conveniente per le famiglie che siano gli uomini a farne richiesta²².

Certamente, lo strumento non può essere valutato prescindendo, ancora una volta, dal contesto di eccezionalità in cui si è inserito e dai limiti di spesa entro cui il legislatore si è dovuto evidentemente muovere. Ma rimane la netta impressione che l'impatto di genere delle politiche pubbliche continui ad essere un parametro di valutazione (preventiva e successiva) scarsamente considerato.

3. Alla ricerca di un equilibrio (tra vita e lavoro) nello squilibrio (tra donne e uomini)

Occorre evitare che le ripercussioni dell'emergenza sanitaria sul lavoro si riversino, come fu in occasione della crisi finanziaria del 2008²³, in prevalenza sulle donne. Anche per questo non ci si può permettere che con le inevitabili incertezze legate all'andamento del contagio e alla "tenuta" delle scuole siano soprattutto queste ad essere nuovamente chiamate a maggiore sforzo. Per farlo si possono immaginare diverse soluzioni, ma prima ancora, e anche al fine di calibrare più strutturali interventi capaci di operare a sistema, è necessario anzitutto interrogarsi sul perché di questi persistenti squilibri di genere nella gestione combinata di lavoro e vita familiare.

Certamente, la formulazione dell'art. 37 Cost., che come per altre previsioni costituzionali dedicate alla parità tra i sessi, ha in sé un inciso potenzialmente "insidioso" (il riferimento alla «essenziale funzione familiare della donna»), ha avuto un peso nel percorso di affermazione e tutela della parità nella condizione lavorativa. Anche l'art. 29 Cost., che dopo aver proclamato l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi affida alla legge la definizione dei limiti «a garanzia dell'unità familiare», o l'art. 51 Cost., secondo cui le donne e gli uomini accedono in condizioni di parità agli uffici pubblici e alle cariche elettive «secondo i requisiti stabiliti dalla legge», sono disposizioni che presentano tracce di una qualche ambiguità, e di sicuro del "travaglio" che ne ha accompagnato l'approvazione in Assemblea costituente²⁴.

Con particolare riguardo all'art. 37 Cost., è stato giustamente osservato in dottrina come l'accento posto sulla funzione familiare della donna lavoratrice possa «aver inizialmente indotto il legislatore a prediligere politiche di "tutela" certamente importanti, ma scarsamente efficaci nella promozione at-

Per un'analisi delle differenze di disciplina introdotte per regolare settore privato e settore pubblico v. L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, 153 ss.

²² Così chiaramente C. ALLERI, M. CONGEDUTI, S. PITTARELLO, F. STRANGHERLIN, *Quale lavoro femminile*, cit.

²³ V. in questo senso la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2013 sull'impatto della crisi economica sull'uguaglianza di genere e i diritti della donna (2012/2301(INI)).

Sulle ricadute della crisi sulla condizione femminile I. PELLIZZONE, *L'incidenza della crisi economica sulla condizione femminile*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *I diritti sociali nella crisi economica*, Milano, 2017, 179 ss., la quale nota, però, come proprio le contingenze di una situazione finanziaria avversa possano costituire l'occasione per un rafforzamento legislativo delle tutele del lavoro femminile.

²⁴ Sulla portata di tali incisi e i riflessi sulla giurisprudenza costituzionale dei primi decenni di vigenza della Costituzione, sia consentito rinviare a S. LEONE, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Milano, 2013, 15 ss.

tiva del lavoro femminile»²⁵. Non solo: il combinato disposto di quella (pur fondamentale) clausola e dei pregiudizi sociali imperanti almeno fino ad una certa epoca storica²⁶, ha senza dubbio condizionato gli esiti dello stesso scrutinio di legittimità condotto dalla Corte costituzionale; si pensi solo che nel 1969 Essa mandò indenne la norma che disponeva il mantenimento in servizio degli impiegati delle esattorie fino ai 55 anni, se donne, e ai 60, se uomini, affermando che il legislatore si era correttamente mosso nella cornice costituzionale al fine di «limitare nel tempo il periodo in cui la donna venga distratta dalle cure familiari e di consentire che, giunta ad una certa età, essa torni ad accudire esclusivamente alla famiglia» (Corte cost., sent. n. 123 del 1969)²⁷.

Naturalmente l'evoluzione del sentire sociale, che condiziona non solo – come ovvio che sia – il decisore politico, ma anche – meno “scopertamente” e in termini senza dubbio più problematici – le pronunce del Giudice costituzionale²⁸, ha contribuito all'abbandono di questa prospettiva fortemente riduttiva delle aspettative di realizzazione della donna nella sfera lavorativa. Ciò è stato però possibile soprattutto grazie alla giusta valorizzazione dell'altro cono dell'art. 37 Cost. L'esigenza di una protezione speciale della lavoratrice (in quanto) madre non esaurisce infatti la portata della prescrizione costituzionale, che si preoccupa anche di vincolare il legislatore all'adozione di regole livellatrici e, per quanto occorra, di misure promozionali puntualmente orientate alla realizzazione di una parità effettiva tra i sessi nelle garanzie legate alla mansione lavorativa e nella retribuzione²⁹.

Non si ha qui modo di ripercorrere le tappe dell'evoluzione normativa che, sia pur con notevole ritardo, ha in questa prospettiva gradualmente portato alla “emersione” anche della figura del padre lavoratore; ciò sia nell'interesse del bambino (anzitutto) sia dell'esperienza genitoriale dell'uomo. Ma che, indubbiamente, ha risposto e risponde anche all'indiretto obiettivo di riequilibrare i carichi familiari tra i due sessi, consentendo alla donna di investire maggiormente sulle proprie soddisfazioni professionali³⁰. Ci si limita però qui a ricordare il fondamentale apporto dato in questa chiave proprio

²⁵ M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, in corso di pubblicazione, Milano. Per riflessioni a partire dalle scelte testuali dell'art. 37 Cost. R. PESCATORE, *Donna lavoratrice: come il linguaggio costruisce il diritto e il diritto costruisce il linguaggio*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo. Tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto di genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019, 265 ss.

²⁶ Pregiudizi che hanno operato come «un circolo vizioso» e con l'effetto di «rafforzare la situazione di inferiorità» della donna. Così T. TREU, *Lavoro femminile e principio di uguaglianza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, 8.

²⁷ Ancora, si pensi alla più risalente decisione con la quale la Corte costituzionale, giustificando la norma che limitava il numero di donne che potevano comporre le giurie popolari delle Corti d'assise, “faceva dire” all'art. 37 Cost. che queste dovessero essere messe in condizione di svolgere la loro «essenziale funzione di sposa e di madre» (Corte cost., sent. n. 56 del 1958).

²⁸ Sulle complesse implicazioni di questa possibile incidenza dei mutamenti della c.d. “coscienza sociale” sulle decisioni della Corte costituzionale v. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

²⁹ Riflette inoltre della possibilità di leggere l'art. 37 Cost. come norma che assume «il valore sociale della funzione di cura», senza per ciò stesso necessariamente voler introdurre una «prescrizione di genere in merito alla ripartizione del carico di tale lavoro», B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, Bergamo, 2012, 33.

³⁰ V. ancora M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit.; C. SALAZAR, *Art. 37 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 756 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 37 Cost.*, in F.

dalla Corte costituzionale, che in un'ottica del tutto diversa rispetto a quella che l'aveva portata in passato a sminuire il ruolo delle lavoratrici – quasi che le donne fossero cedute in prestito al lavoro e in questo senso distolte dalla loro sede naturale – ha successivamente affermato, in modo chiaro, che la genitorialità è responsabilità condivisa, e implicitamente, che il rapporto tra i due sessi è da considerarsi paritario anche rispetto alle esigenze lavorative.

In materia di astensione dal lavoro, la Corte ha infatti sottolineato che i compiti di assistenza alla prole «sono affidati alla pari responsabilità dei genitori» (Corte cost., sent. n. 1 del 1987), e ancora che proprio in base a questa «paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli» va riconosciuto «che anche il padre è idoneo – e quindi tenuto – a prestare assistenza materiale e supporto affettivo al minore» (Corte cost., sent. n. 341 del 1991)³¹. In questa decisione, peraltro, la Corte valorizza proprio le esigenze di organizzazione della coppia funzionali alle diverse situazioni e «alla durata e al modo di svolgimento dei rispettivi impegni di lavoro», considerati, dunque, come impegni in partenza di pari rilievo e semmai da bilanciare in concreto.

Rispetto a queste fondamentali acquisizioni di principio e agli innegabili progressi che ne sono seguiti anche sul piano legislativo, l'emergenza Covid ha dimostrato, però, come sia facile retrocedere a grandi passi. Perché la situazione non si aggravi, occorre invece ripartire (facendo del *Next Generation Europe* un'occasione in tal senso) proprio dal lavoro femminile: con nuovi interventi capaci di irrobustirne la condizione retributiva, con la rapida approvazione di misure attuative della Direttiva UE 2019/1158 sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare, con il coesenziale rafforzamento dei servizi socio-assistenziali destinati a medesima finalità³², ma anche con strategici meccanismi premiali³³ che facciano leva sulle famiglie e sulle aziende affinché strumenti come lo *smart-working*, di cui si spera potremo presto apprezzare veramente le potenzialità, non diventino nuovi recinti en-

CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, 247 ss. Si tratta di un percorso nel quale un ruolo significativo ha giocato anche il diritto europeo, che da ultimo, su questo specifico tema, si è espresso con la Direttiva (UE) 2019/1158 sull'Equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, e in particolare sul fondamentale tema dei congedi obbligatori di paternità.

³¹ D'altra parte, aggiunge la Corte, «lo stesso principio di parità sancito nella Costituzione ha determinato la crescita di un processo culturale orientato, come già si è detto, al superamento della separatezza dei ruoli della donna e dell'uomo, nella famiglia e fuori di essa, e verso una più paritetica partecipazione di entrambi ai compiti di cura, di assistenza e di educazione dei minori».

³² Ha riconosciuto agli asili nido una duplice valenza la sent. n. 107 del 2018 della Corte costituzionale, che ha ragionato di istituti con funzione educativa per i bambini ma anche di supporto dei genitori, cui si aggiunge «l'intento di favorire l'accesso delle donne al lavoro, finalità che ha specifica rilevanza costituzionale, garantendo espressamente la Costituzione la possibilità per la donna di conciliare il lavoro con la «funzione familiare» (art. 37, primo comma, Cost.)». Si tratta di servizi che, inutile dirlo, devono essere potenziati anche in quest'ottica, superando il modello, tutto italiano, che ne fa ancora oggi una modalità complementare, se non alternativa, rispetto ad altro tipo di aiuti familiari. Ci si riferisce al ruolo in supplenza cui sono spesso di fatto chiamati gli anziani. Emblematica in questo senso la circostanza che il bonus baby-sitting introdotto durante l'emergenza sanitaria sia stato reso utilizzabile, secondo il chiarimento fornito dalla Circolare n. 73 del 17 giugno 2020 dell'Inps, per retribuire anche familiari non conviventi (leggasi nonni) chiamati alla cura dei minori.

³³ Riferendosi in particolare ai congedi C. ALLERI, M. CONGEDUTI, S. PITTARELLO, F. STRANGHERLIN, *Quale lavoro femminile al tempo del Covid-19?*, cit. Si vedano, inoltre, le proposte più strutturali contenute nel documento elaborato dalla Commissione Colao.

tro cui confinare il (doppio) lavoro delle donne, ma moderni ed efficienti modelli organizzativi. Un'opportunità di tutti.

Gender inequalities and violence against women's health during the CoViD-19 pandemic: an international law perspective

Sara De Vido*

GENDER INEQUALITIES AND VIOLENCE AGAINST WOMEN'S HEALTH DURING THE COVID-19 PANDEMIC: AN INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

ABSTRACT: This article explores the impact of the CoViD-19 pandemic, and the measures adopted in response to it, on women's rights to health and reproductive health. It will argue that the pandemic has exacerbated systemic and deeply entrenched gender inequalities, and that it has been used as an excuse to restrict women's rights to health and reproductive health through policies and laws whose declared purpose was to address the health emergency. It will provide examples of State practice in the field of access to abortion and maternal health and contend that States have legal obligations under international human rights law to guarantee access to these rights, also during emergencies.

KEYWORDS: Reproductive health; abortion; obstetric violence; violence against women; pandemic

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Why women's rights to health and reproductive health - 2.1. Feminist approaches to the rights to health and reproductive health – 2.2. Definitional framework: Health, sexual and reproductive health rights, family planning and fertility regulation – 2.3. Violence against women's health and reproductive health: Challenges in times of pandemic – 3. Access to abortion and post-abortion services in times of COVID-19 – 3.1. Access to abortion at the international level: Introductory notes – 3.2. When abortion is not considered as "essential": The pandemic as an excuse to limit women's access to the procedure – 3.3. When chemical abortion is performed in hospital only and restricted in times of pandemic – 3.4. States' obligations in times of emergency with regard to access to abortion services – 4. Obstetric violence in times of pandemic – 4.1. Obstetric violence in international human rights law: Introductory notes – 4.2. Examples taken from the practice – 4.3. States' obligations in times of emergency with regard to obstetric violence prevention – 5. Concluding remarks.

1. Introduction

The United Nations (UN) Secretary General Antonio Guterres issued a policy brief on 9 April 2020 in which he particularly stressed the multiple impacts of the CoViD-19 pandemic on women and girls, and that these impacts have been further amplified in contexts of fragility, conflicts, and emergency¹. The United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment

* Sara De Vido, Associate Professor of International Law, Ca' Foscari University of Venice, Italy; affiliate, Manchester International Law Centre, UK. Mail: sara.devido@unive.it. The article was subject to a double-blind peer review process.



of Women (UN Women) reported that 243 million women and girls globally (aged 15-49) have been subjected to sexual or physical violence by an intimate partner in the last twelve months, and that data available regarding the last months have shown that, since the outbreak of the pandemic, violence against women (VAW) and girls has intensified². The UN Women Director has defined the disproportionate impact of CoViD-19, and the measures in response to it, as a «shadow pandemic»³, an expression that was also used by the Council of Europe in a seminar held on 20. May 2020⁴. In Italy, for example, the National Institute of Statistics (ISTAT) has recently published new data regarding the lockdown period, from March to June 2020, demonstrating that the number of calls to 1522, the free number aimed at helping victims of violence and stalking, has doubled compared to the same period of last year (+119,6%), shifting from 6.956 to 15.280 calls⁵. In the UK, femicides within the households have more than doubled between 23 March and 12 April 2020, compared to the average rate of the previous decade⁶. In China, a police department in Jianli County, Hubei, declared that the number of domestic cases tripled in February 2020, compared to the same month of the previous year⁷. In India, the National Commission for Women reported an increase by 94 percent of complaints for domestic violence during the lockdown⁸. These are a few illustrative examples of the increase in intimate partner violence abuses within the household in times of pandemic.

Other data presented by international bodies and non-governmental organisations have demonstrated the disproportionate impact of the measures adopted in times of pandemic on migrant women, women that have been trafficked, and girls forced into child marriages and to drop school to take care of the family⁹. This data represents the «intersectional» impact of the COVID-19 pandemic

¹ UN SG, *The Impact of COVID-19 on Women*, 9 April 2020, <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women> (last accessed on 26. August 2020).

² *COVID-19 and Ending Violence Against Women and Girls*, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/issue-brief-covid-19-and-ending-violence-against-women-and-girls-en.pdf?la=en&vs=5006> (last accessed on 26. August 2020).

³ P. MLAMBO-NGCUKA, *Executive Director of UN Women, Violence against Women and Girls: The Shadow Pandemic*, 6 April 2020, <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic> (last accessed on 26. August 2020).

⁴ Webinar of 20. May 2020, available here <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/webinar> (last accessed on 26. August 2020).

⁵ <https://www.istat.it/it/archivio/246557> (last accessed on 26. August 2020).

⁶ J. GRIERSON, *Domestic Abuse Killings «more than double» amid COVID-19 Lockdown*, in *The Guardian*, 15 April 2020, <https://www.theguardian.com/society/2020/apr/15/domestic-abuse-killings-more-than-double-amid-covid-19-lockdown> (last accessed on 26. August 2020).

⁷ B. ALLEN-EBRAHIMIAN, *China's Domestic Violence Epidemic*, in *Axios*, 7 March 2020 <https://www.axios.com/china-domestic-violence-coronavirus-quarantine-7b00c3ba-35bc-4d16-afdd-b76ecfb28882.html> (last accessed on 26. August 2020).

⁸ See, also, in India, S. NIGAM, *COVID-19: India's Response to Domestic Violence Needs Rethinking*, 14 May 2020, <http://southasiajournal.net/covid-19-indias-response-to-domestic-violence-needs-rethinking/> (last accessed on 26. August 2020).

⁹ See, for example, IOM, *Covid 19 and Women Migrant Workers*, Geneva, 2020; UNODC, *Impact of the COVID-19 Pandemic on Trafficking in Persons. Preliminary Findings and Messaging Based on Rapid Stocktaking*, Vienna, 2020; *COVID-19 and Women's Rights*, conference panel, <https://bit.ly/33REmWS> (last accessed on 26. August 2020); *COVID-19 & The Increase in Gender Based Violence & Discrimination Against Women*, Joint call by the EDVAW Platform of independent United Nations and regional expert mechanisms on violence against

and related lockdowns, which have had a disproportionate impact on women and girls, intersecting multiple forms of discrimination.

The «shadow pandemic» is even shadier when it comes to the impacts of the measures adopted in response to CoViD-19 on women's health and reproductive health, though. We are not referring here to the mortality rate of women affected by the CoViD-19, which is generally lower than men¹⁰, but, as the Special Rapporteur on Violence against Women acknowledged, to «restrictions on the provision of health-care services that are essential to women and girls»¹¹. This contribution will specifically approach this latter – less explored by legal scholarship – topic, reflecting from an international human rights law perspective on how the measures adopted in response to the pandemic have affected women's rights to health and reproductive health. It will argue that the pandemic has exacerbated systemic and deeply entrenched gender inequalities, and it has been used as an excuse to restrict women's rights to health and reproductive health. It will also contend that States have legal obligations under international human rights law to guarantee access to these rights, in times of peace as well as in times of emergency. This article will first explain the reason underlying the choice of focusing on women's rights to health and reproductive health, stressing on one hand the intersectional elements of patterns of discrimination persistent in the recognition of those women's rights and, on the other hand, their complex evolution. It will then delve into specific forms of «violence against women's health»¹², as it will be explained below, in times of pandemic, namely lack of access to abortion and obstetric violence. This article will investigate State practice during the lockdown months with regard to these two forms of violence and highlight obligations States must abide by, referring to relevant human rights jurisprudence and quasi-jurisprudence¹³.

2. Why women's rights to health and reproductive health

It was 1994 when Mahmoud Fathalla, a professor of obstetrics and gynaecology and Chair of the World Health Organisation (WHO) Advisory Committee on Health Research, acknowledged that «society is not neutral with regard to reproductive rights», and that in many societies, «the predominant objection against contraceptive use was directed at contraceptive control by women, rather than

women and women's rights on combating the pandemic of gender based violence against women during the COVID-19 crisis, 14 July 2020, <https://bit.ly/3iQts89> (last accessed on 26. August 2020).

¹⁰ In Italy, for example, according to ISTAT, the female mortality rate is 42 per cent, https://www.istat.it/it/files/2020/07/Rapp_Istat_Iss_9luglio.pdf, 6.

¹¹ Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Dubravka Šimonović, *Intersection between the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and the pandemic of gender-based violence against women, with a focus on domestic violence and the "peace in the home" initiative*, 24 July 2020, A/75/144, para. 73. See also UN SG, *The Impact*, cit., 10. He also added that «the diversion of attention and critical resources away from these provisions may result in exacerbated maternal mortality and morbidity, increased rates of adolescent pregnancies, HIV and sexually transmitted diseases. In Latin America and the Caribbean it is estimated that an additional 18 million women will lose regular access to modern contraceptives, given the current context of COVID-19 pandemics».

¹² The concept was coined in the book S. DE VIDO, *Violence Against Women's Health in International Law*, Manchester, 2020, open access here <https://bit.ly/3IDKKqY>. See also below, para. 2.3.

¹³ With the words 'quasi-jurisprudence', we refer to the non-binding decisions taken by UN treaty bodies, such as the Human Rights Committee and the CEDAW Committee.



against contraception itself»¹⁴. The same year, Rebecca Cook published a paper commissioned by the WHO on *Women's health and human rights*, in which she emphasised the «pervasive neglect of women's health»¹⁵. In 1995, Aart Hendriks contended that «woman's right to sexual and reproductive health is not only threatened by current expressions of deep-rooted, harmful practices-including sexual violence against women and girls, forced marriage, and female genital mutilation-but is also challenged by progress in reproductive medicine»¹⁶. It is noteworthy that almost twenty years after these outstanding contributions, Erin Nelson, in her work on reproductive autonomy, reflected on the fact that the «history of reproductive regulation is a history of attempting to enforce a traditional view of women as child-rearers»¹⁷. In 2016, the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice, established at UN level, confirmed this view, by stating in its report that: «women's bodies are instrumentalized for cultural, political and economic purposes rooted in patriarchal traditions. Instrumentalization occurs within and beyond the health sector and is deeply embedded in multiple forms of social and political control over women. It aims at perpetuating taboos and stigmas concerning women's bodies and their traditional roles in society, especially in relation to their sexuality and to reproduction»¹⁸.

In other words, women's rights to health and reproductive health should not be taken for granted, since their acknowledgment faces enormous obstacles, most importantly in a time when these rights are being put into question and limited more than ever while invoking reasons of public health.

Reproductive rights are not only a component of the right to health¹⁹ but also a major health topic of global concern and also a development and a human rights issue²⁰. Yet the interest for the right to reproductive health only gained momentum in the 90s. The right to health indeed, as originally conceived in human rights legal instruments, «reflect[ed] a male-oriented conception of health», where issues related to reproductive health were «conspicuously absent»²¹. In particular, feminists have been concerned about the role of «paternalistic medicine», which assumes the incapacity of women to make choices on their own without professional recommendations²² and have highlighted the fact

¹⁴ M.F. FATHALLA, *The Impact of Reproductive Subordination on Women's Health Family Planning Services*, in *American University Law Review*, 44, 1994-1995, 1181-1182.

¹⁵ R. COOK, *Women's Health and Human Rights*, Geneva, 1994, 5.

¹⁶ A. HENDRIKS, *Promotion and Protection of Women's Right to Sexual and Reproductive Health under International Law: The Economic Covenant and the Women's Convention Conference on the Interventional Protection of Reproductive Rights: The Right to Health*, in *American University Law Review*, 44, 1995, 1127.

¹⁷ E. NELSON, *Law, Policy, and Reproductive Autonomy*, Oxford, Portland, 2013, 66.

¹⁸ Report of the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice, A/HRC/32/44, 8 April 2016, para. 18.

¹⁹ COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Resolution No. 2003/28, para. 6: «sexual and reproductive health are integral elements of the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health».

²⁰ R.J. COOK, B.M. DICKENS, M.F. FATHALLA (eds), *Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics, and Law*, Oxford, 2003, 9.

²¹ A.R. CHAPMAN, *Conceptualizing the Right to Health: A Violation Approach*, in *Tennessee Law Review*, 65, 1998, 397.

²² R.J. COOK, *Women's Health and Human Rights*, cit., 26.

that many health problems specifically related to women have not received specific attention²³. Ruth Anna Putnam argued that medical research, in taking men's bodies to be the basic human bodies, has neglected women's health²⁴. Commenting on this author's thought, Christine Korsgaard contended that «this of course is not because either developing or developed societies have ignored gender. It is because they have ignored women. That is another matter altogether»²⁵. This argument is true, although it should be acknowledged that the subordinated status of women in almost all countries in the world facilitated, after World War II, State interventions «rendering the ordinary female body as a key political resource: available, malleable, and potent material to deploy in the biopolitical project of shaping the state's size, character, and place in the world»²⁶. Hence, women were not ignored when the so-called «Reproductive States» decided to centre their reproductive health policies on female instrumentalised bodies at the expense of women's autonomy. According to Cook, «male-gendered' institutions – both at the political and religious level – have justified intervention in women's reproductive self-determination, by invoking public order, morality, and public health»²⁷. When Cook wrote about the «pervasive neglect of women's health», and Virginia Leary affirmed that «women's health issues have been given less attention in medical research»²⁸, they described a situation during the 1990s where the interest on reproductive rights started to raise, and still is present today, despite (or maybe also because of) the evolution of technology, and despite the change of habits, women's attitudes, and/or women's consciousness of their bodies and their autonomy. In times of pandemic, it has been clear how women's bodies can be instrumentalised under the guise of necessary actions against CoViD-19.

2.1. Feminist approaches to the rights to health and to reproductive health

The female body has been perceived in different ways over time. As stressed by Carole Bunch, «the importance of control over women can be seen in the intensity of resistance to laws and social changes that put control of women's bodies in women's hands: reproductive rights, freedom of sexuality whether heterosexual or lesbian, laws that criminalize rape in marriage, etc.»²⁹. As anticipated above, States have exploited women's bodies to define their population policies, transforming into law the societal subjugation of women³⁰.

The Women's Health Movement in the 60s and 70s in the US and Canada first challenged the biased view of women's health, denouncing «the medical profession's authority to control women's repro-

²³ A.R. CHAPMAN, *Monitoring Women's Right to Health under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *American University Law Review*, 44, 1995, 1174.

²⁴ R.A. PUTNAM, *Why not a Feminist Theory of Justice?*, in M.C. NUSSBAUM, J. GLOVER (eds), *Women, Culture, and Development: A Study of Human Capabilities*, Oxford, 1995, 313.

²⁵ C.M. KORSGAARD, *A Note on the Value of Gender-Identification*, in M.C. NUSSBAUM, J. GLOVER (eds), *Women, Culture, and Development*, cit., 402.

²⁶ R. SOLINGER, M. NAKACHI, *Introduction*, in R. SOLINGER, and M. NAKACHI (eds), *Reproductive States*, Oxford, 2016, 3.

²⁷ R.J. COOK, *Gender, Health and Human Rights*, in *Health and Human Rights*, 1(4), 1995, 362.

²⁸ V. LEARY, *The Right to Health in International Human Rights Law*, in *Health and Human Rights*, 1(1), 1994, 38.

²⁹ C. BUNCH, *Women's Rights as Human rights: Toward a Re-Vision of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 12(4), 1990, 491.

³⁰ On the instrumentalisation of women's bodies, see also A/HRC/32/44, cit., para. 61.

ductive lives by regulating access to abortion and contraceptives»³¹. Women told stories, gathered in the volume *Our Bodies, Ourselves*, of «condescending, judgmental treatment, and of being lied to, sexually abused, overtreated, and ignored by their doctors»³². Gender biases led – and to some extent lead also today – to missed or inaccurate diagnoses. On the one hand, physicians considered that health complaints were attributable to emotional causes and not to physical ones³³. On the other hand, female behaviours that conflicted with well-established rules in society were often attributed to various physical or mental illnesses³⁴. Societal perceptions regarding women’s health statuses and women’s bodies often disadvantaged women. Hence, as it was pointed out, «the female body is a biological body, but it is also a gendered body and as such has a history»³⁵. In other words, biology is *one* factor that shapes differences in male and female patterns of morbidity and mortality but not the only one. In a study regarding the United Kingdom dating back to 2003, it was clarified that gender differences in living and working conditions, including the woman being in charge of the household, «put males and females at differential risk of developing some health problems, while protecting them from others»³⁶.

Issues regarding women’s reproductive health gained momentum during the UN Women’s Decade 1975-1985, when groups of women organised the International Tribunal on crimes against women in Brussels in 1976,³⁷ and the International Tribunal and Meeting on Reproductive Rights in Amsterdam in 1984.³⁸ Another wave of women’s health activism emerged in the 90s, led by women’s health advocacy groups and women who had attained positions of influence in the government, medical profession, academia, and health care delivery organisations. Their purpose was to promote equality for women in biomedical research and in health care delivery³⁹. They adopted a broad view of women’s

³¹ C.S. WEISMAN, *Changing Definitions of Women’s Health: Implications for Healthcare and Policy*, in *Maternal and Child Health Journal*, 1(3), 1997, 181.

³² M. OBERMAN, M. SCHAPS, *Women’s Health and Managed Care*, in *Tennessee Law Review*, 65, 1998, 564, quoting the Boston Women’s Health Book Collective, the New *Our Bodies, Ourselves* (rev. ed. 2011). In May 1969, 12 women from 23 to 39 years old met during a women’s liberation conference at Emmanuel College in Boston, where they organised the workshop on Women and their Bodies. They published in 1970 the booklet *Women and their Bodies*, reprinted the next year with the title *Our bodies, Ourselves*. In the same direction, the Montreal Women’s Health Book Collective of 1972.

³³ M. OBERMAN, M. SCHAPS, *Women’s Health and Managed Care*, cit., 565.

³⁴ M. FOX, T. MURPHY, *The Body, Bodies, Embodiment: Feminist Legal Engagement with Health*, in M. DAVIES, V.E. MUNRO (eds), *The Ashgate Companion to Feminist Legal Theory*, Fernham, 2013, 253.

³⁵ W. MITCHINSON, *Agency, Diversity and Constraints: Women and their Physicians, Canada 1850-1950*, in S. SHERWIN (ed.), *The Politics of Women’s Health*, Philadelphia, 1998, 126.

³⁶ L. DOYAL, S. PAYNE, A. CAMERON, *Promoting Gender Equality in Health, Research and Resources Unit*, Equal Opportunities Commission, 2003, 9.

³⁷ See, for example, in the final report of the Tribunal, a woman’s testimony: «When R. tells us about her abortion, when she confesses the fears and inhibitions which she still has, when she talks about her constant sexual dissatisfaction, and when she reveals her state of submission, she also discloses the plight of each woman, dispossessed of her own body, submitting to the rules of a system which reduces her to a reproductive function or an object of pleasure» (*Crimes Against Women: Proceedings of the International Tribunal*, compiled and edited by D. E. H. RUSSELL, N. VAN DE VEN, 1976, 23).

³⁸ J.M. JOACHIM, *From the Margins to the Center—Women’s Rights, NGOs, and the United Nations*, in J.M. JOACHIM (ed.), *Agenda Setting, the UN, and NGOs. Gender Violence and Reproductive Rights*, Washington DC, 2007, 4.

³⁹ C.S. WEISMAN, *Changing Definitions of Women’s Health*, cit., 181.

health, focusing on issues beyond reproduction: women have a womb, but they cannot be identified with their womb. As posited by Catherine MacKinnon, women's capacity for and their role in childbearing have determined «the social disadvantages to which women have been subjected»⁴⁰. A broad view of health was also endorsed by Fathalla, Cook and Dickens, who included in the notion of reproductive health the ability of women to enjoy mutually fulfilling relationships, freedom from sexual abuse, coercion or harassment: «health for women is more than reproductive health. Being a woman has implications for health. Women have specific health needs related to their sexual and reproductive functions, collectively expressed in the reproductive health package. Women have an elaborate reproductive system that is vulnerable to dysfunction or disease, even before it functions or after it ceases to function. Women are subject to the same diseases of other body systems that can affect men, but their disease patterns often differ from those of men because of women's genetic constitution, hormonal environment, or gender-evolved lifestyle behaviour [...] Because women are women, they are subject to social dysfunctions that impact on their physical, mental, or social health»⁴¹.

As pointed out by Purdy, women's bodies are socially determined⁴². Once «produced», the body «can then be invested with legal characteristics»: ownership, property, autonomy.⁴³ Granting women's autonomy is not merely ensuring freedom from interference⁴⁴: it means to adopt measures aimed at effectively allowing women to exercise this autonomy. Susan Sherwin argued that «the institution of medicine has been designed in ways that reinforce sexism»⁴⁵. She then elaborated a relational notion of autonomy, which is «socially situated or contextualized», meaning that «specific decisions are embedded within a complex set of relations and policies that constrain (or ideally promote) an individual's ability to exercise autonomy with respect to any particular choice»⁴⁶. This view departs from the one elaborated by liberal feminists, who focused on the importance of personal autonomy and privacy, but also from the one of Carol Gilligan, who concentrated on interpersonal relations⁴⁷. In her study on autonomy, Erin Nelson centred in on reproduction, placing women's bodily integrity at the centre; she stressed that decisions on bodily integrity «require the State to provide conditions which optimally permit the exercise of this aspect of reproductive autonomy»⁴⁸. These conditions include, *inter alia*, the provision of basic obstetric services, access to abortion and post-

⁴⁰ C. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality under Law*, in *Yale Law Journal*, 100, 1991, 1308.

⁴¹ R.J. COOK, B.M. DICKENS, M.F. FATHALLA, *Reproductive Health and Human Rights*, cit., 9-10.

⁴² L. PURDY, *Medicalization, Medical Necessity, and Feminist Medicine*, in *Bioethics*, 15(3), 2001, 253.

⁴³ C.F. STYCHIN, *Body Talk: Rethinking Autonomy, Commodification and the Embodied Legal Self*, in S. SHELDON, M. THOMSON (eds), *Feminist Perspectives on Health Care Law*, London, Sidney, 1998, 216.

⁴⁴ The right to health was earlier conceived as a right to be free from medical abuse and it was then transformed as a right to research on high-tech intervention for ailments particular to women. See in that respect N. JACOBSON, *The Feminist Critique of Medicine, Medicalization, and the Making of Breast Implant Policy*, in C. MAKHLOUF OBERMEYE (ed.), *Cultural Perspectives on Reproductive Health*, Oxford, 2001, 223.

⁴⁵ S. SHERWIN, *No Longer Patient: Feminist Ethics and Health Care*, Philadelphia, 1992, 18.

⁴⁶ S. SHERWIN, *A Relational Approach to Autonomy in Healthcare*, in S. SHERWIN (ed.), *The Politics of Women's Health*, Philadelphia, 1998, 32.

⁴⁷ C. GILLIGAN, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, 1982. See also L. MCLENNAN BROWN, *Feminist Theory and the Erosion of Women's Reproductive Rights: The Implications of Fetal Personhood Laws and In Vitro Fertilization*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 13(1), 2005, 89.

⁴⁸ E. NELSON, *Law, Policy*, cit., 70.

abortion services, and the prohibition of medical practices that endanger women's health⁴⁹. Laws that limit or prevent women from having access to reproductive health services should be challenged before national and regional courts, as well as before UN treaty bodies, as violating women's rights⁵⁰.

2.2. Definitional framework: Health, sexual and reproductive health rights, family planning and fertility regulation.

A thorough analysis of the different terms – health, reproductive health, reproductive rights, sexual health, sexual rights – is beyond the scope of the research here, but language matters, especially when it is necessary to identify the content of human rights and legal obligations States must abide by. According to the 1946 WHO Constitution, health is «a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity». The definition is extremely broad, since it includes the concept of social well-being⁵¹. Two years later, Article 25 of the Universal Declaration of Human Rights stated that «everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and his family, including food, clothing». There was no reference to reproductive health and the gender-neutral language of provisions in international legal instruments was far from being achieved at that time (the use of *himself* and *his* was recurrent). The right to health was then included in Article 12 of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (ICESCR), which requires States to «recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest standard of physical and mental health». This article includes, among States' obligations, «the provision for the reduction of the stillbirth rate and of infant mortality», which contains an indirect reference to women in their societal role as mothers. The «highest attainable standard of health» is also contemplated in Article 24(1) of the 1989 Convention on the Rights of the Child, and Article 25 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006. Regional instruments have contemplated the right to health referring to the «highest level of physical, mental and social well-being» (Protocol of San Salvador, Article 10(1)), the «effective exercise of the right to protection of health» (Article 11 of the European Social Charter), and the «best attainable state of physical and mental health» (African Charter on Human and Peoples' Rights, Article 16). A specific article of the ICESCR is devoted to the protection of mothers «before and after childbirth» (Article 10(2))⁵². CEDAW is the first human rights treaty which obliges States parties to ensure access to family planning, under Articles 12(1), 10(h), 14(2)(b), and 16(1)(e), as a measure against discrimination.⁵³ The right to health is enshrined in Article 12 CEDAW:

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning.

⁴⁹ A.R. CHAPMAN, *Conceptualizing the Right to Health*, cit., 413-415.

⁵⁰ R. COOK, *International Human Rights and Women's Reproductive Health*, in *Studies in Family Planning*, 24(2), 1993, 74.

⁵¹ A.R. CHAPMAN, *Global Health, Human Rights and the Challenge of Neoliberal Policies*, Cambridge, 2016, 36.

⁵² B. SAUL, D. KINLEY, J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials*, Oxford, 2014, 796.

⁵³ R.J. COOK, V. UNDURRAGA, *Article 12*, in M.A. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF (eds), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Oxford, 2012, 320.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this article, States Parties shall ensure to women appropriate services in connection with pregnancy, confinement and the post-natal period, granting free services where necessary, as well as adequate nutrition during pregnancy and lactation.

As anticipated, reproductive health has been basically relegated to the fields of population and development, and «the pillars of reproductive rights – the rights to reproductive health care and to reproductive self-determination» – were excluded from the human rights framework, hence revealing «the biased lens with which human rights have traditionally been interpreted»⁵⁴. Reproductive health was first conceived as a new paradigm in the Programme of Action elaborated during the International Conference on Population and Development (ICPD) held in Cairo in 1994 and defined as «a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes»⁵⁵. It marked the emergence of the connection between human rights and health and linked health to objectives of social justice and respect for human dignity⁵⁶. According to the programme, reproductive health entails individuals' «capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so» and two rights are «implicit in this last condition», namely: a) the right of men and women «to be informed and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of family planning of their choice, as well as other methods of their choice for regulation of fertility which are not against the law»; b) the «right of access to appropriate health-care services that will enable women to go safely through pregnancy and childbirth and provide couples with the best chance of having a healthy infant»⁵⁷. Reproductive rights are based on the recognition of the basic right of all couples and individuals to «decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health»⁵⁸. In the definition included in the Programme of Action, reproductive health «also includes sexual health, the purpose of which is the enhancement of life and personal relations, and not merely counselling and care related to reproduction and sexually transmitted diseases»⁵⁹. The WHO later elaborated a working definition of sexual health as «a state

⁵⁴ L. CABAL, J.M. TODD-GHER, *Reframing the Right to Health: Legal Advocacy to Advance Women's Reproductive Rights*, in A. CLAPHAM, M. ROBINSON (eds), *Realizing the Right to Health*, Zurich, 2009, 121; J. KAUFMAN, *Measuring Reproductive Health: From Contraceptive Prevalence to Human Development Indicators*, in L. REICHENBACH, M.J. ROSEMAN (eds), *Reproductive Health and Human Rights*, Pennsylvania, 2009, 74.

⁵⁵ Programme of Action adopted at the International Conference on Population and Development Cairo, 5–13 September 1994, para. 7.2. See also the Vienna World Conference, which, in 1993, considered for the first time women's rights as human rights. C. ROMANY, *On Surrendering Privilege: Diversity in a Feminist Redefinition of Human Rights Law*, in M. SCHULER (ed.), *From Basic Needs to Basic Rights: Women's Claims to Human Rights*, Washington D.C., 1995, 544.

⁵⁶ C. SHALEV, *Rights to Sexual and Reproductive Health – the ICPD and the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, paper presented by the then CEDAW expert at the International Conference on Reproductive Health, Mumbai (India), 15-19 March 1998, <https://bit.ly/3nFFGE8> (last accessed on 26. August 2020).

⁵⁷ Cairo Program of action, cit., para. 7.2.

⁵⁸ Cairo Program of action, cit., para. 7.3.

⁵⁹ Ibid.

of physical, emotional, mental and social well-being in relation to sexuality»⁶⁰. However, as correctly pointed out by the then Special Rapporteur on the right to health, Paul Hunt, «since many expressions of sexuality are non-reproductive, it is misguided to subsume sexual rights, including the right to sexual health, under reproductive rights and reproductive health»⁶¹. Scholars agree on the fact that the Programme of Action determined a shift from a narrow focus on population policies and birth control to a broader notion of sexual and reproductive health relevant for the lives of men and women.⁶²

As stated in the 1994 ICPD Declaration, family planning is placed within the framework of reproductive health care⁶³. The following year, the Platform of Action adopted at the World Conference on Women held in Beijing stressed that women's health involves «their emotional, social and physical well-being» and that it is determined «by the social, political and economic context of their lives, as well as by biology»⁶⁴. In other words, women's health was subject to social determinants⁶⁵. The Platform also acknowledged that women and men are affected by the same health conditions, but «women experience it differently», owing to the social context in which they live, characterised by a limited power many women have over their reproductive lives⁶⁶. The Beijing Platform, building on the previous ICPD in Cairo, identified the human rights encompassed in the notion of reproductive rights as follows: a) the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so; b) the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health; c) the right to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence, as expressed in human rights documents⁶⁷. These rights «should be the fundamental basis for government- and community-supported policies and programmes in the area of reproductive health, including family planning»⁶⁸. Family planning and fertility regulation are meant to be two distinct notions, the former concerning the number, spacing and timing of their children, the latter including «a comprehensive range of contraceptive means»⁶⁹.

Reproductive health is conceived as broader than «fertility regulation» and «family planning», and it expands «beyond a focus on controlling births, since it incorporates an awareness of the social and

⁶⁰ WHO, *Sexual Health, Human Rights and the Law*, 2015, sect. 1.1. On sexual autonomy as the right to choose to have a sexual intercourse and the right to refuse it, see S. SCHULHOFER, *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Cambridge, Mass. and London, 1998.

⁶¹ Special Rapporteur on the right to health, Paul Hunt, E/CN.4/2004/49, 16 February 2004, para. 55.

⁶² M.J. ROSEMAN, L. REICHENBACH, *International Conference on Population and Development at 15 years: Achieving sexual and reproductive health and rights for all?*, in *Am J Public Health*, 100(3), 2010, 403-406; L.P. FREEDMAN, *Human Rights and the Politics of Risk and Blame*, in S. GRUSKIN, M. GRODIN, G. ANNAS, and S.P. MARKS (eds.), *Perspectives in Health and Human Rights*, New York, 2005, 532-533.

⁶³ Cairo Declaration on Population & Development, ICPPD, 4 September 1994, para. 5.

⁶⁴ Beijing Platform of Action, 1995, para. 89.

⁶⁵ See A. E. YAMIN, *Women's Health and Human Rights: Struggles to Engender Social Transformation*, in J.M. ZUNIGA, S.P. MARKS, L.O. GOSTIN (eds.), *Advancing the Human Right to Health*, Oxford, 2013, 277.

⁶⁶ Beijing Platform of Action, cit., para. 92.

⁶⁷ Ivi, para. 95.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Cairo Program of action, cit., para. 7.10. On the evolution of the concepts, see M.K. ERIKSSON, *Reproductive Freedom in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, The Hague, 2000, 175 ss.

economic context in which reproduction and child bearing is carried out, and puts it in the context of gender equality and the empowerment of women»⁷⁰. In turn, sexual health can be considered as broader than reproductive health, since it includes, for example, the choice of the sexual partner but also the right to sexual pleasure⁷¹. Reproductive health and sexual health are realised through the promotion and protection of sexual and reproductive rights. In particular, dealing with reproductive health issues means – Maja Eriksson argued – to «address the reproductive rights of women and men and the social behavior and cultural practices that affect reproductive health outcomes»⁷².

2.3. Violence against women's health and reproductive health: challenges in times of pandemic

In a recent book, we have coined the expression «violence against women's health» (VAWH), which is meant to grasp two dimensions of violence linked to women's rights to health and reproductive health: the violation of the right to health is a consequence of violence (horizontal, inter-personal dimension), as much as (State) health policies might cause – or create the conditions for – VAW (vertical dimension). The horizontal dimension aims to consider interpersonal relations, whereas the vertical dimension encompasses state health policies and laws. Violence against *women's health* constitutes a violation of *women's right to health* and *right to reproductive health*⁷³. VAWH is a form of discrimination against women *because* they are women and/or it affects women disproportionately, and it is structural, meaning that this form of violence is rooted in society, and based, as explained by the 2011 Council of Europe Istanbul Convention, on the «crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men». From a legal point of view, the structural aspect of VAWH can be seen in «patterns of discrimination», which mean not just social and cultural patterns that are rooted in society, but also the persistence of and the «tolerance» States demonstrate towards VAW, and in particular to VAWH. The «societal» pattern of discrimination and the «State» pattern of discrimination are, needless to say, interconnected and mutually reinforcing. This distinction is pivotal in terms of States' obligations: the State has legal obligations to prevent VAWH by changing cultural patterns that consider the woman as subordinated to the man, but it also has obligations to disrupt the «pattern of discrimination» represented by laws and policies in the health field that, directly or indirectly, perpetuate the stereotyped gender roles of women and men in society, and thereby cause violence.

VAWH is a form of «intersectional» discrimination against women, intersecting multiple forms of discrimination. As it is known, the concept of «intersectionality» was first introduced by Kimberlé Crenshaw in the late 1980s, to stress the specific conditions of Black women in US society. It is not a concept that applies to marginalised groups only, it is rather «an aspect of social organisation that shapes our lives» with the consequence that «groups may be advantaged or disadvantaged by struc-

⁷⁰ M.K. ERIKSSON, *Reproductive Freedom*, cit., 174. An author has used the expression right to reproductive choice as «a composite right including the rights to found a family, to decide the number and spacing of one's children and to seek and obtain family planning information and services»: C. PACKER, *Defining and Delineating the Right to Reproductive Choice*, in *Nordic Journal of International Law*, 67, 1998, 94-95.

⁷¹ L. REICHENBACH, M.J. ROSEMAN, *Global Reproductive Health and Rights: Reflecting on ICPD*, in R. REICHENBACH, M.J. ROSEMAN (eds), *Reproductive Health and Human Rights*, Philadelphia, 2009, 5.

⁷² M.K. ERIKSSON, *Reproductive Freedom*, cit., 174.

⁷³ S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit., 134.

tures of oppression»⁷⁴. Intersectionality has not had much attention in legal scholarship, though. Defined as an «analytical tool»⁷⁵, it has rarely been invoked in court. Lorena Sosa considered intersectionality «a tool for interpreting human rights in general, and for violence against women in particular, consisting of an explicit interdisciplinary approach to the study of race, gender, class and other social categories of distinction»⁷⁶. This concept, she argues, captures the «socio-structural nature of inequality». From a legal point of view, intersectionality can be used as «interpretative methodology» for exploring international legal norms on VAW⁷⁷, and for «empowering these norms»⁷⁸. Never sufficiently explored, not even by the most advanced human rights courts, intersectionality could shape the way in which the violation of human rights is assessed and against which related reparations can be measured. Patterns of discrimination have exacerbated during the pandemic, showing the rooted causes of discrimination against women and girls and their intersectional character⁷⁹. We will see how and to what extent in the forms of VAWH that we will propose in the next paragraphs.

3. Access to abortion and post-abortion services in times of CoViD-19

This paragraph, after a short introduction on access to abortion services in international human rights law (3.1), will discuss the executive orders adopted in several American states in response to the pandemic which have jeopardised women's access to abortion services (3.2), and the policies followed in Italian hospitals with regard to abortion procedures in the past months (3.3), before reflecting on States' obligations in times of health emergency. In the following sub-paragraphs, we are neither discussing foetal personhood nor the compatibility of laws that criminalise or decriminalise abortion with international human rights law, which go beyond the scope of this article⁸⁰. We are rather focusing on those States where abortion is legal under certain circumstances, but policies and laws adopted (or reinforced) during the pandemic have prevented women from having access to abortion and post-abortion services during the lockdown.

⁷⁴ S. LAUREL WELDON, *Intersectionality*, in G. GOERTZ and A.G. MAZUR (eds), *Politics, Gender, and Concepts*, Cambridge, 2008, 195.

⁷⁵ J.C. NASH, *Re-Thinking Intersectionality*, in *Feminist Review*, 89, 2008, 1.

⁷⁶ L. SOSA, *Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence Against Women*, Cambridge, 2017, 15. See also B.G. BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, 2020.

⁷⁷ See the analysis of legal instruments in L. SOSA, *Intersectionality*, cit.

⁷⁸ L. SOSA, *Intersectionality*, cit., 33, referring to the work by M. SATTERTHWAIT, *Women Migrants' Rights under International Human Rights Law*, in *Feminist Review Labour Migrations: Women on the Move*, 77, 2004, 170.

⁷⁹ In this sense, see the Special Rapporteur on Violence against Women, *Intersections*, cit., paras. 81-88.

⁸⁰ Cfr. M.O. LITTLE, *Abortion and Margins of Personhood*, in *Rudgers Law Journal*, 39, 2007-2008, 331; A. MADRAZO, *Narratives of Prenatal Personhood in Abortion Law*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS (eds), *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, Philadelphia, 2014, 327; S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit., 59.

3.1. Access to abortion at the international level: Introductory notes

At the international level, it is hard to argue that abortion is a stand-alone right⁸¹. The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (Maputo Protocol) is the only legally binding instrument which openly acknowledges «the reproductive rights of women» and authorises medical abortion «in cases of sexual assault, rape, incest, and where continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the foetus»⁸². This provision directly «situat[es] abortion as a human right that is recognised in the substantive provisions of a regional treaty»⁸³. Where other explicit provisions are not present in regional and international legal instruments, women's right to have access to abortion services is protected by international human rights law, under which denial of abortion amounts to a violation of women's rights. The criminalisation of abortion, in particular a criminalisation without exceptions, is an example of VAW, and, we argue, also of VAWH, that originates from a State health policy. The close relation between the criminalisation of abortion and the rights to health and reproductive health has been clearly caught by Rebecca Cook: « when a state criminalizes induced abortion[...], it is constructing its social meaning as inherently wrong and harmful to society. Through criminal prohibition, a state is signalling conditions in which abortion is criminally wrong, reflecting the historical origin of crime in sin that can and should be punished. In contrast, the legal framing of abortion as a health issue constructs meanings of preservation and promotion of health. A state is signalling that abortion is a public health concern, and should be addressed as a harm reduction initiative⁸⁴.»

The Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice has correctly categorised the control exercised by the State over decisions taken by women as a form of «instrumentalization of women's body»: «patriarchal negation of women's autonomy in decision-making leads to violation of women's rights to health, privacy, reproductive and sexual self-determination, physical integrity and even to life»⁸⁵. Instrumentalisation includes the discriminatory use of criminal law, such as provisions on termination of pregnancy, the enforcement of which «generates stigma and discrimination»⁸⁶. Even though there is no right to abortion clearly encapsulated at the international level as human right, States have legal obligations to provide abortion and post-abortion services to women in need. These obligations have been identified by regional human rights jurisprudence and the quasi-jurisprudence of UN treaty-based bodies. Hence, for example, human rights courts and UN treaty bodies have contended that States must decriminalise abortion at least when it

⁸¹ R. SIFRIS and S. BELTON, *Australia: Abortion and Human Rights*, in *Health and Human Rights Journal*, 19, 2017, 210.

⁸² Article 14(2)(c).

⁸³ C.G. NGWENA, *Inscribing Abortion as a Human Right: Significance of the Protocol on the Rights of Women in Africa*, in *Human Rights Quarterly*, 32(4), 2010, 810.

⁸⁴ R.J. COOK, *Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS (eds), *Abortion Law in Transnational Perspective*, cit., 347.

⁸⁵ A/HRC/32/44, para. 63.

⁸⁶ Ivi, para. 76.

follows rape, sexual violence and/or incest⁸⁷, and in cases of severe malformation of the foetus and risks to the life or health (including mental health) of the pregnant woman. States maintain room to manoeuvre, the «margin of appreciation» as defined by the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR), in deciding to what extent abortion can be legally limited, provided that denial of abortion does not cause VAWH, in terms of intense suffering, specifically a «high level of mental anguish», connected to an «intense stigma and loss of dignity» for the pregnant woman⁸⁸. In terms of negative obligations, States must also refrain from adopting laws that oblige practitioners to give «false, misleading, and irrelevant» information to a woman seeking access to abortion⁸⁹. Informed consent is a «process [...] intended to ensure that a patient is left alone to make decisions based on a set of medical facts free from direct coercion»⁹⁰. Laws must ensure appropriate and objective counselling, in order to allow women to make free decisions, without coercion, and ensure confidentiality. In *L.C. v. Peru*, the CEDAW Committee argued that, when it comes to State intervention in a personal decision, «such intervention should be legal and regulated in such a way that, following due process, the person affected has the right to be heard», and added that «the contrary situation constitutes a violation of the right of protection from arbitrary interventions in decisions that, in general, are based in the intimacy and autonomy of each human being»⁹¹. In terms of access to abortion services, the *L.C.* decision paves the way for an in-depth consideration of what positive obligations to provide access to health services entail in the context of abortion. The Committee acknowledged that *L.C.*, a girl that was raped and, after attempting suicide and being severely injured denied a timely abortion, had been the victim of «exclusions and restrictions in access to health services based on a gender stereotype that understands the exercise of a woman's reproductive capacity as a duty rather than a right»⁹². The Committee considered that, since therapeutic abortion was legalised, the State must establish «an appropriate legal framework that allows women to exercise their right to it under conditions that guarantee the necessary legal security, both for those who have recourse to abortion and for the health professionals that must perform it»⁹³. Furthermore, in the recommendations included in the decision, the Committee required the State to: «[r]eview its laws with a view to establish[ing] a mechanism for effective access to therapeutic abortion under conditions that protect women's physical and mental health and prevent further occurrences in the future of violations similar to the ones in the present case⁹⁴. »

⁸⁷ See, for example, *L.C. v. Peru*, CEDAW/C/50/D/22/2009 (2011), Communication No. 22/2009 (CEDAW), para. 8.18. See also General Comment (GC) No. 36 on the Right to Life (Human Rights Committee), 30 October 2018, para. 8.

⁸⁸ *Amanda Jane Mellet v. Ireland*, CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016), Communication No. 2324/2013 (HRC), and GC No. 36 (HRC), cit., para. 8.

⁸⁹ S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit., 141.

⁹⁰ P. LAUFER-UKELES, *Reproductive Choice and Informed Consent: Fetal Interests, Women's Identity, and Relational Autonomy*, in *American Journal of Law and Medicine*, 37, 2011, 578. See also the special issue in *BioLaw Journal*, 1, 2019.

⁹¹ *L.C.*, cit., para. 7.13.

⁹² *L.C.*, cit., para. 7.7.

⁹³ *L.C.*, cit., para. 8.17.

⁹⁴ *L.C.*, cit., para. 9(b)(i).

Access to abortion services must also encompass post-abortion services, including counselling, medical care and psychological support.⁹⁵ In Ireland, at the time of *Mellet*, women could get access to abortion abroad, but no protection and coverage from the public healthcare system, no paid leave of absence, nor support from public or private insurance. Once back in Ireland, Amanda Mellet could obtain medical care, but no form of public-funded post-abortion counselling, which was eventually granted by an association. When denial of access to abortion causes VAWH, there is an obligation on the State not only to abstain from certain behaviours – in this case abstain from interfering if the woman decided to travel abroad to get access to the service – but also to provide services in order to avoid physical and psychological consequences for the woman⁹⁶.

3.2. When abortion is not considered as «essential»: The pandemic as an excuse to limit women's access to the procedure

In times of pandemic, there have been several restrictions to women's access to abortion and post-abortion services. For example, in the United States, where the right to abortion is constitutionally granted as a consequence of the famous *Roe v. Wade* judgment rendered in 1973 by the US Supreme Court⁹⁷, several US states have declared that abortion is a non-essential or elective health procedure, banning abortion procedures until the end of the emergency⁹⁸. Ohio and Texas started, soon after the first coronavirus cases in the US, to declare that abortion is an elective medical procedure, and that it can be suspended in times of emergency. Other US states joined, including Mississippi, Louisiana, Oklahoma, and Alabama; these states being known for their restrictive abortion laws⁹⁹. Some courts unequivocally stopped the attempt to jeopardise women's right to abortion, such as in Oklahoma¹⁰⁰. The case of Texas is particularly interesting because it led to a series of (somewhat contradictory) decisions by the District court and the Court of Appeals challenging the legitimacy of the executive order issued by the governor of Texas. On 30 March 2020, the District Court for the Western District of Texas entered a temporary restraining order against the governor's executive order postponing non-essential surgeries and procedures until 21. April as applied to abortion procedure.¹⁰¹ The decision was later considered «patently erroneous» by the 5th Circuit Court of Appeals, which applied the «Jacobson test»¹⁰², contending that «the bottom line is this: when faced with a society-threatening epidemic, a state may implement emergency measures that curtail constitutional rights

⁹⁵ *Mellet*, cit., para. 9.

⁹⁶ For further examples of States obligations, S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, chapter 3.

⁹⁷ 410 U.S. 113 (1973).

⁹⁸ In Alabama, Ohio and Tennessee, federal district courts have allowed clinics to provide abortion services. In Alaska, Arkansas, Iowa, Kentucky, Louisiana, Mississippi, West Virginia and Texas, the initially imposed restrictions have been withdrawn. See the updated cases in L. SOBEL, A. RAMASWAMY, B. FREDERIKSEN, A. SALGANICOFF, *State Action to Limit Abortion Access During the COVID-19 Pandemic*, 10 August 2020, <https://www.kff.org/coronavirus-covid-19/issue-brief/state-action-to-limit-abortion-access-during-the-covid-19-pandemic/> (last accessed on 26. August 2020).

⁹⁹ See, for example, US Supreme Court in *Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt, Commissioner, Texas Department of State Health Services, et al.*, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit No. 15–274. Argued March 2, 2016—Decided June 27, 2016.

¹⁰⁰ *South Wind Women's Center LLC v. Stitt*, No. CIV-20-277-G, 2020 WL 1677094, 2 (W.D. Okla., 6. April 2020)

¹⁰¹ *Planned Parenthood Ctr. for Choice et al. v. Abbott*, 2020 WL 1502102, 4 (W.D. Tex. 30. March 2020)

¹⁰² *Jacobson*, 197 U.S. at 31, 38.

so long as the measures have at least some «real or substantial relation» to the public health crisis» and are not «beyond all question, a plain, palpable invasion of rights secured by the fundamental law»¹⁰³. The Court was not convinced that the bottom line had been reached because «all constitutional rights may be reasonably restricted to combat a public health emergency»¹⁰⁴, and the order issued by the Governor of Texas only constituted a «temporary postponement» of non-essential medical procedures¹⁰⁵. According to the Governor's executive order, an abortion in times of emergency could have been considered as legitimate only inasmuch as it was necessary to preserve the life or health of the pregnant woman. As Judge James L. Dennis contended, however, dissenting from the majority, «it is painfully obvious that a delayed abortion procedure could easily amount to a total denial of that constitutional right» and «in a time where panic and fear already consume our daily lives, the majority's opinion inflicts further panic and fear on women in Texas by depriving them, without justification, of their constitutional rights, exposing them to the risks of continuing an unwanted pregnancy, as well as the risks of travelling to other states in search of time sensitive medical care»¹⁰⁶. The issue was tackled by the District court and the 5th Circuit Court of Appeals multiple times. In the order of 13 April 2020, the upper Court eventually confirmed the temporary restrictive order issued by the District Court with regard to the decision of the Governor as applied to *all* abortion procedure, hence denying the enforcement of this decision against medication abortions but kept the criticism against the legal reasoning followed by the lower court¹⁰⁷.

Another controversial issue consists in having a negative CoViD-19 test within 48 hours prior to the beginning of the procedure. This requirement, which sounds *prima facie* reasonable to contain the pandemic, has posed enormous obstacles to women seeking abortion, owing to a lack of available rapid tests and the refusal to test asymptomatic individuals. In Arkansas, the Department of Health first ordered Little Rock Family Planning, the only clinic providing surgical abortions in the state, to cease the performance of abortions, unless they were necessary to protect the life or health of the patient¹⁰⁸. The decision was challenged on trial, and then changed, allowing elective procedures subject to a negative CoViD-19 test within 48 hours prior to the beginning of the procedure. The state, as many others, was facing shortage of tests, tests were not rapid, and it proved to be very difficult to find a clinic testing asymptomatic patients. Hence, the problem was not the need for a CoViD-19 test but rather the *de facto* impossibility to have access to it. The American Civil Liberties Union filed a request with the District Court for a preliminary injunction aimed at protecting three patients close to the legal limit to obtain abortion. The association showed the difficulties encountered by several

¹⁰³ *Abbott*, 954 F.3d, No. 20-50264 (US Court of Appeals for the Fifth Circuit, 7 April 2020) <https://reproductiverights.org/sites/default/files/2020-04/5th%20cir%20granting%20mandamus%204-7-20.pdf> (last accessed on 26. August 2020), 12.

¹⁰⁴ *Ivi*, 15.

¹⁰⁵ *Ibid*, 18-19.

¹⁰⁶ *Ibid*, 46.

¹⁰⁷ https://www.washingtonpost.com/context/5th-circuit-abortion-order-texas-4-13-20/15751fb0-1503-46e2-a119-3c36b1a5e9a1/?itid=lk_interstitial_manual_8 (last accessed on 26. August 2020). See also the concurring opinion by Judge Dennis: «The petitioners' stated desire to enforce GA-09 against medication abortions despite the executive order's apparent inapplicability is a strong indication that the enforcement is pretextual and does not bear a «real or substantial relation to the public health crisis» we are experiencing».

¹⁰⁸ L. SOBEL, A. RAMASWAMY, B. FREDERIKSEN, A. SALGANICOFF, *State Action*, cit.

Jane Does, two of them travelling from Texas and Louisiana, in having access to abortion procedures. On 7 May, the Court denied the request, recalling the Jacobson test and arguing that the directives issued as a response to the pandemic were not openly aimed at limiting abortion and that they were reasonable given the emergency. Despite acknowledging the limitations of constitutional freedoms, the judge showed that the measures were not disproportionate and that other comparable measures restricting fundamental rights had been adopted. The proposed examples were not comparable, though, because nothing can replace access to a timely abortion and the guarantee of the respect for the rights to health and reproductive health: the judge mentioned measures such as «threatening criminal prosecutions against people of faith, so that they cannot exercise their First Amendment right to freedom of religion», or «closing gun shops (*sic!*) so that people cannot exercise their Second Amendment right to own firearms»¹⁰⁹. How these measures can be comparable to a medical procedure that is necessary within a certain period of time is hard to say. In a quite paternalistic way, which shows how women's autonomy is deemed as secondary, and how women are stereotypically treated with pity and sympathy, the judge concluded that «there is a strong urge to rule for them because they are extremely sympathetic figures, but that would be unjust»¹¹⁰. The Arkansas Department of Health later modified the timeframe to within 72 hours, then again to 120 hours, and, as of 1 August, the requirement for a negative test was removed.

3.3. When chemical abortion is performed in hospital only and restricted in times of pandemic

Even though access to abortion is not directly hampered by laws and orders specifically issued for the health emergency, its *de facto* access might be limited owing to the strain on the health systems caused by the pandemic. Social distancing, limited access to hospitals and health services, along with the obligation to self-declare during lockdowns the scope of one's journey, impair women's right to health and reproductive health. We will not delve here into the debate of conscientious objection because it is not specifically relevant for the times of emergency, being persistent at *all* times¹¹¹. We will rather focus on the practice that was specifically adopted during the emergency. Hence, for example, during the lockdown, some Italian hospitals suspended abortion procedures, arguing that this action was in conformity with the Decrees of the Italian President of the Council of the Ministers adopted in times of pandemic, «illegitimately considering [abortion] as non-essential, even though the Italian Law No. 194 includes the voluntary termination of pregnancy among the essential medical

¹⁰⁹ *Little Rock Family Planning Plaintiffs Services et al. v. Leslie Rutledge, in her official capacity as Attorney General of the state of Arkansas et al.* Case No. 4:20-CV-00470 BSM (US District Court for the Eastern District of Arkansas, 7 May 2020).

¹¹⁰ *Ivi*, 16.

¹¹¹ In that sense, see European Committee of Social Rights, *CGIL v. Italy*, decision of 12 October 2015, published 11 April 2016, complaint No. 91/2013; on this decision, in particular, see S. DE VIDO, *Conscientious Objection and Access to Abortion in the Case CGIL v. Italy Decided by the European Committee of Social Rights*, in *Hitotsubashi Journal of Law & Politics*, 47, 2019, 45 ss., and, on conscientious objection in Italy, I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 19 ss.; I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 111 ss.

procedures»¹¹². This partial interruption of the service, which was not decided by the law but by public and private hospitals, has exacerbated the already difficult situation for women willing to having access to legal abortions¹¹³. The related issue that emerged in Italy during the lockdown was chemical abortion: it was legal in Italy up until the seventh week of pregnancy, and, according to the national guidelines, the drugs had to be administered during a three-day hospital stay. At the time in which the debate spread in Italy, only five regions out of 20 allowed women to have access to chemical abortion on an outpatient basis¹¹⁴. Chemical abortion became almost impossible. The Pro-choice Italian Network (Pro-choice RICA), Libera Associazione Italiana Ginecologi per l'Applicazione legge 194 (LAIGA), Associazione Medici Italiani Contraccezione e Aborto (AMICA), and Associazione Vita Di Donna ONLUS requested the President of the Council of the Ministers and the Ministry of Health to adopt urgent measures to guarantee access to voluntary termination of pregnancy, preferring abortion on an outpatient basis (abortion at home, common in European Countries) with one access only to the hospital or the family counselling¹¹⁵. The Italian government eventually adopted the new guidelines on chemical abortion, which allow women to have access to the procedure up until the ninth week of pregnancy, in authorized clinics or family counselling or on day hospital¹¹⁶.

3.4. States' obligations in times of emergency with regard to access to abortion services

At the international level, even though States maintain discretion in the adoption of laws regulating abortion – a total ban on abortion has been considered contrary to women's human rights¹¹⁷ – they do have legal obligations under international human rights law to grant women access to abortion and post-abortion services. The question is whether abortion can be considered as an «essential» procedure, which cannot be limited in times of emergency, when it is legal under domestic law. It should be noted that the WHO has considered abortion as «essential» to realise women's right to reproductive health¹¹⁸. Furthermore, the American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG) has recently issued a statement defining abortion as a time sensitive and «essential component of comprehensive health care» and that a delay, even days, «may increase the risks or potentially make

¹¹² C. MURATORI, L. DI TOMMASO, *Dall'obiezione di coscienza alla violenza domestica, come e perché le crisi hanno effetti negativi sulle donne e questa non farà eccezione*, in *InGenere*, 15 April 2020, <http://www.ingenere.it/articoli/i-segni-della-crisi-sui-corpi-delle-donne> (last accessed on 26. August 2020).

¹¹³ See, above, note 111.

¹¹⁴ <https://www.hrw.org/it/news/2020/07/30/375941> (last accessed on 26. August 2020).

¹¹⁵ <https://prochoice.it/2020/04/04/facilitare-accesso-ad-aborto-farmacologico-durante-emergenza-covid-19/> (last accessed on 26. August 2020).

¹¹⁶ Update of «Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine», 4 August 2020, <https://bit.ly/3jW6ZYA> (last accessed on 26. August 2020). In September 2020, however, the Region Piemonte announced to be willing to depart from the guidelines and to require hospitalisation for chemical abortions.

¹¹⁷ See, in that respect, General comment (GC) No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (Economic Social and Cultural Rights Committee), E/C.12/GC/22, 2 May 2016, para. 57.

¹¹⁸ https://www.who.int/health-topics/abortion#tab=tab_1 (last accessed on 26. August 2020).

it completely inaccessible»¹¹⁹. What about international human rights law? In its General Comment No. 22 (2016), the Economic Social and Cultural Rights (ESCR) Committee contended that «denial of abortion often leads to maternal mortality and morbidity, which in turn constitutes a violation of the right to life or security, and in certain circumstances can amount to torture or cruel, inhuman or degrading treatment»¹²⁰. The Committee also considered medicines for abortion and post-abortion care among «essential medicines» that should be available¹²¹. Among States' obligations, the Committee identifies the obligation of States to adopt: «legal and policy measures to guarantee all individuals access to affordable, safe and effective contraceptives and comprehensive sexuality education, including for adolescents; to liberalize restrictive abortion laws; to guarantee women and girls access to safe abortion services and quality post-abortion care, including by training health-care providers; and to respect the right of women to make autonomous decisions about their sexual and reproductive health»¹²².

The Human Rights Committee, in its General Comment No. 36 on the right to life, clearly construed a «duty to ensure that women and girls *do not have* to undertake unsafe abortions», and acknowledges that «States parties should ensure the availability of, and effective access to, quality prenatal and post-abortion health care for women and girls, in *all circumstances*»¹²³. The examples that we provided in the previous paragraphs also demonstrate how relevant the intersection of forms of discrimination are in having access to abortion and post-abortion services. The Jane Does that had to travel from one American state to another seeking access to abortion services and finding closed doors were socially disadvantaged¹²⁴. Poor women, women with disabilities, migrant women, women belonging to indigenous or ethnic minorities, trafficked women, face the major difficulties in all times. As well as an interesting case at the national level, *Lakshmi Dhikta v. Nepal*, decided by the Supreme Court of Nepal¹²⁵, the economic issue has been addressed by the Human Rights Committee in the views of the *Mellet* and *Whelan* cases¹²⁶. The Committee stressed that discrimination based on social and economic conditions had occurred because to gain access to abortion both Mellet and Whelan had to go abroad without any form of support: «the differential treatment to which the author was subjected in relation to other women who decided to carry to term their unviable pregnancy created a legal distinction between similarly-situated women which failed to adequately take into account her medical needs and socioeconomic circumstances and did not meet the requirements of reasonableness, objectivity and legitimacy of purpose. Accordingly, the Committee concludes that the failure

¹¹⁹ <https://www.acog.org/news/news-releases/2020/03/joint-statement-on-abortion-access-during-the-covid-19-outbreak> (last accessed on 26. August 2020).

¹²⁰ GC No. 22, cit., para. 10.

¹²¹ GC No. 22, cit., para. 13.

¹²² Ivi, para. 28.

¹²³ GC No. 36, cit., para. 8. Emphasis added.

¹²⁴ See above, para. 3.2.

¹²⁵ *Lakshmi Dhikta v. Nepal* (2009), Writ petition number WO-0757, 2067 (2007) Supreme Court of Nepal, www.reproductiverights.org/sites/crr.civactions.net/files/flash/LBS_LAKSHMI%20DHIKTA_FINAL%20NOV2010.pdf

¹²⁶ *Siobhán Whelan v. Ireland*, CCPR/C/119/D/2425/2014 (2017), Communication No. 2425/2014 (HRC), and *Mellet*, cit.

of the State party to provide the author with the services that she required constituted discrimination¹²⁷.»

Discrimination was therefore within the same gender, between women that miscarried and those who sought abortion abroad. Nonetheless, as argued by two members of the Committee in their concurring opinions, there had also been discrimination on the basis of gender because the prohibition of access to abortion services «par son effet contraignant, indirectement punitif et stigmatisant, vise les femmes *en tant que telles* et les place dans une situation spécifique de vulnérabilité, discriminatoire par rapport aux personnes de sexe masculine»¹²⁸. Another expert, Sarah Cleveland, added that State regulations must «accommodate the fundamental biological differences between men and women in reproduction and [...] not *directly or indirectly* discriminate on the basis of sex», hence they require States to protect «on an equal basis, in law and in practice, the unique needs of each sex»¹²⁹. One can argue that General Comments and views belong to *soft law* and that legal obligations depend on the consent of the States to ratify a specific international convention. In particular, it should be noted that the US has ratified neither the ICESCR, which contains a clear reference to the right to health, nor the CEDAW. However, the prohibition of discrimination, which is encapsulated in all binding international human rights law instruments, and the rights to life, privacy and the prohibition of torture, enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights, have obtained wide recognition at the international level and consolidated as international customs. Most importantly, the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment, has the status of a *jus cogens* norm, to which non-derogation is admitted¹³⁰. The lack of access to abortion may affect all these rights. Hence, for example, at regional level, the ECtHR applied Article 8 (right to respect for private and family life) of the European Convention on Human Rights (ECHR), in the *Tysiak v. Poland* case and concluded that Poland had violated Tysiak's right to respect for private and family life because it did not provide «any effective mechanisms capable of determining whether the conditions for obtaining a lawful abortion had been met in her case»¹³¹. The Court referred to her health in terms of the «severe distress and anguish» that Tysiak suffered and stressed the absence of compensation granted by the Polish authorities to cover «the irreparable damage to her health»¹³². In *R.R. v. Poland*, the Court applied Article 8 ECHR, ruling that Poland had violated R.R.'s right to respect for private and family

¹²⁷ *Whelan*, cit., para. 7.12, and *Mellet*, cit., para. 7.11.

¹²⁸ Individual opinion of Committee member Yadh Ben Achour, in *Mellet*, cit., para. 4.

¹²⁹ Individual opinion of Committee member Sarah Cleveland (concurring), in *Mellet*, cit., para. 7.

¹³⁰ The prohibition of torture is included, for example, in Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights; Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights; Article 3 of the European Convention on Human Rights; Article 7 of the Statute of the International Criminal Court; and in specific conventions, such as the UN Convention of 1984, the Inter-American Convention on the Prevention and Repression of Torture of 1985, the European Convention on the Prevention of Torture of 1987. On the *jus cogens* nature of the norm, see, ex multis, A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, 54 ss.; E. DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and its Implication for National and Customary Law*, in *EJIL*, 2004, 97 ss.; A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention Definition of Torture in Criminal Law*, in *JICJ*, 2008, 195 ss.; ID., *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, in *RDI*, 1993, 979 ss.; J. BRUNNÉE, *The Prohibition of Torture: Driving jus cogens Home?*, in *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 104, 2010, 454 ss.

¹³¹ ECtHR, *Tysiak v. Poland* (Appl. No. 5410/03), 20 March 2007, para. 124.

¹³² *Tysiak*, cit., para. 125.

life by not providing «any effective mechanisms that would have enabled the applicant to seek access to a diagnostic service, decisive for the possibility of exercising her right to take an informed decision as to whether to seek abortion or not»¹³³. The Court, «in an unprecedented move»¹³⁴, also found Poland in violation of Article 3 ECHR, since R.R. had «suffered acute anguish» and «humiliation», as a consequence of the fact that her concerns «were not properly acknowledged and addressed by the health professionals dealing with her case»¹³⁵. Furthermore, delays in the provision of services had prevented her from making an informed decision within the time limit provided by the law. Article 3 ECHR was also applied in *P. and S. v. Poland*, along with the rights enshrined in Articles 8 and 5 ECHR. The Court in Strasbourg concluded that Poland had been responsible for violating the applicants' rights. In particular reference to Article 8, P. and her mother had received «misleading and contradictory information, » and been deprived of «appropriate and objective medical counselling»¹³⁶. Furthermore, civil courts could not provide them an effective remedy because no case law featured compensation for the damage caused to a woman by «the anguish, anxiety and suffering entailed by her efforts to obtain access to abortion»¹³⁷. In *A., B., C. v. Ireland*, specifically C.'s case which fell within the provisions of the Irish law at the time, the ECtHR acknowledged the existence of guidelines for practitioners, which should have helped identify the legitimate grounds for abortion, but considered that they did not provide clear criteria for doctors in assessing the risks related to the pregnancy. This uncertainty had a chilling effect on practitioners' acceptance of permission to perform abortion, owing to the risk of «a serious criminal conviction and imprisonment in the event that a decision taken in medical consultation, that the woman was entitled to an abortion in Ireland given the risk to her life, was later found not to accord with Article 40.3.3 of the Constitution»¹³⁸. Furthermore, C.'s interests could not have been said to be protected by the availability of judicial proceedings, since, according to the Court, «constitutional courts [a remedy also invoked by the government] are [not] the appropriate forum for the primary determination as to whether a woman qualifies for an abortion which is lawfully available in a State»¹³⁹. As a consequence, Ireland had no effective and accessible procedures in place, demonstrating a «striking discordance» between the provisions of the law and its practical implementation¹⁴⁰. Ireland was consequently found in violation of Article 8 ECHR. Therefore, it can be argued that abortion, when it is legal in a country, must be granted as an essential procedure at *all* times because its denial or postponement directly or indirectly jeopardises women's right to health and reproductive health. In the systems which do not openly recognise these rights (ECHR), it limits the women's right to respect for private and family life and, under certain circumstances, reaches the «level of severity» to trigger the prohibition of torture, inhuman, degrading treatment or punishment. All the cases which regional human rights courts and UN treaty

¹³³ ECtHR, *R.R. v. Poland* (Appl. No. 27617/04), 26 May 2011, para. 208.

¹³⁴ F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe*, Oxford, 2014, 235. See also the partly dissenting opinion of Judge Bratza.

¹³⁵ *R.R.*, cit., para. 159.

¹³⁶ ECtHR, *P. and S. v. Poland* (Appl. No. 57375/08), 30 October 2012, para. 108.

¹³⁷ *P. and S.*, cit., para. 110.

¹³⁸ ECtHR, *A.B.C. v. Ireland* (Appl. No. 25579/05), 16 December 2010, para. 254.

¹³⁹ *A.B.C.*, cit., para. 258.

¹⁴⁰ *A.B.C.*, cit., para. 264.

bodies have decided deal with situations that have occurred in «normal» times. Nonetheless, the legal findings can be applied to the situations of emergency, since States' obligations with regard to the provision of «essential services» can be included among the «core obligations» as identified by the ESCR Committee¹⁴¹. Furthermore, in the most severe cases, when denial to access to abortion services amounts to torture, inhuman or degrading treatment, derogations are never admitted.

4. Obstetric violence in times of pandemic

Compared to abortion, the number of cases of obstetric violence that have reached courts in «normal» times is relatively small and limited to those cases entailing the most severe consequences for the woman and the newborn leading to malpractice litigation. The following sub-paragraphs will illustrate what obstetric violence is and which human rights violates (4.1), before moving to the worsening of the situation for pregnant women in times of pandemic (4.2). The article will then enucleate obligations States must abide by to prevent obstetric violence, arguing that these obligations must be respected also in times of pandemic (4.3).

4.1. Obstetric violence in international human rights law: Introductory notes

Obstetric violence occurs in all countries in the world even though it is not yet fully recognised¹⁴². In 2014, the WHO eventually issued a statement in which it acknowledged that «many women across the globe experience disrespectful, abusive or neglectful treatment during childbirth in facilities»¹⁴³. It stressed that «abuse, neglect or disrespect during childbirth can amount to a violation of a woman's fundamental human rights»¹⁴⁴. In 2015, UN and regional human rights experts, the Rapporteur on the rights of women of the Inter-American Commission of Human Rights and the Special Rapporteurs on the rights of women and human rights defenders of the African Commission on Human and Peoples' Rights issued a joint statement explicitly calling on States to address «acts of obstetric and *institutional* violence»¹⁴⁵. Mistreatment and abuse during childbirth include physical, verbal and sexual abuse, discrimination and neglect, denial of privacy or of confidentiality and poor-quality care. More than fifty years ago, the *Ladies' Home Journal* in the USA published a shocking article under the title «Cruelty in maternity wards», which reported the stories of nurses and women about inhuman treatment in labour and delivery¹⁴⁶. In 1958, a Society for the Prevention of Cruelty to Pregnant Women was established in the United Kingdom. The situation has not improved in recent years, despite the gigantic improvements in medical technology¹⁴⁷. In a report of 2011 by the *Perseu*

¹⁴¹ GC No. 22 (2016), cit., para. 49, in particular letter c), d), e), and g).

¹⁴² F. DIAZ-TELLO, *Invisible Wounds: Obstetric Violence in the United States*, in *Reproductive Health Matters*, 24, 2016, 57.

¹⁴³ WHO statement 2014, <https://bit.ly/3doQAJN>.

¹⁴⁴ WHO statement 2014, cit.

¹⁴⁵ Available at <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16490&LangID=E> (last accessed on 26. August 2020).

¹⁴⁶ G.D. SCHULTZ, *Cruelty in Maternity Wards*, in *Ladies' Home Journal*, 44–5, 1958, 152–5.

¹⁴⁷ See the study by H. GOED, *Cruelty in Maternity Wards: Fifty Years Later*, in *Journal of Perinatal Education*, 19, 2010, 33.

Abramo Institute in Brazil, 25 percent of the 2,365 women interviewed reported some form of violence during childbirth, including verbal abuses¹⁴⁸. In September 2017, the *Osservatorio sulla violenza ostetrica Italia* (Ovo), published a report on obstetric violence, based on interviews of 5 million Italian women aged 18 to 54 with at least one child aged 14 or less¹⁴⁹. The inquiry, which was followed by the protest of thousands of women through the campaign «#Basta tacere» on Twitter, showed that four in ten women considered their child's birth as harmful to their dignity and psycho-physical integrity. Approximately 1 million women in Italy – 21 percent – claimed to have been victim of a form of physical or psychological OV during their first child's birth.

Experts from different countries have documented cases of beatings, hitting, slapping, kicking, pinching, the use of mouth gags and bed restraints, of harsh or rude language, of judgmental or accusatory remarks¹⁵⁰. Coercive or unconsented medical procedures, such as forced caesarean surgery (sometimes through a court order), episiotomy, the Kristeller manoeuvre and induced labour – when they are not clinically justified – and also detention of women and their new-borns in facilities after childbirth for inability to pay constitute other examples of obstetric violence. Obstetric violence also consists in the refusal to provide relief for pain during labour, if this refusal entails negative consequences for the woman's health. It has been argued that obstetric practices «inadvertently perpetuate VAW by using coercion»¹⁵¹. In the most severe cases, obstetric violence leads to the woman's death. As emphasised by an author, «this is a problem that resides at the intersection of astonishing progress in medical technology on the one hand, and regressive attitudes about the rights and responsibilities of pregnant women on the other»¹⁵². Obstetric violence has found legal recognition in few countries. Hence, for example, Venezuela's 2007 Organic Law on women's right to a life free from violence, first defined obstetric violence as «the appropriation of a woman's body and reproductive processes by health personnel, in the form of dehumanizing treatment, abusive medicalization and pathologisation of natural processes, involving a woman's loss of autonomy and of the capacity to freely make her own decisions about her body and her sexuality, which has negative consequences for a woman's quality of life¹⁵³.»

¹⁴⁸ S.G. DINIZ, A.F. PIRES LUCAS D'OLIVEIRA, S. Lansky, *Equity and Women's Health Services for Contraception, Abortion and Childbirth in Brazil*, in *Reproductive Health Matters*, 20, 2012, 97.

¹⁴⁹ The report is available, in Italian, at <https://ovoitalia.wordpress.com/> (last accessed on 26. August 2020).

¹⁵⁰ M.A. BOHREN, J.P. VOGEL, E.C. HUNTER et al., *The Mistreatment of Women during Childbirth in Health Facilities Globally: A Mixed-Methods Systematic Review*, in *PLoS Medicine*, 12, 2015, <https://journals.plos.org/plosmedicine/article/file?id=10.1371/journal.pmed.1001847&type=printable>. R. KHOSLA et al., *International Human Rights and the Mistreatment of Women During Childbirth*, in *Health and Human Rights Journal*, 18, 2016, 132. For Venezuela, see P. TERÁN et al., *Violencia obstétrica: percepción de las usuarias*, in *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, 73, 2013, 171; for Nigeria, I.I. OKAFOR, E.O. UGWU and S.N. OBI, *Disrespect and Abuse During Facility-Based Childbirth in a Low-Income Country*, in *International Journal of Gynaecology and Obstetrics*, 128, 2015, 110.

¹⁵¹ S. CHARLES, *Obstetricians and Violence against Women*, in *American Journal of Bioethics*, 11, 2011, 51.

¹⁵² E. NELSON, *Reconceiving Pregnancy: Expressive Choice and Legal Reasoning*, in *McGill Law Journal / Revue De Droit De McGill*, 49, 2004, 596.

¹⁵³ *Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*, available at www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf. R. PÉREZ D'GREGORIO, *Obstetric Violence: A New Legal Term Introduced in Venezuela*, in *International Journal of Gynaecology and Obstetrics*, 3, 2010, 201.

Article 51 of the same law contemplated some examples of obstetric violence, such as incapacity to respond to obstetric emergencies, forcing women to deliver lying on their backs with their feet in stirrups, preventing the mother and child from staying together after birth, altering the natural process of delivery by using induced labour without «voluntario, expreso e informado» consent, performing a coerced caesarean section when the conditions for a natural childbirth were present, without fully informed consent. The law requires the perpetrator («al responsable o la responsable», irrespective of gender) to pay a fine and a copy of the judgment to be sent to the professional association, which can decide whether to proceed against its member.

Obstetric violence violates the women's rights to health and reproductive health and restricts one's autonomy. From a feminist point of view, it is possible to argue that a male-centred society underestimates the harm caused to women during childbirth. If women are conceived as reproductive objects, and childbirth as a «normal» part of every woman's life, it is easier to understand why obstetric violence has only recently attracted interest. Women's suffering has always had a purpose: to serve society by giving birth to a child.¹⁵⁴

Obstetric violence is also hardly detectable and rarely reported, unless it leads to the most serious consequence, namely the death of the woman in labour. Few cases of obstetric violence have been dealt with at regional and domestic level as violation of human rights¹⁵⁵, the most relevant one being related to maternal mortality. In *Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil*, the CEDAW Committee, deciding a case of a young woman of Afro-Brazilian descent aged 28 who died because of the delay she experienced in receiving medical support after giving birth to a still-born foetus, rejected the argument presented by the state that Teixeira's death was non-maternal and that the probable cause of her death was digestive haemorrhage. The Committee was convinced that Teixeira's death had been linked to obstetric complications related to pregnancy, and that there was a link between gender and the possible medical errors committed¹⁵⁶. It found Brazil responsible for failure to control private institutions providing medical services, and that this was in violation of Article 2(e) CEDAW providing for the elimination of discrimination by any organisation or enterprise¹⁵⁷. According to the Committee, appropriate maternal health services in the State party had failed to meet «the specific, distinctive health needs and interests of women», which constituted a violation of Article 12 (2) CEDAW but also discrimination against women under Articles 12(1) and 2 CEDAW. It is interesting to note the emphasis put on the intersecting forms of discrimination that Teixeira suffered, «not only on the basis of sex, but also on the basis of her status as woman of African descent and her socio-economic background»¹⁵⁸. The convergence or association of the different elements – posited the Committee – «may have contributed to the failure to provide necessary and emergency care to her

¹⁵⁴ A. RICH, *Of Woman Born – Motherhood as Experience and Institution*, New York, 1976, 152–62.

¹⁵⁵ See, in that respect, S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit., 91 ff.

¹⁵⁶ *Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil*, CEDAW/ C/49/D/17/ 2008, 25 July 2011, Communication No. 17/2008 (CEDAW), para. 7.3. See the analysis in L. CABAL and S. PHILLIPS, *Reproductive Rights Litigation: From Recognition to Transformation*, in M. LANGFORD, C. RODRÍGUEZ-GARAVITO and J. ROSSI (eds), *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making It Stick*, Cambridge, 2017, 418–19.

¹⁵⁷ *Pimentel Teixeira*, cit., para. 7.5.

¹⁵⁸ *Pimentel Teixeira*, cit., para. 7.7.

daughter, resulting in her death»¹⁵⁹. Rebecca Cook contended that this was the first time that a UN treaty body considered discrimination in a country's healthcare system from the perspective of a poor woman belonging to a minority, and the first time that maternal death was declared to be preventable, «and when governments fail to take the appropriate preventive measures, that failure violates women's human rights»¹⁶⁰. The Committee concluded that the State had violated the principle of non-discrimination by failing to accommodate sex-specific health care¹⁶¹. The Committee presented several recommendations to Brazil, including ensuring «women's right to safe motherhood and affordable access for all women to adequate emergency obstetric care»; providing «adequate professional training for health workers, especially on women's reproductive health rights»; and ensuring that private health care facilities comply with relevant national and international standards on reproductive health care. The State was asked to provide adequate financial compensation to the relatives of Teixeira, «commensurate with the gravity of the violations against her»¹⁶². After ten years, in 2013, the Rio de Janeiro Trial Court eventually awarded moral damages and a pension to Teixeira's daughter, retroactively from her mother's death until she turned 18.

4.2. Examples taken from the practice

Women in all countries in the world, no matter how advanced these countries are, have experienced obstetric violence, and this form of gender-based violence has exacerbated in times of pandemic, as reported by *OpenDemocracy*¹⁶³. Women have told to *OpenDemocracy* their experiences of: birth companions banned from hospitals – in some cases even after other lockdown restrictions have been lifted; forcible separation from newborns and being prevented from breastfeeding – despite no evidence that breast milk can transmit coronavirus; pain medication withheld because hospital resources including anaesthesiologists were diverted to the COVID-19 response; procedures performed without their consent, including caesarean sections, induced labour and episiotomies, to speed up labour¹⁶⁴. The map of cases of obstetric violence prepared by *OpenDemocracy* is the most complete available and zooms in on a problem that is often underestimated. Even though it is constantly updated, it will not be able to take into account all cases of obstetric violence women have suffered.

The pandemic, or, more importantly, the measures adopted during the lockdown, have worsened obstetric violence in a way that goes beyond hospital premises. Hence, for example, in Uganda it was reported that at least three pregnant women died because they could not reach the hospital owing to transport restrictions¹⁶⁵. The probably unique (at least so far) research that has been elaborated connecting obstetric violence to the pandemic has shown that some of the restrictions and interven-

¹⁵⁹ *Pimentel Teixeira*, cit., para. 7.7.

¹⁶⁰ R.J. COOK, *Human Rights and Maternal Health: Exploring the Effectiveness of the Alyne Decision*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2013, 108–9.

¹⁶¹ On State compliance, see also K.L. CALDWELL, *Health Equity in Brazil: Intersections of Gender, Race, and Policy*, Champaign, 2017, chap. 5.

¹⁶² *Pimentel Teixeira*, cit., para. 8.1.

¹⁶³ <https://www.opendemocracy.net/en/5050/womens-rights-during-childbirth-help-us-track-globally/> (last accessed on 26. August 2020).

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ N. ARCHER, C. PROVOST, *Global Investigation – Disturbing Treatment of Women in Childbirth During COVID-19*, in <https://bit.ly/3jSQ2yk> (last accessed on 26. August 2020).

tions being implemented in childbirth due to the CoViD-19 outbreak were not necessary, not based on scientific evidence, disrespecting human dignity and not proportionate to achieve the objective of limiting the spread of the virus¹⁶⁶. Thus, for example, the choice without adequate informed consent of caesareans or instrumental deliveries, the prohibition of companionship during labour, immediate separation and isolation from the newborn, and the prevention of breastfeeding, can be all considered examples of obstetric violence in times of pandemic¹⁶⁷. In China, it was reported that «all babies were delivered by caesareans without giving convincing reasons for such intervention»¹⁶⁸.

4.3. States' obligations in times of emergency with regard to obstetric violence prevention

The question is which obligations States must abide by under international human rights law to prevent obstetric violence, and whether maternal health services are «essential». With regard to the first aspect, it is striking to see how law has provided «little significance to pregnancy as a source of rights worthy of consideration or as a special status needing of protection. In recent jurisprudence and quasi-jurisprudence, however, State obligations have evolved»¹⁶⁹. An obligation to adopt laws that supply a legal framework for the provision of services to which women can have access can be identified, though: for example, a law that allows free access for poor women to prenatal, natal and post-natal services. An Indian Court required the state to provide access to hospital to women in labour, so they would not be obliged to give birth in the streets¹⁷⁰. There is no coherent State practice or jurisprudence on home birth, regulation of which is left within the State's margin of appreciation, as emerged in the *Dubská and Krejzova v. Czech Republic* case decided by the ECtHR¹⁷¹. It is worth mentioning, however, the opinion of five dissenting judges in *Dubská* who, although recognising that States have a wide margin of appreciation in regulating home births, concluded that the interference in *Dubská's* right to respect for private and family life had been unnecessary in a democratic society¹⁷². The dissenting judges explained that the single-option birth model, which stemmed from a regulation imposing strict requirements on maternity clinics, was *per se* problematic with regard to Article 8 ECHR. In cases of low-risk pregnancies in women who were not first-time mothers, the interference was not considered to be justified¹⁷³. One might argue that, in times of pandemic, home birth might have its advantages for the protection of the woman's and the newborn's health.

In *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, the Inter-American Court of Human Rights contended that «States must *design* appropriate health-care policies that permit assistance to be provided by personnel who are adequately trained to attend to births, policies to prevent maternal mortality with adequate prenatal and post-partum care, and legal and administrative instruments for

¹⁶⁶ M. SADLER, G. LEIVA, I. OLZA, *COVID-19 as a Risk Factor for Obstetric Violence*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 28(1), 2020, 1 ss.

¹⁶⁷ *Ivi*, 1.

¹⁶⁸ *Ibid*.

¹⁶⁹ P. LAUFER-UKÉLES, *The Disembodied Womb: Pregnancy, Informed Consent and Surrogate Motherhood*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 43, 2018, 4.

¹⁷⁰ *Court of its own motion v. Union of India*, Judgment of 12 January 2011, W.P. (C) 5913/2010. Delhi High Court.

¹⁷¹ ECtHR, *Dubská and Krejzová v. Czech Republic* (Appl. No. 28859/11 and 28473/12), 15 November 2016.

¹⁷² Dissenting opinion of judges Sajó, Karakaş, Nicolaou, Laffranque and Keller, para. 25.

¹⁷³ Dissenting opinion, para. 35.

health-care policies that permit cases of maternal mortality to be documented adequately,» and added that «pregnant women require special measures of protection»¹⁷⁴. Special measures of protection are *a fortiori* needed during health emergencies.

In the ground-breaking decision *Alyne da Silva Pimentel Teixeira*, concerning the death of the applicant's daughter as a consequence of complications during childbirth, the CEDAW Committee presented several recommendations to the State. For example, the State was required to ensure to pregnant women access to «safe motherhood and affordable access for all women to adequate emergency obstetric care», and «that adequate sanctions are imposed on health professionals who violate women's reproductive health rights»¹⁷⁵. «Affordable» might mean, in certain circumstances such as emergency maternal care, that the service, at least a minimum service, must be provided free of charge. This «minimum level» was evoked by the High Court of Delhi, which, in *Laxmi Mandal*, reflected on the «minimum standard of treatment and care in public health facilities, and in particular the reproductive rights of the mother»¹⁷⁶.

It can be argued that there are obligations stemming from international human rights law regarding the provisions of services for maternal health. What is missing, however, is a decision by a regional human rights court on obstetric violence. This practice, as anticipated, is seen more as an issue of malpractice than as a violation of human rights. However, forms of obstetric violence, often «normalised» and considered as part of the experience of childbirth, even when they do not lead to the most severe consequence, can be said to amount to torture, inhuman or degrading treatment.

Concerning the second aspect, namely whether maternal health services are «essential», the ESCR Committee, in its General Comment No. 22, even though it did not specifically address emergency situations, explained that «special measures, both temporary and permanent, are necessary to accelerate the *de facto* equality of women and to protect maternity»¹⁷⁷. The provision of maternal health services, despite not being explicitly among the core obligations identified in the General Comment, can fall within the recommendation to «guarantee universal and equitable access to affordable, acceptable and quality sexual and reproductive health services, goods and facilities», and to «provide medicines, equipment and technologies essential to sexual and reproductive health»¹⁷⁸. On the level of «essentiality» linked to maternal health services in times of COVID-19 pandemic, in the interim guidance *Clinical management of severe acute respiratory infection (SARI) when COVID-19 disease is suspected*, published on 13 March 2020, the WHO clearly addressed the need for caring pregnant women with CoViD-19¹⁷⁹. Explaining that there is no evidence of mother-to-child transmission when infection manifests in the third trimester, the WHO recommended that:« pregnant women with suspected, probable, or confirmed CoViD-19, including women who may need to spend time

¹⁷⁴ Inter-American Court of Human Rights, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24 August 2010, para. 233. Emphasis added.

¹⁷⁵ *Pimentel Teixeira*, cit., para. 8.

¹⁷⁶ *Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar* (2010) 172 D.L.T. 9 (High Court in Delhi, India), para. 2.

¹⁷⁷ GC No. 22 (2016), cit., para. 27.

¹⁷⁸ Ivi, para. 49, letters c) and g).

¹⁷⁹ WHO, *Clinical Management of Severe Acute Respiratory Infection (SARI) when COVID-19 Disease is Suspected*, 13. March 2020 <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331446/WHO-2019-nCoV-clinical-2020.4-eng.pdf> (last accessed on 26. August 2020).

in isolation, should have access to woman-centred, respectful skilled care, including obstetric, fetal medicine and neonatal care, as well as mental health and psychosocial support, with readiness to care for maternal and neonatal complications¹⁸⁰.»

With regard to breastfeeding, the WHO suggested that «infants born to mothers with suspected, probable, or confirmed CoViD-19 should be fed according to standard infant feeding guidelines, while applying necessary precautions», and that «symptomatic mothers who are breastfeeding or practising skin-to-skin contact or kangaroo mother care should practice respiratory hygiene, including during feeding (for example, use of a medical mask when near a child if the mother has respiratory symptoms), perform hand hygiene before and after contact with the child, and routinely clean and disinfect surfaces with which the symptomatic mother has been in contact»¹⁸¹.

5. Concluding remarks

This article has zoomed in on a neglected aspect of the pandemic and of the measures adopted to respond to it, namely the impact on women's health and reproductive health. Using the health emergency as an excuse, States have adopted policies – or have not prevented the adoption of certain practices by the hospitals – which have jeopardised women's reproductive health, exacerbating already existing patterns of discrimination rooted in societies. One can counter-argue that everyone is asked to suffer some limitations as a consequence of the pandemic. However, we cannot agree with the American judge that compared the limitations for people to have access to a gun shop to the ones women have suffered because they could not have access to abortion services¹⁸². The situations are not comparable because, as we argued in this article, States bear legal obligations under international human rights law to provide access to maternal health services and to abortion and post-abortion services and this access must be granted at all times to protect women's right to health and reproductive health. In some cases, as the jurisprudence of human rights courts and the quasi-jurisprudence of UN treaty bodies have determined, a denial that causes «severe anguish» can amount to torture, inhuman or degrading treatment. In times of emergency, essential services, including access to abortion services and maternal health services, must be granted. The objection that all medical supplies must be devoted to addressing the emergency and that practitioners are forced to use them to save the lives of those affected by the coronavirus is quite misplaced. It should not be whom practitioners are going to save, but rather who bears the responsibility for having to make this choice as a consequence of the failure of States in the adoption of measures of preparedness to possible pandemics, and as a consequence of the inefficient, discriminatory and not affordable access to basic health services and medicines¹⁸³. The pandemic has exacerbated, not created *ex novo*, constraints in the provision of health services, and, with specific regard to women, it has reproduced forms of systemic discrimination on the basis of gender. It is striking to see how women's right to re-

¹⁸⁰ *Ivi*, 10.

¹⁸¹ *Ivi*, 12.

¹⁸² See above, para. 3.2.

¹⁸³ On this specific aspect, see S. DE VIDO, *Health as a Tipping Point*, in J. D'ASPREMONT and J. HASKELL (eds), *Tipping Points in International Law*, Cambridge, forthcoming.

productive health, whose evolution has been briefly reported in these pages, still faces enormous difficulties to be recognised as worthy of protection at all times.

Focus on



Le ricadute dell'emergenza sanitaria sulle procedure di fecondazione assistita

Maria Pia Iadicicco*

THE IMPACT OF THE PANDEMIC EMERGENCY ON MEDICALLY ASSISTED PROCREATION PROCEDURES

ABSTRACT: The paper analyzes the impact of CoViD-19 emergency on medically assisted procreation procedures. The aim is to draw from this specific case some ideas for a wider reflection on the issue of assisted fertilization and on the constitutional rights involved.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; medically assisted procreation; constitutional rights and freedoms; health

SOMMARIO: 1. PMA e CoViD-19. Un'occasione per più ampie riflessioni – 2. La cornice normativa e provvedimento della riorganizzazione delle attività sanitarie – 3. Il fattore età nella PMA: il requisito soggettivo dell'«età potenzialmente fertile» nella legge n. 40/2004 – 4. Il limite di età come condizione di erogabilità dei LEA.

1. PMA e CoViD-19. Un'occasione per più ampie riflessioni

L'eccezionalità dell'esperienza vissuta – e che stiamo a tutt'oggi vivendo – a causa della pandemia da CoViD-19 è stata evidenziata in tutti gli oramai innumerevoli scritti sul tema. Al riguardo e seppur con accenti diversi, si è unanimemente rimarcato come questa vicenda abbia fatto emergere paure e fragilità dell'umano, tanto più inusuali in un tempo in cui si è stati più avvezzi ad esaltarne la potenza, l'audacia e la capacità di superare ogni limite. Ognuno è stato costretto a vivere, in maniera inusuale, il rapporto con il proprio corpo, con le emozioni e con il tempo; siamo stati indotti a riscrivere, pur in via provvisoria, il palinsesto della nostra vita privata, familiare, di relazione e professionale, con effetti che, comunque, si riverseranno anche oltre l'emergenza.

Nel coro delle voci degli studiosi¹ che si sono cimentati nell'analisi di questa emergenza, l'attenzione della dottrina costituzionalistica si è appuntata principalmente sui profili formali e sostanziali delle fonti normative e dei provvedimenti approvati per reagire all'emergenza, analizzando il loro impatto sui diritti costituzionali, sulla forma di governo e sull'articolazione dei rapporti tra Stato e autonomie

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli". Mail: maripia.iadicicco@unicampania.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ La precisazione è d'obbligo e rinvia all'annoso dibattito epistemologico sul metodo della scienza e della ricerca scientifica. Non si può non notare infatti che, specie in ragione del confinamento, il diffondersi di notizie sul virus e sull'epidemia nella rete internet abbia accresciuto notevolmente le note problematiche relative alla disinformazione scientifica e alla comunicazione, favorendo oltremodo il diffondersi di catene informative, non di rado prive di alcuna attendibilità.

territoriali². Si sono riscontrate al riguardo plurime letture, anche se non proprio divaricate, talvolta distanti, pure nel lessico utilizzato (mai neutrale)³, oltretutto nelle valutazioni circa la legalità e legittimità degli atti adottati.

Le brevi osservazioni che seguiranno si concentrano sulle ricadute dell'emergenza sui trattamenti di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi PMA) con ciò intendendo⁴ l'insieme delle tecniche medico-specialistiche che supportano la fase della fecondazione e di formazione dell'embrione nel processo riproduttivo.

L'oggetto pur circoscritto di questa riflessione disvela percorsi di analisi più ampi e ciò per molteplici ragioni. In primo luogo, la PMA è da ricondursi entro la più ampia cornice degli interventi medici finalizzati al sostegno della salute sessuale e riproduttiva, tutti evidentemente coinvolti, seppur non in identica misura, dallo scoppio della epidemia. L'emergenza CoViD-19 ha, infatti, fatto emergere la necessità di riorganizzare tutti i servizi sanitari (forme, tempi e modalità di accesso alle prestazioni) in

² Impossibile tener conto dell'immensa mole degli scritti dedicati all'emergenza sanitaria da CoViD-19. Per una rassegna della letteratura, soprattutto costituzionalistica, si veda *Articoli, paper e post blog apparsi in altre riviste e piattaforme online (Aggiornato al 21 luglio 2020)*, a cura di F. APERIO BELLA e M. MALVICINI, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19 – Rassegna di documentazione*.

³ Ci si riferisce al ricorrente e talvolta confuso richiamo a nozioni come "stato di eccezione", "stato di guerra", "sospensione dell'ordine costituzionale" e, in relazione ai diritti costituzionali, "annullamento", "soppressione", "congelamento", "restrizione", "limitazione", "bilanciamento". Si tratta di concetti e categorie sulle quali indubbiamente questa pandemia ha contribuito a rinnovare l'attenzione, anche in vista di maggiori precisazioni; purtuttavia non si può dimenticare che essi hanno una consolidata dimensione giuridica, una portata e «contorni giuridici (sia pur relativamente) precisi», che non ne consentono un'evocazione a cuor leggero o una indistinzione, nè la piena fungibilità. Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *RivistaAic.it*, 2, 2020, 112.

⁴ Si fa qui ricorso all'espressione "procreazione", fatta propria dallo stesso legislatore del 2004 per designare la procreazione medicalmente assistita, in luogo di altra terminologia (anche più ricorrente) nella letteratura medica e biologica, come "riproduzione". Per un'attenta analisi etimologica e semiologica del termine procreazione, v. A. GORASSINI, *Procreazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, §2, per il quale questa espressione designa specificamente la generazione umana ed è da preferire a quella di riproduzione, riferita invece a quella animale e vegetale. Critica invece l'uso del termine "procreazione" in luogo di quello di "riproduzione", M. MORI, *La riproduzione assistita umana. Paradigmi a confronto con uno sguardo sui problemi posti dalla legge 40/2004*, in M. AZZALINI (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Roma, 2015, 20. Evidenzia l'«errore» compiuto dal legislatore nell'uso delle parole procreazione, fecondazione e riproduzione in base al loro significato scientifico anche F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020, 40 ss. che ne rimarca altresì la chiara scelta sottesa: «quello contenuto nel titolo della legge n. 40 non è, allora, solo un errore semantico, che origina dalla confusione fra le parole fecondazione e/o riproduzione e procreazione, ma è una precisa scelta che rivela l'intento del legislatore, poi confermato nel contenuto della legge, di orientare l'intera disciplina proprio alla "procreazione", intesa in senso neutro, come atto che non appartiene più solo alla donna, ma che è riferito ad una coppia, formata da un uomo e una donna, cui si aggiunge un medico, le cui valutazioni, nell'impostazione della disciplina, giungono, come vedremo, a sostituirsi all'autonomia della donna nelle decisioni sul suo corpo» (*ivi*, 42). Oltre all'asimmetria dei sessi nel processo procreativo (più che al riferimento dell'intero processo alla sola donna), bisogna in effetti considerare, ad ulteriore riprova della scelta ideologica sottesa alla legge n. 40/2004, che, a stretto rigore, il supporto medico-specialistico non investe tutte le fasi del processo o ciclo riproduttivo, ma principalmente quella della fecondazione con ulteriori distinzioni che derivano dalla specifica tecnica utilizzata.

ragione tanto dell'urgenza di contenere il rischio trasmissivo, quanto di prestare prioritaria attenzione ai malati di CoViD-19⁵.

Tra le prestazioni sanitarie relative alla sfera sessuale e riproduttiva maggiormente coinvolte dall'emergenza sanitaria deve certamente annoverarsi quella di interruzione volontaria della gravidanza (IVG) e ciò tenuto conto, in particolare, della profonda significanza e delle ripercussioni, su presupposti e forme di accesso alla stessa, determinati dal decorso del tempo. Sebbene, infatti, nel nostro ordinamento giuridico la praticabilità dell'aborto volontario non sia stata impostata, dalla legge n. 194 del 1978, sul sistema dei termini, ma su quello degli indicatori⁶, il decorso del tempo assume rilievo fondamentale per la valutazione delle condizioni legittimanti, degli accertamenti da svolgere e degli interventi praticabili per l'IVG nel primo trimestre o in quello successivo⁷. Fermo restando infatti che l'aborto può essere legittimamente praticato solo in caso di (serio o grave) pericolo per la salute della donna, dopo il primo trimestre il più avanzato grado di sviluppo del concepito e la maggiore pericolosità di un intervento chirurgico effettuato a gestazione progredita rendono necessario il ricorso a cautele particolari. Di qui la peculiare rilevanza del "fattore tempo" nelle pratiche di IVG, in ragione della quale, proprio all'indomani dello scoppio dell'epidemia e della riprogrammazione dei servizi sanitari, si è sviluppato un profondo dibattito non solo in Italia ma anche in altri Stati⁸, e ciò nonostante le non marginali distanze che possono riscontrarsi nella regolamentazione giuridica dell'aborto volontario. Nel nostro Paese, la discussione si è concentrata principalmente sui limiti di ricorso all'aborto farmacologico, già presenti prima della diffusione del nuovo coronavirus e resi solo più evidenti dall'emergenza sanitaria⁹, talvolta "cavalcata" proprio per restringere la praticabilità di interventi sanitari c.d. eticamente controversi¹⁰. Nel caso di specie, l'esito è stato quello

⁵ Sulla riduzione delle prestazioni sanitarie in vista dell'esigenza di soddisfare la crescente necessità di ricovero dei pazienti più critici affetti da CoViD-19, v. le Circolari del Ministero della Salute n. 2619 del 29 febbraio 2020 (*Linee di indirizzo assistenziali del paziente critico affetto da covid-19*) e n. 2627 del 1° marzo 2020 (*Incremento disponibilità posti letto del Servizio Sanitario Nazionale e ulteriori indicazioni relative alla gestione dell'emergenza COVID-19*). Anche queste scelte non sono state esenti da critiche da parti di quanti hanno rilevato una sorta di discriminazione tra pazienti "di serie A" e pazienti "di serie B". Più ampiamente sui noti e non del tutto inediti problemi giuridici (oltre che etici) derivanti dall'adozione di criteri di selezione dei malati per l'accesso a trattamenti di sostegno vitale, v. C. CASONATO, *Salute ed eguaglianza alla prova dell'emergenza*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia*, Collana di studi di *Consulta OnLine*, 2019, 120 ss.

⁶ Sui modelli di regolamentazione dell'IVG e su quello accolto nell'ordinamento italiano, si v. da ultimo l'ampio studio di B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017, 432 ss. e 461 ss.

⁷ Cfr. artt. 4-8 L. n. 194 del 1978.

⁸ Si veda, ad esempio, la discussione e gli sbocchi giudiziari delle decisioni assunte in alcuni Stati federati e dall'Amministrazione federale statunitense in materia di aborto e contraccezione, su cui L. PELUCCHINI, *L'aborto ai tempi del Covid-19: un diritto in bilico tra essenzialità e non-essenzialità nel panorama statunitense*, in *Diritticomparati.it*, 14 maggio 2020; E. CHIEREGATO, *La Corte Suprema e gli ultimi episodi della culture war su aborto e contraccezione: un commento a Little Sisters of the Poor v. Pennsylvania (2020)*, *ivi*, 10 settembre 2020.

⁹ Molto efficacemente sul punto, F. GRANDI, *L'aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine": l'ultima trincea dell'effettività del servizio di interruzione della gravidanza*, in *OsservatorioAic.it*, 5, 2012.

¹⁰ Pare evidente infatti che tanto l'IVG, quanto la PMA – pur nelle peculiarità che connotano ciascuna esperienza specifica – rientrano nel novero delle prestazioni sanitarie (praticate cioè da personale che abbia specifiche competenze tecnico-specialistiche) eticamente controverse, in quanto coinvolgenti necessariamente

dell'approvazione di un *Aggiornamento delle Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine*, con il quale sono stati rivisti i limiti temporali e le modalità di somministrazione riportate nelle linee-guida del 2010; ma soprattutto l'esperienza maturata durante l'epidemia da CoViD-19 ha rinfocolato il dibattito, mai sopito, relativo alla natura dei diritti rivendicati da quanti pretendono l'accesso alle prestazioni sanitarie di IVG (diritto alla salute della madre; autodeterminazione della donna su ogni decisione inerente il proprio corpo, diritto alla privacy) e, come si avrà modo di osservare, anche di PMA (diritto a diventare genitore, diritto alla salute della coppia, interesse allo sviluppo demografico).

Un ulteriore motivo di più ampia riflessione, muovendo dall'analisi specifica delle ricadute dell'emergenza sanitaria sulle procedure di PMA, è offerto dalla valutazione dell'impatto asimmetrico dell'epidemia. Da più parti si è evidenziato come essa abbia colpito più duramente soggetti già vulnerabili, perché già malati o bisognosi di assistenza o anche solo perché socialmente più deboli¹¹. Ma, non di meno, non sono mancati studi che hanno focalizzato l'attenzione sull'impatto, sempre asimmetrico, dell'epidemia rispetto al genere¹². Ed in questo senso, proprio tutte le vicende legate alla riproduzione, ivi comprese la PMA, rappresentano uno dei terreni elettivi per l'approfondimento di questo profilo, in quanto consentono di mettere in luce il differente contributo maschile e femminile alla procreazione¹³ e le specificità legate alla salute riproduttiva delle donne¹⁴. Inoltre, anche in

convincimenti individuali e concezioni sociali sulla vita umana (e, in particolare sul suo inizio), sulla tutela da riconoscere alla vita nascente, nonché le idee di famiglia e genitorialità, idee che possono (e solitamente sono in società plurali) anche molto distanti tra di loro. È comunque molto importante non confondere le diverse dimensioni delle problematiche in parola, onde evitare inappropriati slittamenti di piano e trascurando che questi temi chiamano in causa anche diritti costituzionali. Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 3: «il riferimento alla dimensione della delicatezza etica [...] non può costituire il pretesto per legittimare ogni e qualsiasi posizione al riguardo, come se si potesse dire tutto e il contrario di tutto, né deve far dimenticare che si tratta di vicende che coinvolgono pienamente il diritto (spesso costituzionale) e i diritti (spesso fondamentali)».

¹¹ Cfr. C. CASONATO, *op. cit.*; D'ALOIA, *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 1, 2020, 20; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *OsservatorioAic.it*, 3, 2020, 117 ss.; G. DE MINICO, *Relazione introduttiva*, in ID., M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia*, cit., 2 ss.; M. D'AMICO, *Emergenza sanitaria e i diritti dimenticati*, *ivi*, 96 ss.

¹² M. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 97 ss.

¹³ Cfr., nel dibattito costituzionalistico italiano e seppur in diversa prospettiva L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006; B. PEZZINI, *La riproduzione al centro della questione di genere. Premesse per un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della GPA (gravidanza per altri)*, in C. BELLONI, A. BOSIA, A. CHIARLONI, C. SARACENO (a cura di), *CIRSDe. Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere. Atti del Convegno*, Torino, 2018, 88 ss.; S. NICCOLAI, *Surrogacy e principio mater semper certa in dialettica, per riscoprire il valore del materno*, *ivi*, 108 ss.; nonché i contributi sul tema delle stesse Autrici da ultimo raccolti nel volume curato da B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019.

¹⁴ Sull'impatto del CoViD-19 sulla salute delle donne, si vedano gli approfondimenti pubblicati nella pagina web dell'Istituto Superiore di sanità, <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-differenze-generi>. Ma per una più ampia riflessione sull'approccio di genere nella medicina e in sanità v. anche A. LORENZETTI, *L'accesso a beni e servizi sanitari come prisma dell'uguaglianza, fra non discriminazione, parità e diritto alla differenza: verso la formulazione di un principio di antisubordinazione di genere*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo*, cit., 252 ss.

questa occasione, si è avuta l'opportunità di riflettere ulteriormente sulle conseguenze derivanti dall'inquadramento della PMA in una prospettiva terapeutica, tale comunque da non mortificare l'autodeterminazione delle donne o rafforzare concezioni ancora (r)esistenti attorno al c.d. sesso debole.

In sostanza, quindi, pure l'emergenza da CoViD-19 ha spinto ad approfondire la questione nodale dei diritti sottesi all'accesso a tali prestazioni sanitarie, consentendo di rimarcare il profondo legame, di condizionamento reciproco, esistente tra effettività dei diritti e organizzazione amministrativa e, in specie, tra diritto alla salute ed organizzazione sanitaria¹⁵, nonché di rivelare l'appropriatezza, se non proprio la necessità, di un approccio alle tematiche procreative secondo una prospettiva di genere.

Non da ultimo e in stretta connessione con quanto accennato, l'impatto dell'emergenza sanitaria ha palesato ancor di più la stretta concatenazione che tiene insieme libertà, diritti, doveri e responsabilità nel nostro ordinamento giuridico, fondato su principi supremi, come quelli enunciati nell'art. 2 Cost., la cui «architettura»¹⁶ rivela il legame tra riconoscimento dei diritti e adempimento dei doveri di solidarietà.

2. La cornice normativa e provvedimentale della riorganizzazione delle attività sanitarie

Per compiere il percorso di riflessione appena abbozzato è opportuno ricostruire preliminarmente il quadro normativo e delle misure adottate in relazione all'oggetto specifico di nostro interesse.

Al rapido infittirsi degli atti adottati dal Governo (e dal Presidente del Consiglio dei ministri) e dalle Regioni per il contrasto e il contenimento della diffusione del nuovo coronavirus, recanti generali misure restrittive o anche solo raccomandazioni su comportamenti da tenere o evitare per impedire la diffusione del contagio, si sono affiancati alcuni provvedimenti dedicati propriamente ai trattamenti di PMA. Tra questi, prima in ordine temporale, è intervenuta la nota congiunta¹⁷, diramata il 17 marzo 2020, dal Centro Nazionale Trapianti e dal Registro di PMA. In essa si raccomandava¹⁸, nonostante l'assenza di evidenze scientifiche circa la trasmissione del virus attraverso l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita, l'adozione di alcune cautele e, precisamente, la sospensione della pratica della donazione di gameti per soggetti che avessero avuto diagnosi d'infezione da Covid19 o anche soltanto potenziale contagio e si sollecitava i centri di PMA, che si fossero avvalsi di gameti provenienti da banche estere, ad acquisire certificazioni supplementari sulla previa valutazione negativa del rischio di infezione per il donante. Nella Nota si suggeriva altresì di sospendere «in via prudenziale» l'attività ambulatoriale e ogni trattamento (con o senza donazione di gameti) per le coppie che non avessero ancora iniziato la stimolazione ormonale e che non presentassero «indicazioni di ur-

¹⁵ A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Diritto Pubblico*, 2008, 407 ss.

¹⁶ Si riprende testualmente l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 114 del 2019, richiamata anche da M. D'AMICO, *op. cit.*, 50.

¹⁷ *Misure di prevenzione della trasmissione dell'infezione da nuovo Coronavirus (SARS-CoV-2) in Italia per le cellule riproduttive e i trattamenti di PMA (procreazione medicalmente assistita). Aggiornamento del 13.3.2020.*

¹⁸ È da segnalare che, in premessa, il Centro Nazionale Trapianti e il Registro PMA hanno precisato la loro natura di organismi tecnici, in quanto tali non competenti a dare indicazioni vincolanti sull'esecuzione o meno di trattamenti sanitari o sull'adozione di misure organizzative, in quanto trattasi di materia di competenza regionale.

genza al trattamento per età o situazione sanitaria». Tra le prestazioni ritenute urgenti e perciò non differibili, si raccomandava di ricomprendere anche quelle di crioconservazione dei gameti finalizzate alla preservazione della fertilità in soggetti oncologici o da sottoporre a terapie gonadotossiche.

Il crescente rischio di espansione dell'epidemia, oltre le zone più circoscritte inizialmente colpite da contagi, ha indotto, come noto, le autorità competenti ad adottare misure più restrittive valide sull'intero territorio nazionale ed, in particolare e per quanto di nostro specifico interesse, ad approvare atti volti ad assicurare l'omogeneità delle misure di riorganizzazione delle attività ospedaliere e ambulatoriali, affidate alla competenza regionale. Con la Circolare del Ministero della Salute n. 7422 del 16 marzo 2020¹⁹ si è indicata una più chiara distinzione tra attività (ambulatoriali e di ricovero)²⁰ procrastinabili, e perciò da riprogrammare alla luce degli sviluppi epidemiologici della diffusione del virus, e attività non procrastinabili, considerate clinicamente indifferibili in base alla valutazione del rapporto rischio-beneficio. Ulteriori indicazioni operative sono state fornite con la circolare di aggiornamento del 25 marzo 2020²¹ nella quale si è ribadita la sospensione di tutte le attività di ricovero ospedaliero, ad eccezione di quelle considerate non procrastinabili²². Contestualmente alla sospensione si sollecitavano gli organi competenti a riprogrammare le attività considerando però tutta la rete di offerta ospedaliera, tanto pubblica, quanto privata. Infine, e nell'ottica di fornire ancora maggiori chiarimenti funzionali ad assicurare l'omogeneità delle misure adottate, con la circolare n. 8076 del 30 marzo 2020²³ si raccomandava di includere nelle attività non procrastinabili, sia ambulatoriali che di ricovero, tutte una serie di prestazioni ivi comprese alcune «volte alla tutela della salute materno-infantile», tra le quali al punto 26 figuravano anche le procedure di PMA (Procreazione medicalmente assistita) «esclusivamente per pazienti già in trattamento che devono effettuare prelievo ovocitario ed embriotransfer».

Da questo iniziale rapido *excursus* dei provvedimenti adottati possono trarsi alcune prime considerazioni di particolare interesse: in primo luogo, deve rimarcarsi che, anche con riguardo al rischio di trasmissione del virus attraverso l'applicazione delle tecniche di PMA, le decisioni prese siano state assunte in condizioni di incertezza e sulla base del principio di precauzione. In questo senso, anche in ambito riproduttivo si sono posti i ricorrenti dubbi sull'applicazione del principio in parola e in particolare sulla proporzionalità delle misure restrittive adottate, portando ulteriormente a galla il nodo di fondo relativo al rapporto tra valutazioni tecnico-scientifiche e decisione politica²⁴. In secondo luo-

¹⁹ *Linee di indirizzo per la rimodulazione dell'attività programmata.*

²⁰ Rese nell'ambito del SSN.

²¹ *Aggiornamento delle linee di indirizzo organizzative dei servizi ospedalieri e territoriali in corso di emergenza COVID-19.*

²² Precisando che tra queste rientravano i ricoveri in regime di emergenza e i ricoveri elettivi oncologici e quelli non oncologici con classe di priorità A (come definita dal PNGLA 2019-2021, di cui all'Intesa Stato-Regioni 21.02.2019).

²³ *Chiarimenti: Linee di indirizzo per la rimodulazione dell'attività programmata differibile in corso di emergenza da COVID-19.*

²⁴ Su cui v. almeno A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 119 ss., e il precedente e più ampio studio ID., *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in www.biodiritto.org.

go e a prescindere dalle incertezze legate alla trasmissione perinatale del virus – che invero interessano anche le gravidanze avviate senza inseminazione o fecondazione assistita –, la necessaria mobilità dei pazienti (talvolta anche interregionale) e il coinvolgimento di plurime strutture necessarie per il completamento del percorso di PMA hanno indotto ad assumere particolari cautele, che si sono tradotte, in sostanza, nella sospensione di quasi tutti i trattamenti. In terzo luogo, anche durante questa fase sospensiva si è posta l'esigenza di definire quali prestazioni legate alla salute sessuale e riproduttiva dovessero considerarsi urgenti e dunque non procrastinabili.

Con avvio della c.d. "fase due" e dell'allentamento graduale delle misure restrittive e precauzionali precedentemente assunte, anche il quadro specifico relativo alle attività di PMA è stato modificato. Il 5 maggio è stata diramata una nuova nota tecnica del Registro Nazionale PMA e del Centro Nazionale Trapianti²⁵ che, tenuto conto dei documenti assunti da società scientifiche nazionali e internazionali, ha inteso offrire alcune indicazioni, per la graduale ripresa dell'attività di PMA all'insegna della sicurezza per i pazienti e gli operatori sanitari coinvolti; ferme restando le determinazioni assunte dalle Regioni in materia, anche in questa fase si è poi inteso assicurare una certa omogeneità nella riorganizzazione dei servizi sanitari. In particolare, nella nota si raccomandava, oltre all'assunzione di ulteriori precauzioni per le pratiche di donazioni dei gameti²⁶, di assicurare, nella riprogrammazione delle attività, la priorità agli interventi sospesi durante la fase precedente e a quelli rivolti a coppie che, per ragioni di età o condizioni cliniche, avessero urgenza di avviare il percorso di PMA (si pensi ad esempio alle coppie la cui partner femminile presentasse una ridotta riserva ovarica).

3. Il fattore età nella PMA: il requisito soggettivo dell' «età potenzialmente fertile» nella legge n. 40/2004

Come si è avuto modo di verificare, tanto durante la sospensione delle attività di PMA, quanto e soprattutto in occasione della ripresa dei trattamenti, uno dei profili venuti in rilievo è stato quello dell'età dei pazienti e, più precisamente, delle donne, in quanto strettamente collegato prima alla determinazione dell'urgenza dell'intervento e poi alla fissazione delle priorità nella fase della ripresa. In questo senso, è possibile rilevare sin d'ora l'importanza del "fattore tempo" anche nell'ambito dei procedimenti di PMA (oltre a quelli di IVG) ed una differente valutazione legata al sesso e alle caratteristiche biologiche degli uomini e delle donne.

Attesa la rilevanza della questione, anche su sollecitazione di diverse associazioni²⁷ e società scientifiche²⁸, alcune Regioni hanno deciso di prorogare i termini per l'inizio dei trattamenti per le pazienti in

²⁵ *Misure di prevenzione della trasmissione dell'infezione da nuovo Coronavirus (SARS-CoV-2) in Italia nell'ambito delle attività che comportino prelievo ed utilizzo di cellule riproduttive e dei trattamenti di PMA.* Poco prima, il 2 maggio 2020, il Registro Nazionale della Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS) aveva avviato un'indagine conoscitiva sulle attività di PMA svolte in Italia durante la pandemia da COVID-19, per valutarne l'impatto nelle diverse realtà regionali e nei diversi contesti assistenziali.

²⁶ Menzionando per la prima volta, accanto ai casi di utilizzo di banche estere e di donazioni "pure" a terzi, le c.d. donazioni di gameti soprannumerari.

²⁷ Si veda la lettera inviata il 20 aprile 2020 al Presidente del Consiglio, al Ministro della salute e a tutti i Presidenti di Regione e Assessori alla salute dalle Associazioni "Luca Coscioni per la libertà di ricerca

lista di attesa, che non avessero ancora iniziato la stimolazione farmacologica e che avessero raggiunto, durante la sospensione delle attività per l'emergenza CoViD-19 e prima del ripristino di quelle ordinarie, il limite di età previsto dalla normativa regionale. Sulla *ratio* di tale limite e, dunque, della proroga, ad oggi disposta solo da alcune Regioni²⁹ – come anche sul fondamento dell'ulteriore richiesta rivolta al Ministro della Salute³⁰ di rimuovere, tra le condizioni di erogabilità dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), il limite di età della donna di 46 anni – è necessario svolgere più approfondite riflessioni, onde fugare possibili e ricorrenti equivoci.

Va anzitutto precisato che la legge n. 40/2004 indica tra i requisiti soggettivi per l'accesso ai trattamenti di PMA «l'età potenzialmente fertile» (art. 5); essa quindi non fissa in termini numerici e rigidi l'età massima di accesso³¹, ma introduce una regola per la cui determinazione si tiene conto dell'età media in cui donne e uomini possono riprodursi “naturalmente” e con propri gameti, età che la scienza ginecologica ed andrologica hanno individuato per le donne intorno ai 51 anni e che, invece, per gli uomini dura tutta la vita³². L'assenza di fertilità per ragioni fisiologicamente connesse alla età non è dunque intesa dal legislatore³³ come condizione patologica rimovibile attraverso il ricorso alle tecnologie riproduttive³⁴.

scientifica”; “L'altra cicogna ONLUS”; “Associazione Cerco un Bimbo”; “SOS infertilità”; “Amica Cicogna”; “Unbambino.it”.

²⁸ V. *Statement from British Fertility Society (BFS) and Association of Reproductive Clinical Scientists (ARCS)*, consultabile all'indirizzo <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2020/04/Guidance-for-the-care-of-fertility-patients-during-the-Coronavirus-COVID-19-Pandemic-%C2%BB-British-Ferti-1-1-1-2-1.pdf>.

²⁹ V. Comunicato della Regione Lazio del 18 aprile 2020; Comunicato della Regione Toscana del 23 aprile 2020; Comunicato della Regione Campania del 12 aprile 2020 (reperibili nei siti istituzionali delle rispettive Regioni).

³⁰ Si veda la lettera inviata il 29 maggio 2020 dalle Associazioni “Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica”; “L'altra cicogna ONLUS”; “SOS infertilità”; “Cerco un Bimbo”; “La mano di Stella” “Un Bambino.it” “Amica Cicogna”; “Unbambino.it”; “Liberi di decidere”; “HERA”; “VOX Diritti”.

³¹ Così U. SALANITRO, sub. *Articolo 5, Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, civile*, in L. BALESTRA (a cura di) *Della famiglia*, in E. GABRIELLI (diretto da) *Commentario del codice*, Leggi collegate, Torino, 2010, 541: «[I]a norma non indica un'età a partire dalla quale non sarebbe ammesso l'accesso alla procreazione, rimettendo la valutazione alla discrezionalità tecnica del medico: conseguentemente, al fine di evitare che tale valutazione non sia esercitata con la dovuta serenità, si è escluso che la violazione della norma sia soggetta a sanzione».

³² Cfr. M. BALISTRERI, *Perché non è giusto vietare l'accesso alla riproduzione assistita alle donne in menopausa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 145 (e ivi ulteriori richiami alla letteratura medica): «[n]ella nostra specie, gli uomini sono “potenzialmente fertili” vita natural durante, in quanto possono produrre spermatozoi capaci di fecondare un ovulo fino alla morte. Anche la fertilità degli spermatozoi diminuisce nel corso del tempo, ma un uomo può avere un figlio biologico (a partire dai propri spermatozoi) anche in età molto avanzata. Le donne, invece, sono considerate in età “potenzialmente fertile” fino ai 51 anni, perché, in media, è da quest'età che esse non producono più ovociti fecondabili».

³³ Per il punto di vista di un biologo, v. G. CHIEFFI *Le leggi della biologia e la donna in menopausa*, in *Bioetica e complessità*, Milano Udine, 2019, 127 ss.

³⁴ Per una distinzione tra infertilità “patologica” e infertilità “fisiologica” o “sociale”, cfr. Corte costituzionale, sent. n. 221 del 2019, punto 12 del Considerato in diritto: «l'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti». Ricorre pertanto anche in questo passaggio della motivazione il riferimento ad un argomento naturalistico.



Per giustificare tale decisione si è sostenuto che, in una legge fortemente e generalmente connotata dalla volontà di regolare i rapporti scaturenti dall'applicazione delle nuove tecnologie riproduttive ricalcando il modello di procreazione "naturale"³⁵, anche la previsione in parola dovrebbe essere funzionale ad evitare una differenza di età eccessiva tra genitori e figli, volendo perciò salvaguardare il benessere del nascituro risparmiandogli «un destino segnato da una precoce orfanità»³⁶. Invero, pur non potendo negare che questa sia stata una delle principali finalità perseguite dal legislatore del 2004 nella fissazione del requisito in parola – che voleva appunto porre un argine al fenomeno delle "mamme-nonne" –, sulla legittimità dello stesso si sono continuati a levare dubbi. Tra questi uno dei più significativi investe, più a monte, l'appropriatezza del ricorso ad argomenti naturalistici (la «natura delle cose»³⁷) per giustificare decisioni politiche (o l'impotenza del legislatore «a scardinare la tradizione sedimentata da tempo immemorabile»³⁸) e dunque, in questo senso, anche il riferimento all'età in cui si è "naturalmente" fertili richiamerebbe il tema, più generale e spinoso, del rapporto tra natura ed artificio. Inoltre, anche volendo tralasciare le differenze quanto a potenziale fertilità di uomini e donne e appuntando l'attenzione sull'interesse del nascituro, si possono in effetti nutrire dei dubbi sulla ragionevolezza di una distinzione tra rilevanza dell'età materna e irrilevanza dell'età paterna; detto altrimenti e in termini un po' provocatori, se ciò che conta è il benessere del nato, perché mai la legge non dovrebbe preoccuparsi anche di una possibile (anche se imprevedibile) orfanità dal lato paterno?

Per uscire dalle strettoie in cui ci imbatte attraverso questi ragionamenti, bisogna allora provare a correggere il percorso. Senza trascurare il carattere comunque limitativo del requisito dell'età potenzialmente fertile, ma tenuto conto dell'esigenza, sempre più avvertita, di assicurare un'interpretazione della legge n. 40/2004 costituzionalmente orientata³⁹, il requisito in parola può essere inteso – non ostando a ciò il dato letterale – come rimessione alla valutazione medico-specialistica dei rischi connessi *anche* all'età della donna⁴⁰. Più precisamente, una simile lettura consente di affidare al sapere medico, all'esito di una valutazione da effettuarsi caso per caso e alla luce delle concrete condizioni della donna, l'analisi dei rischi cui la stessa, anche in ragione dell'età, sarebbe esposta a seguito dell'applicazione delle tecniche (alla stimolazione ovarica, ad esempio), dell'instaurazione di una gravidanza (probabilità di aborti spontanei) o del parto. Interpretata in tal

³⁵ Cfr. da ultimo Corte costituzionale, sent. n. 221 del 2019: «l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad instar naturae – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale».

³⁶ F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Legislazione penale*, 2005, 328.

³⁷ Su cui si rinvia, anche per ulteriori riferimenti alla sterminata letteratura sul tema, a I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla «natura delle cose»*, Torino, 2012.

³⁸ *Ibidem*, e precedentemente v. anche I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, «Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Diritto pubblico*, 2010, 471 ss.

³⁹ Ed in particolare funzionale ad assicurare anche il fondamentale diritto alla salute della madre, oltre ad assicurare appropriate garanzie per il nascituro e ciò specie alla luce delle sollecitazioni in tal senso provenienti dalla giurisprudenza costituzionale.

⁴⁰ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 77; U. SALANITRO, *op. cit.*, 541 ss.

senso la disposizione opererebbe un rinvio mobile⁴¹ alle *leges artis*, evitando la cristallizzazione di una regola rigida, definita in connessione solo con l'età anagrafica e affidando invece all'autonomia e alla responsabilità del medico la valutazione dei rischi clinici parametrati alla specificità del caso concreto⁴².

Certo, come si è fatto argutamente notare⁴³ sorprende che un legislatore, come quello del 2004, il quale ha preteso di «farsi medico»⁴⁴ – limitando fortemente gli spazi di valutazione e di scelta rimessi al sapere scientifico in ordine alle tecniche da applicare (embrioni da produrre e impiantare, secondo la originaria formulazione dell'art. 14) – abbia invece poi prestato particolare attenzione a non sottrarli per la valutazione dei rischi connessi all'età della donna. Ciò spinge quindi a rintracciare ulteriori ragioni sottese alla previsione di cui all'art. 5 della legge n. 40/2004. Una di queste potrebbe risiedere nella volontà di perseguire, anche per questa via, una precisa politica della fertilità, volta a contrastare la tendenza, largamente diffusa, a posticipare la generazione di un figlio arrivando così alla tarda età in cui fisiologicamente non si è più fertili, problema che, come già precisato, riguarda solo la donna e non l'uomo. Questa lettura e in particolare la giustificazione etica che la sottende – peraltro non esente da critiche⁴⁵ – non pare comunque sufficiente ad assicurare la ragionevolezza del richiamo all'età potenzialmente fertile per le conseguenze limitative che ne derivano su diritti di sicuro fondamento costituzionale. A tal fine è necessario spingersi oltre per rinvenire argomenti di natura propriamente giuridico-costituzionale. Ora, proprio l'interpretazione costituzionalmente orientata prima accennata consente di conciliare la previsione del limite di età con la finalità terapeutica e quindi di salvaguardia della salute individuale della donna, che oramai contrassegna l'intera legge n. 40/2004, specie dopo gli interventi manipolatori del giudice costituzionale. Tuttavia, è possibile rinvenire un'ulteriore giustificazione da collegarsi ad un altro interesse meritevole di tutela, o meglio, ad un'ulteriore dimensione del diritto costituzionale alla salute: la scelta del legislatore di promuovere la preservazione della fertilità, avvertendo come essa è legata anche all'avanzare dell'età, potrebbe essere funzionale a preservare il diritto alla salute inteso come interesse della collettività⁴⁶, nell'ottica quindi di prevenire una condizione di infertilità diffusamente – anche se non unanimemente⁴⁷ – per-

⁴¹ Su questa tecnica cfr. 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, 135 ss.

⁴² Sulla scorta quindi di un orientamento giurisprudenziale, confermato anche in occasione dei giudizi di legittimità costituzionale che hanno investito la legge n. 40 del 2004, per il quale ««in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentt. n. 151 del 2009; n. 162 del 2014)

⁴³ A. VALLINI, *op. cit.*, 78.

⁴⁴ L'espressione è di M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2009.

⁴⁵ Cfr. Cfr. M. BALISTRERI, *Perché non è giusto vietare l'accesso alla riproduzione assistita alle donne in menopausa*, cit.

⁴⁶ Così A. VALLINI, *op. cit.*, 78-79.

⁴⁷ Rilievi critici sulla considerazione dell'infertilità come patologia e sulla finalità terapeutica quale principale strategia legittimante delle tecnologie riproduttive, in A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute e dignità*, Milano Udine, 2020, 34 ss. e 72 ss. (e ivi ulteriori riferimenti al pensiero femminista), la quale avverte la necessità di indagare il tema delle tecnologie riproduttive con uno «sguardo diversamente problematico [...] allargando la visuale sia alla complessità dell'esperienza femminile sia al più ampio contesto culturale, sociale e politico in cui quelle tecnologie sono impiegate».

cepita come causa di disabilità⁴⁸. Per di più – e pare questo un profilo talvolta trascurato – se si tiene conto anche dei rischi e delle complicazioni legate all'applicazione delle tecniche di PMA in età avanzata, pare tutt'altro che irragionevole la scelta del legislatore di limitarne e prevenirne, ove possibile, il ricorso, il che potrebbe anche rispondere allo scopo di non alimentare speranze nella "potenza della tecnica" e quindi la convinzione «che si potranno avere figli quando li si desidera e che, se ciò [dovesse risultare] difficile la medicina e la tecnica aiuteranno a realizzare questo obiettivo»⁴⁹.

Se una tale lettura, una volta slegata dal suo possibile fondamento etico e collegata ad un diritto di sicuro rilievo costituzionale, consente di ridurre le perplessità attorno ad essa, si deve comunque sottolineare, con altrettanta incisività, come il perseguimento di politiche della fertilità possa facilmente scivolare e trasmodare, ove non adeguatamente calibrate nei contenuti e nelle forme (ivi comprese le modalità della comunicazione)⁵⁰, nell'imposizione di modelli familiari o di convincimenti di carattere etico, il che evidentemente confligge con la garanzia dell'autodeterminazione specie in ordine a questioni le quali toccano la sfera più intima delle concezioni personali e della vita di relazione. Non dimeno, solo nel rispetto dei limiti anzidetti e tenuto conto di altri possibili scivolamenti "accidenta-

⁴⁸ Così espressamente Corte costituzionale, sent. n. 162 del 2014.

⁴⁹ A. DI MARTINO, *op. cit.*, 34.

⁵⁰ Non poche polemiche ha suscitato la campagna di preservazione della fertilità avviata nell'ambito del Piano Nazionale per la Fertilità, *Difendi la tua fertilità, prepara una culla nel tuo futuro*, predisposto dal Ministero della Salute nel maggio 2015 (reperibile in <https://bit.ly/31JxglT>). Le critiche hanno investito non certo il tema trattato e l'impegno assunto da parte delle istituzioni pubbliche di diffondere informazioni utili concernenti la fertilità, la prevenzione dell'infertilità e, in generale, la genitorialità cosciente e responsabile, quanto piuttosto hanno riguardato i toni, le modalità comunicative, gli argomenti adottati a sostegno di una progressiva riduzione delle nascite (tra questi in particolare, «la crescita del livello di istruzione per le donne», *ivi*, 35), e gli strumenti (da alcuni ritenuti contraddittori o paternalistici) messi in campo per addivenire agli obiettivi prefissati. In effetti, anche mettendo da parte le discutibili modalità comunicative, non si può negare che alcune considerazioni riportate nel documento, se sommate ad altre e sempre più ricorrenti affermazioni sulle ragioni che dovrebbero indurre a incrementare le nascite, lasciano trasparire un approccio politico al tema della denatalità il quale non solo pare confondere i determinanti sociali del fenomeno, ma manifesta ancora qualche resistenza nella concezione della procreazione come scelta rimessa a valutazioni individuali e di coppia e non come dovere anche nei confronti della comunità politica. Non si fatica, in effetti, a rinvenire anche in questo documento segni di una ripresa di forme di «controllo sul corpo sociale della popolazione (biopolitica)», (così L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2010, 12), meno eclatanti ma non molto distanti da affermazioni ricorrenti in alcuni esponenti politici sulla necessità di preservare la nazione italiana e i suoi cittadini dall'invasione di persone, particolarmente prolifiche, provenienti da altre parti del pianeta. Si è poi correttamente osservato come possano ascrivere a questo medesimo orizzonte biopolitico alcune previsioni in materia di immigrazione, con i flussi e le quote di accoglienza degli immigrati, «che si risolv[ono], alla fine, in un controllo politico sulla "nascita" della comunità» (*ibidem*). Come pure, sempre a questo indirizzo si riconducono, secondo G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, 2009, 820-821, le iniziative assunte nel corso della XVI legislatura dal ministro Sacconi in materia di aborto, (erroneamente) collegato alla denatalità italiana e percepito come un pericolo per la «nostra stessa identità etnica, sempre più minacciata dalle altre molteplici identità presenti nel territorio nazionale, e costituite da popolazioni ben più prolifiche. Siamo qui in presenza di un elemento di carattere antropologico, per qualche aspetto legato ai risorgenti nazionalismi, essendo l'idea stessa di "nazione", come luogo in cui si perpetuano i legami di sangue e di appartenenza, fortemente connessa al controllo sul corpo femminile e sulla sua funzione riproduttiva».

li”, è possibile marcare una chiara distanza tra politiche di preservazione della fertilità, così congelate, e campagne di incitamento all’incremento demografico, le quali, nell’esperienza italiana rinviano ad un passato, come noto, tutt’altro che glorioso⁵¹.

4. Il limite di età come condizione di erogabilità dei LEA

Se quanto sinora criticamente osservato investe il requisito dell’età potenzialmente fertile di cui alla legge n. 40/2004, considerazioni di diversa natura devono essere avanzate con riferimento al limite dell’età previsto nel d.P.C.M. 12 gennaio 2017, che per la prima volta ha inserito le prestazioni di PMA omologa ed eterologa nell’elenco dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA)⁵². Analoghe previsioni, recanti un preciso limite di età per la donna, sono rinvenibili anche in atti regionali che sono stati approvati prima dell’inserimento della PMA nei LEA (e quindi come prestazioni erogate extra-LEA) e dopo l’aggiornamento del 2017.

Prima di ogni altra cosa, va evidenziato che in questo contesto il limite di età integra una condizione di erogabilità delle prestazioni di PMA *con oneri a carico del Sistema Sanitario Nazionale*. Scopo precipuo di queste previsioni è, quindi e a nostro avviso, non già quello di restringere l’accesso ai trattamenti in parola, individuando requisiti soggettivi ulteriori o più restrittivi di quelli indicati nella legge n. 40, quanto quello di determinare criteri per l’erogazione di tali prestazioni in strutture pubbliche e private convenzionate e dunque con oneri a carico del sistema pubblico.

Nella c.d. fase due dell’emergenza sanitaria da CoViD-19 l’attenzione si è appuntata proprio su questi limiti di età ed è stata sollecitata la proroga del termine di accesso definito dall’età della donna, onde evitare quindi che chi lo avesse visto spirare durante la sospensione o si avvicinasse al raggiungimento dello stesso dovesse poi rinunciare ad avviare il percorso di PMA avvalendosi del SSN. Va quindi ancora puntualizzato che il superamento di questi limiti di età non preclude l’accesso alla fecondazione assistita per quelle coppie nelle quali la donna, secondo l’interpretazione prima riferita, non presenti contrindicazioni ad un trattamento anche tardivo; tuttavia, in questo caso, il costo dello stesso, notoriamente elevato, rimarrebbe interamente a carico esclusivo della coppia, e ciò evidentemente solleva altri problemi e stimola ulteriori riflessioni, le quali investono principalmente le di-

⁵¹ Ci si riferisce alla politica di espansione demografica intrapresa dal regime fascista, e avente peraltro anche una chiara coloritura razziale, che trovava pure nella repressione penale della propaganda anticoncezionale (art. 553 c.p.) uno strumento utile. In tema cfr. M. MAZZIOTTI, *Incitamento a patiche contro la procreazione e Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, 67 ss; E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, 531 ss. (a commento delle sentenze della Corte costituzionale n. 9 del 1965 e 49 del 1971).

⁵² Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 12 gennaio 2017, recante *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all’articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 50*. Il nuovo Nomenclatore della specialistica ambulatoriale (Allegato 4) include le prestazioni di PMA omologa ed eterologa; l’art. 49 del decreto prevede che siano a carico del SSN le prestazioni di raccolta, conservazione e distribuzione di cellule riproduttive finalizzate alla PMA e che le coppie che si sottopongono alle procedure di PMA eterologa contribuiscono ai costi delle attività, nella misura fissata dalle regioni e dalle province autonome. Nell’Allegato 4D (*Elenco note e corrispondenti condizioni di erogabilità/indicazioni appropriatezza prescrittiva*), ai numeri 13 e 14 si prevede il limite di età («fino al compimento del 46° anno») e il numero massimo di cicli («fino a 6 cicli») erogabili dal SSN.

scriminazioni derivanti dalle capacità economiche dei pazienti con effetti maggiormente pregiudizievoli per chi versa in maggiore condizione di bisogno.

In effetti, il costo dei trattamenti di PMA ha rappresentato, nel corso dell'esperienza applicativa della legge n. 40 del 2004, un profilo particolarmente spinoso e ciò specie all'indomani del venir meno del divieto assoluto di praticabilità della fecondazione di tipo eterologo e dell'accentuarsi della disomogeneità, quanto a disponibilità di strutture pubbliche e quantificazione economica delle prestazioni, tra le diverse Regioni. Ma, invero, anche prima della sentenza n. 162 del 2014 pure l'accesso alla PMA presentava profili di ineffettività, iniquità e differenziazione su base territoriale e ciò andava imputato al mancato inserimento della PMA nei LEA e all'impossibilità per le Regioni sottoposte a piani di rientro dai deficit sanitari di erogare prestazioni non espressamente previste in quell'elenco⁵³. Pertanto, già in quel contesto e pure con riferimento alle condizioni di erogabilità delle prestazioni legati all'età della donna, la Conferenza Stato-Regioni aveva tentato di fornire indirizzi unitari giungendo alla stipula di due Accordi⁵⁴, il cui seguito ha dato comunque luogo a diversi contenziosi giudiziari. Il primo giudice a pronunciarsi, in ordine di tempo, è stato il TAR Veneto. Con la sentenza 8 maggio 2015, n. 501, il giudice amministrativo ha annullato la delibera della Giunta regionale del Veneto (n. 1645/2014) che stabiliva, quale condizione per l'accesso alla fecondazione eterologa con costi a carico del SSN, l'età massima per la donna di 43 anni, laddove per la fecondazione omologa il limite precedentemente fissato era quello del 50° anno di età.

È bene precisare che oggetto di contestazione era sia la previsione da parte della Regione di un preciso limite di età, ritenuto illegittimo in quanto al riguardo il legislatore statale ha fissato il criterio della «età potenzialmente fertile» (art. 5, l. n. 40/2004), sia la differenziazione di quel limite per la fecondazione omologa e eterologa.

Il TAR, pur ritenendo fondato il ricorso per entrambi i motivi, ha rilevato in particolare l'ingiustificata discriminazione derivante dalla previsione di limiti di età diversi per l'accesso alle due tecniche⁵⁵ e a

⁵³ Per approfondimenti sia consentito rinviare a M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *RivistaAic.it*, 1, 2018, 21 ss.

⁵⁴ Nel primo documento, approvato il 4 settembre 2014, era stata sottolineata l'urgente necessità di inserire le tecniche di PMA sia omologa, sia eterologa (comprese le attività antecedenti e successive alla formazione *in vitro* degli embrioni) nel d.P.C.M. recante i Livelli essenziali di assistenza (LEA) e, nelle more dell'attivazione dell'Autorità competente, la Conferenza aveva ritenuto necessario proporre sia criteri omogenei per l'accesso ai trattamenti a carico del SSN, sia una quantificazione economica degli stessi, nella consapevolezza che solo alcune Regioni erano già intervenute su questi cruciali profili e, comunque, solo limitatamente alla fecondazione omologa. Nel successivo documento del 29 settembre 2014, la Conferenza aveva indicato una tariffa unica convenzionale per quantificare i costi degli stessi, venendo così incontro all'ulteriore necessità di regolare le compensazioni tra Regione e Regione legate alla mobilità interregionale.

⁵⁵ Così espressamente TAR Veneto, sent. 501 del 2015: «Va innanzitutto premesso che l'interesse fatto valere dai ricorrenti, così come rappresentato in ricorso, è quello di ottenere, senza ingiustificate discriminazioni, anche per le ipotesi di eterologa, l'applicazione dei criteri mantenuti validi, per effetto della deliberazione qui impugnata, per l'omologa, così potendo usufruire del limite di età della donna più favorevole e che, conseguentemente, anche la decisione richiesta in ordine ai profili di illegittimità denunciati (previsione discriminatoria che impone il limite di età più restrittivo solo per l'eterologa) deve essere limitata al suddetto petitum, onde accertare se detta diversa regolamentazione sia legittima o meno in relazione alla denunciata disparità di trattamento e se abbia un adeguato supporto motivazionale. Invero, come puntualmente

tal fine ha richiamato la sentenza n. 162/2014, nella quale la Corte costituzionale ha sostenuto che la PMA di tipo omologo e quella di tipo eterologo rappresentano due *species* di un unico *genus*⁵⁶. Senza disconoscere che il limite dei 43 anni di età per l'accesso alla PMA con donazione di gameti era stato concordato nel documento della Conferenza Stato-Regioni del 4 settembre 2014, il giudice amministrativo ha ritenuto irragionevole il suo recepimento da parte della Regione Veneto, avendo questa mantenuto il diverso limite di età per la fecondazione omologa.

Se si tiene in debito conto quest'ultimo profilo, ovvero l'effetto discriminatorio derivante dalla previsione di due limiti di età diversi, può destare qualche perplessità l'accoglimento da parte del TAR Veneto (e poi in seguito anche da parte del TAR Lombardia) del primo motivo di ricorso fondato sulla violazione da parte della Regione dell'art. 5 della legge n. 40/2004. Come già si è avuto modo di osservare, a nostro avviso, le due previsioni sui limiti di età perseguono finalità diverse: in un caso, quello della legge n. 40, di evitare rischi soprattutto sulla salute della donna (tant'è che la valutazione degli stessi è rimessa alla valutazione medico-scientifica caso per caso); nell'altro, quello delle delibere regionali, di fissare una condizione di accesso alla prestazione per la sua erogazione da parte dal servizio sanitario pubblico, che quindi, in questa circostanza, risponderebbe all'obiettivo di consentire alle Regioni di prevedere, programmare e dimensionare le risorse impiegate a tal fine.

Del resto, specie se si analizzano anche i ricorsi e le decisioni, che hanno avuto ad oggetto delibere sul punto della Regione Lombardia, può cogliersi facilmente come il criterio dell'età, con differenziazione tra PMA omologa ed eterologa – il quale non trova giustificazione della scienza medica –, sia stato utilizzato da quella Regione per negare o rendere più gravoso l'accesso a prestazioni sanitarie eticamente controverse, le quali, invece, trovano fondamento nell'esigenza di soddisfare lo stesso diritto di rango costituzionale: quello alla salute riproduttiva delle coppie sterili o infertili.

Se questo è il profilo dirimente della questione pare pienamente condivisibile l'esito e il percorso argomentativo invece tracciato dal Consiglio di Stato⁵⁷ per confermare una sentenza di primo grado del TAR Lombardia⁵⁸, con la quale erano state annullate due delibere della Giunta lombarda⁵⁹. Queste ultime erano state assunte facendo leva sulla discutibilissima lettera del diritto alla salute come «diritto finanziariamente condizionato» e ponevano a carico integrale degli assistiti il costo delle prestazioni per la PMA di tipo eterologo, laddove, invece, per la PMA omologa, la Regione aveva previsto il solo pagamento di un ticket⁶⁰.

specificato nell'epigrafe del ricorso, oggetto della richiesta di annullamento, in parte qua della delibera regionale, è la prescrizione che stabilisce solo per l'eterologa il limite del 43° anno di età per la donna».

⁵⁶ Secondo L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa*, cit., 1008, questo «presupposto, richiamato dalla Corte, che l'eterologa sia una *species* del *genus* PMA e che procedure e tecniche della procreazione omologa possano essere semplicemente adattate all'eterologa è poco condivisibile. L'eterologa, non è una variante qualsiasi della fecondazione assistita omologa e il suo utilizzo cambia gran parte dei criteri dati della legge 40, dato che implica una vicenda che vede l'intervento esterno di un terzo nella formazione della famiglia: il donatore/donatrice di gameti.

⁵⁷ Sentenza del 21 luglio 2016, n. 3297.

⁵⁸ TAR Lombardia, Sez. III, n. 2271/2015.

⁵⁹ Deliberazioni della Giunta della Regione Lombardia del 19 settembre 2014, n. X/2344 e del 7 novembre 2014, n. X/2611.

⁶⁰ Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'amministrazione lombarda è incorsa nel vizio dell'eccesso di potere nel momento in cui ha fissato condizioni diverse per accesso alle prestazioni di PMA omologa ed eterologa –

Di converso, desta ancora più perplessità, se confrontata con questo precedente del Consiglio di Stato, un'altra decisione resa dal TAR Lombardia⁶¹ su un ricorso esperito da una coppia, assolutamente infertile e interessata a praticare la PMA con donazione di gameti, per l'annullamento della delibera della Giunta (n. X/7628 del 28 dicembre 2017) nella parte in cui, recependo (ma dopo la condanna dapprima richiamata) i contenuti dell'Accordo stipulato nella Conferenza Stato-Regioni il 4 settembre 2014, prevedeva il limite dell'età della donna di 43 anni per l'accesso alla PMA eterologa e un numero massimo di 3 cicli effettuabili presso strutture sanitarie pubbliche. Il giudice amministrativo, in questo caso, ha ritenuto fondato il ricorso anzitutto per il dirimente motivo della violazione del limite di cui all'art. 5 della legge n. 40 e, dunque, per il contrasto della delibera con una fonte primaria statale, ma anche per l'aver introdotto un limite numerico di cicli pari a 3. Sull'accoglimento del primo motivo non possono che ribadirsi i dubbi già espressi con riferimento alla pronuncia del TAR Veneto (esplicitamente richiamata dal TAR Lombardia), nella quale comunque veniva opportunamente messo in risalto l'ingiustificata discriminazione tra coppie affette dalla medesima patologia derivante dalla previsione di limiti di età diversi per l'accesso alle due tecniche di PMA omologa ed eterologa. Quanto alla illegittimità del limite numerico di cicli effettuabili con oneri a carico del servizio sanitario regionale, invece, il giudice amministrativo lombardo, pur non ravvisando al riguardo una violazione di alcuna disposizione di legge, ha ritenuto che la Regione non possa con proprio atto amministrativo e senza alcuna giustificazione di carattere scientifico introdurre solo per la PMA eterologa limiti più stringenti, in quanto ciò determinerebbe una violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. discriminando coppie affette dalla medesima patologia. Invero, anche a tal proposito, conta evidenziare che la previsione di un limite numerico di cicli è prevista pure nel d.P.C.M. sui nuovi LEA del 2017, ma l'entrata in vigore delle disposizioni relative ai trattamenti di PMA è subordinata all'approvazione di un decreto ad oggi ancora mancante e in carenza del quale restano in vigore le disposizioni approvate dalle singole Regioni⁶².

Ancora una volta dunque inerzie e ritardi stanno determinando la persistenza di differenziazioni nel godimento di diritti legati a prestazioni che devono essere garantite uniformemente sull'intero territorio nazionale e sebbene l'esperienza del CoViD-19 abbia fatto riscoprire l'importanza del Servizio Sanitario Nazionale⁶³ e le conseguenze pregiudizievoli di una politica sanitaria, quale quella perseguita negli ultimi anni, caratterizzata da riduzioni e tagli lineari, l'eccezionalità e la delicatezza della si-

finanziando la prima e ponendo a totale carico degli assistiti la seconda – senza esternare una plausibile ragione discrezionale di questa sua scelta, ma limitandosi ad addurre non meglio specificate esigenze finanziarie. Così facendo quindi la Regione ha operato, all'interno di una categoria di pazienti aventi la medesima patologia, un'irragionevole discriminazione, senza che dai provvedimenti possa evincersi quale sia il bilanciamento operato dall'Amministrazione tra il diritto alla salute e i vincoli di bilancio, con l'ulteriore effetto, rivelato anche dalla Consulta nella sentenza n. 162/2014, di penalizzare soprattutto i malati meno abbienti.

⁶¹ Sezione III Sentenza 19 luglio 2019, n. 1681.

⁶² Art. 64, co. 2, d.P.C.M. del 12 gennaio 2017: «Le disposizioni in materia di assistenza specialistica ambulatoriale [...] entrano in vigore dalla data di pubblicazione del decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per i servizi sanitari regionali, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, [...] per la definizione delle tariffe massime delle prestazioni previste dalle medesime disposizioni».

⁶³ R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Corti supreme e Salute*, 172020, 67 ss.; G.C. DE MARTIN, *Il Servizio sanitario nazionale dopo la pandemia: quale futuro*, in *Amministrazione in cammino*, 29 maggio 2020.

tuazione venutasi a creare a seguito della diffusione dell'epidemia potrà comportare ulteriori rallentamenti. E ciò sembra tanto più probabile specie quando questo stato di cose investe e si interseca con le note problematiche legate alla garanzia di prestazioni sanitarie che sollevano anche delicati conflitti etici. Senz'affatto rinnegare che nel disciplinare l'accesso alla PMA si debba tener conto di altri interessi costituzionali meritevoli di tutela, va evidenziato invece come la riconduzione di quella pretesa, ove avanzata da coppie affette da malattie riproduttive, all'art. 32 Cost. e non già ad un generico diritto di autodeterminazione comporti la doverosa erogazione della prestazione al ricorrere dei presupposti legali di accesso e la necessità per le amministrazioni sanitarie di assumere scelte organizzative a ciò funzionali. A quest'ultimo riguardo e proprio con riferimento alla definizione dei criteri di erogabilità delle prestazioni di PMA da parte del SSN, ci sembra che le maggiori perplessità sulla legittimità degli stessi discendano non già dalla violazione dell'art. 5 della legge n. 40/2004 (che risponde, come si è precisato, ad altri obiettivi e non preclude la praticabilità della PMA "a spese proprie"), quanto da una valutazione dell'adeguatezza di criteri, facenti leva solo sull'età della donna e non su altri⁶⁴, ai fini di un più equo accesso a queste prestazioni⁶⁵ e della realizzazione di quella finalità redistributiva che caratterizza propriamente i diritti sociali.

Anche in questo senso quindi pare possibile rinvenire nel diritto costituzionale alla salute un fondamento giustificativo per l'accesso alla PMA da parte di coppie sterili e infertili ben più solido del richiamo ad un presunto diritto a diventare genitori o ad avere dei figli o ancora all'incremento della natalità, evocato anche in occasione dell'emergenza sanitaria da CoViD-19⁶⁶. Non v'è dubbio infatti che quest'ultima esperienza, oltre a riportare sotto i riflettori criticità già esistenti o in parte ad aggravarle, abbia riproposto interrogativi cruciali sul tema, inducendo ad approfondire ulteriormente la questione di fondo relativa al fondamento giuridico-costituzionale della pretesa di quanti rivendicano di diventare genitori avvalendosi delle moderne tecnologie riproduttive.

⁶⁴ Come, ad esempio, la condizione di indigenza o comunque il reddito effettivo della coppia; le patologie all'origine della condizione di sterilità.

⁶⁵ Il che significa tutelare specie chi versa in maggiore condizione di bisogno.

⁶⁶ Specie nella discussione più recente e da parte di associazioni esponenziali v'è il tentativo di "agganciare" il tema dell'accesso alla PMA a questioni demografiche, come la denatalità e l'invecchiamento della popolazione, giungendo, nelle ricostruzioni più ardite, a prefigurare un diritto a diventare genitori e a formare una famiglia con figli non solo come interesse del singolo (o della coppia), ma anche in funzione del soddisfacimento di un interesse collettivo, che coinvolgerebbe le generazioni future, se non proprio l'intero genere umano e la sua sopravvivenza (cfr. v. Associazione Luca Coscioni, *Fecondazione assistita: "Siano garantiti i trattamenti urgenti per limiti di età"*, in <https://www.associazionelucacoscioni.it/> e in dottrina F. SICILIANO, *Sull'apporto delle dinamiche del diritto amministrativo alla tutela della decisione di avere figli con la tecnica della PMA eterologa: dalla "relativizzazione" del vuoto normativo all'orizzonte delle generazioni future*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 209 ss.). Questa proposta di inquadramento è a mio avviso poco convincente, giacché si fonda su argomenti facilmente confutabili (alla denatalità italiana potrebbe replicarsi che un problema altrettanto avvertito dal genere umano è quello della sovrappopolazione, su cui R. BIFULCO, *Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta OnLine*, 20 luglio 2020); non trova riscontro nella giurisprudenza costituzionale (ferma nell'accogliere una giustificazione terapeutica al ricorso alla PMA); ma potrebbe persino rivelarsi estremamente scivolosa, potendo condurre a prefigurare politiche di sviluppo e controllo demografico difficilmente conciliabili con diritti di sicuro fondamento costituzionale (cfr. anche *retro* nota n. 50).

Puntualità ed effettività nella tutela dei diritti. Riflessioni sul valore del tempo per le questioni di genere nella contingenza della pandemia

Lucia Busatta*

PUNCTUALITY AND EFFECTIVENESS IN RIGHT'S PROTECTION. INSIGHTS ON THE VALUE OF TIME FOR GENDER ISSUES DURING THE PANDEMIC

ABSTRACT: The pandemic emergency has changed our lives and our times. The fight against the new disease has unveiled several inequalities that significantly involve also gender issues. The aim of this essay is to develop some considerations regarding gender equality in health services during the pandemic. Particular attention is given both to organisation of health services and reproductive rights. The whole analysis is conducted under the perspective of time-factor, which proves to be determinant in the granting of both equality and fundamental rights. Conclusions suggest that this period shall be determinant for seriously tackling gender issues.

KEYWORDS: Gender equality; medical abortion; healthcare services; pandemic emergency; guidelines update

SOMMARIO: 1. Come il Covid ha cambiato il tempo in cui viviamo – 2. L'impatto della pandemia sul genere – 3. Salute delle donne ed emergenza sanitaria: tra conseguenze dell'impegno in prima linea e diritti riproduttivi – 3.1. Le misure organizzative – 3.2. La libertà di scelta delle donne, nel tempo della pandemia – 4. Le nuove linee guida ministeriali sulla legge n. 194 del 1978 e l'aborto farmacologico – 5. Corpo, genere e pandemia in un rinnovato assetto temporale: se non ora, quando?.

*«Tra noi e il tempo c'è come una profonda contraddizione:
non sopportiamo né la sua fuga, né la sua permanenza.
La sua fuga sprofonda nel lutto la nostra anima,
la sua permanenza ci soffoca».*
(J. Hersh, *Tempo e musica*)¹

1. Come il Covid ha cambiato il tempo in cui viviamo

La pandemia che segnato il 2020 (e, con ogni probabilità condiziona almeno i primi mesi del 2021) ha già determinato un significativo mutamento nelle nostre vite. Ad esempio, la massiva sospensione delle attività didattiche in presenza nel primo semestre dell'anno (e, con

* Collaboratrice di ricerca, Università di Trento. Mail: lucia.busatta@unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ J. HERSCH, *Tempo e musica* (trad. it. de *Temps et Musique*, 2000), Milano, 2009, 105.

riguardo all'università, in buona parte anche nei mesi autunnali), in combinazione con il lavoro da remoto, ha profondamente rivoluzionato le abitudini di molte famiglie. L'esperienza del *lockdown* che ha segnato i mesi primaverili ha determinato una battuta di arresto in moltissime attività umane, da quelle economiche a quelle ricreative e relazionali, costringendoci a rivedere gli ordinari ritmi di vita, e non solo.

L'utilizzo inflazionato dell'espressione *ai tempi del coronavirus*, che riecheggia il titolo del celeberrimo romanzo dello scrittore colombiano, premio Nobel per la letteratura, Gabriel García Márquez, ha tradito, sin dalle prime battute della gestione globale di questa profonda crisi sanitaria, il suo impatto epocale.

Superate le fasi più tragiche della diffusione del contagio e della congestione delle strutture sanitarie, la vita ordinaria ha ricominciato lentamente a scorrere, in una nuova dimensione: quella della convivenza con il virus². Resta, però, ben scalfito nell'esperienza di ciascuno ciò che le settimane di chiusura forzata hanno significato, soprattutto in termini di mutamento della quotidianità e dei ritmi di vita. Al di là delle singole esperienze, un dato probabilmente unificante è rappresentato dalla scoperta (o riscoperta) del valore del *tempo*³.

Senza indulgere in approfondimenti sulla percezione individuale del tempo o su questioni che attengono più ad altre scienze, quali la filosofia, la sociologia o la psicologia, e che riguardano l'impatto che le misure anti-contagio hanno avuto sulle abitudini di vita, si può prendere spunto da alcuni mutamenti che l'emergenza sanitaria ha imposto all'ordinario scorrere dei ritmi di vita per sviluppare alcune riflessioni giuridiche sul valore del tempo per la garanzia dei diritti fondamentali e su come, spesso, la tempestività della tutela sia veicolo di effettività.

Un dato certo è che la pandemia non ha cambiato il flusso del tempo, ma – in qualche modo – ne ha modificato la nostra percezione soggettiva o, comunque, ha inciso sulla nostra gestione dei ritmi di vita.

² Come è noto, gli interventi istituzionali per la gestione dell'emergenza pandemica, nel nostro ordinamento, hanno preso avvio con la *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario da Covid-19*, deliberata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio, secondo quanto previsto dall'art. 25 del Codice della Protezione Civile. Con l'aggravarsi del rischio sanitario, il Governo ha scelto di disporre le misure straordinarie per fronteggiare la pandemia anche per mezzo di decreti-legge. Fra questi, le prime misure volte a limitare la circolazione e i contatti vennero adottate con il d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 13 del 2020 e recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*. Sulla base di questo decreto (e delle sue successive modificazioni) sono stati adottati i DPCM che prevedevano l'istituzione delle c.d. zone rosse prima e dell'estensione delle misure restrittive a tutto il territorio nazionale a partire dal 9 marzo 2020, poi. Sull'avvicinarsi convulso di queste fonti nelle prime concitate fasi della pandemia, la dottrina si è già ampiamente espressa. A riguardo, oltre ai contributi pubblicati in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 1, 2020, si vedano, *inter multis*, R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti Regionali*, 1, 2020, 648 ss.; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza covid-19, 18 marzo 2020.

³ Nel momento in cui si scrive, peraltro, lo spettro di ulteriori misure di contenimento si è fatto realtà. Con il d.P.C.M. del 24 ottobre 2020, infatti, il Governo ha previsto nuove disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con le quali vengono imposte, *inter alia*, chiusure anticipate di locali ed esercizi pubblici e vengono sospese molte attività culturali, ludiche e motorie, condizionando, ancora una volta, non solo l'andamento economico del Paese, ma anche i nostri ritmi di vita.

Dal punto di vista giuridico e organizzativo, ad esempio, i primi interventi normativi durante le settimane più frenetiche dell'emergenza sanitaria hanno riguardato il rinvio di alcune scadenze, non solo per ragioni economiche o meramente organizzative, ma anche con lo scopo di eliminare un motivo di circolazione per gli individui e una causa di assembramento negli uffici o presso taluni sportelli, a tutela della collettività⁴. Come è noto, è stato anche previsto (almeno in una prima fase) il divieto di svolgimento eventi di vario genere, per limitare ulteriormente i contatti tra persone e gli spostamenti⁵. In alcuni casi – basti pensare ai matrimoni –, queste misure hanno significato una sospensione dei tempi (e delle scelte) di vita di alcuni individui; sospensione che – senza ripetere le considerazioni già ampiamente sviluppate in dottrina⁶, hanno trovato una – più o meno condivisibile – giustificazione nell'esigenza di tutelare la salute individuale e collettiva, contenendo la diffusione del contagio⁷.

Anche la sanità, in prima linea nel fronteggiare questo nuovo nemico invisibile, si è trovata a dividersi tra due dimensioni temporali ben distinte.

Da un lato, quella della rapidità e della concitazione, che comprende sia le scelte tragiche, su cui è intervenuto anche un dibattuto documento della Società italiana di Anestesia e rianimazione (SIAARTI)⁸, sia le procedure di reclutamento e assunzione del personale o di acquisto di beni necessari

⁴ Si pensi, ad esempio, alle numerose sospensioni e proroghe di termini scadenze introdotte, *in primis*, dal decreto-legge n. 18 del 2020 e dagli atti normativi successivi, fra cui si possono ricordare la sospensione dei termini nei procedimenti civili e penali (art. 83), nel processo amministrativo (art. 84), contabile (art. 85), la sospensione delle procedure concorsuali, con la sola eccezione delle valutazioni esclusivamente curriculari o telematiche (art. 87, co.5), alla proroga dei termini per la revisione dei veicoli (art. 92, alla proroga delle scadenze e delle commissioni per le abilitazioni scientifiche nazionali (art. 101), alla proroga della validità dei documenti di riconoscimento (art. 104), eccetera.

⁵ È stato, inizialmente, l'art. 1, co. 1, lett. c) del decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 a prevedere che, fra le misure per imitare la diffusione del contagio, vi potesse essere anche la sospensione e il divieto di celebrazione di eventi che comportano l'assembramento di persone: «sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico». Come è noto, la misura è stata successivamente specificata da ulteriori DPCM ed è stata, poi, abrogata e sostituita dall'art. 1, co. 2, lett. g), del decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020: «limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione o di assembramento in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso».

⁶ In molti si sono, infatti, occupati di ragionare sulla proporzionalità delle misure adottate dal governo durante la concitata c.d. Fase 1 e sulla correttezza dei bilanciamenti ad essi sottese. Si vedano a riguardo i contributi pubblicati in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 1, 2020, i contributi pubblicati in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, Forum sull'«Emergenza CoViD-19», nonché – senza pretese di completezza – I.A. NICOTRA, *L'epidemia da covid-19 e il tempo della responsabilità*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 379; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 368; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 531; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 558.

⁷ Cfr. a riguardo, in particolare, A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, e Id., *Postilla. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 1, 2020, rispettivamente 7 e 13.

⁸ Sul documento SIAARTI, dal titolo *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, del 6 marzo 2020, disponibile all'indirizzo internet www.siaarti.it, la letteratura non solo giuridica è già copiosa. Senza pretese di completezza, oltre al parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid 19: la decisione clinica in condizioni di*

nella gestione dell'emergenza sanitaria⁹. Dall'altro, quella della pausa e della sospensione: nella necessità di concentrare le energie sui servizi essenziali e di limitare gli accessi alle strutture sanitarie per evitare infezioni incrociate, i servizi sanitari regionali hanno sospeso alcune prestazioni specialistiche ambulatoriali e le attività libero-professionali in regime intramurario¹⁰. Come è noto, poi, anche nella fase della ripartenza, l'accesso a determinati servizi per la salute rimane contingentato e sottoposto a rigide regole organizzative. Non è da escludersi, infine, che molte delle misure adottate ora per limitare le occasioni di affollamento dei presidi sanitari potranno divenire la norma, anche dopo il superamento della pandemia.

Se è vero che, soprattutto nella dimensione domestica, è stato ritrovato un nuovo valore dei ritmi di vita, bisogna anche registrare come la lotta contro la pandemia si sia tradotta in una battaglia contro il tempo, portata avanti con l'adozione di numerose misure di sanità pubblica per limitare la diffusione del contagio, con la ricerca e sperimentazione delle cure più efficaci (e del vaccino) contro una malattia sconosciuta, nonché – in una più ampia prospettiva – con la corsa a contenere i danni all'economia globale provocati dalla necessità di modificare la gran parte delle abitudini di consumo.

Questa lunga premessa è funzionale a inquadrare il punto di vista dal quale si intende affrontare la disamina delle implicazioni di alcune recenti scelte pubbliche di carattere sanitario, sicuramente accelerate dalle esigenze che la pandemia ha saputo evidenziare. L'angolo visuale adottato non è limitato al rapporto tra tempo e decisioni in campo medico, ma assume anche la prospettiva del genere,

*carezza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica", dell'8 aprile 2020, cfr. M. PICCINI ET AL., Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili", in *Recenti progressi in medicina*, 111, 4, 212-222; inoltre, L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*; G.R. GRISTINA, L. ORSI, M. VERGANO, *Pandemia da CoViD-19 e triage: la filosofia e il diritto talvolta guardano l'albero mentre la medicina prova a spegnere l'incendio della foresta*; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, tutti in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 1, 2020, 359 ss.; R. PUCELLA, *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, in *NGCC*, 3, 2020, 24 ss.; M. PICCINI, *Scelte tragiche in terapia intensiva*, in *NGCC*, 3, 2020, 11; S. ROSSI, *Società del rischio e scelte tragiche al tempo del coronavirus*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 246; L. CONTE, *Covid-19. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 1 aprile 2020.*

⁹ Cfr. d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, recante Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica. Fra le norme cui si faceva riferimento, si vedano, ad esempi, gli articoli 2 e ss., relativi al potenziamento delle risorse umane del comparto sanità, gli articoli 5 ss., concernenti la semplificazione delle procedure per la produzione, la fornitura e l'acquisto dei dispositivi medici, l'art. 102 del rubricato Abilitazione all'esercizio della professione di medico-chirurgo e ulteriori misure urgenti in materia di professioni sanitarie, eccetera.

¹⁰ Per esempio, il d.P.C.M. 26 aprile 2020 ha disposto che «fino al 17 maggio, sono sospese le attività di assistenza sanitaria che non rivestono carattere di urgenza e di indifferibilità». Inoltre, già prima, l'art. 3 del già citato d.l. 18 del 2020 aveva previsto che, per aumentare la dotazione di posti letto in terapia intensiva, le Regioni erano autorizzate ad acquistare prestazioni da privati anche in deroga ai limiti di spesa. Di conseguenza, i singoli enti territoriali sono intervenuti con una profonda riorganizzazione sanitaria, che ha comportato anche, inter alia, la sospensione dell'attività intramuraria. Si veda, per esempio, la scheda informativa con le relative delibere pubblicata sul sito della Regione Lombardia, dal titolo Coronavirus: riorganizzazione delle attività di ricovero e ambulatoriali, e disponibile a questo indirizzo: <https://bit.ly/31F8fs3>.

consentendo di approfondire il mutare dell'approccio ai diritti riproduttivi che l'emergenza sanitaria ha forzato.

2. L'impatto della pandemia sul genere

Se il fattore tempo rappresenta la prospettiva a partire dalla quale si intende ragionare sull'impatto che la pandemia ha avuto sulle differenze di genere in campo medico, non si può non partire da una riflessione sul luogo nel quale, in misura maggiore, la dimensione temporale è stata percepita in maniera differente rispetto a prima. La casa, come molti hanno già efficacemente osservato, ha rappresentato, soprattutto durante le settimane in cui le misure restrittive della libertà di circolazione erano più accentuate, il terreno su cui maggiormente si sono misurate le differenze di genere. Al di là delle stime sul tempo "maschile" e "femminile" dedicato alla cura della casa, quanto è qui di interesse riguarda la potenziale maggiore esposizione delle donne, rispetto agli uomini, a disuguaglianze collegate all'organizzazione e gestione dei carichi familiari in combinazione con il lavoro da remoto¹¹.

La presenza continuativa dell'intero nucleo familiare entro le mura domestiche, con un significativo sovvertimento delle abitudini relazionali e con convivenze spesso forzate, ha poi posto in evidenza i pericoli collegati alla violenza sulle donne. Accanto alle campagne informative trasmesse da radio e televisioni, si sono moltiplicate le iniziative veicolate sia dalle istituzioni pubbliche sia dall'associazionismo per non lasciare le donne da sole¹².

Oltre a ciò, un ulteriore profilo che ha messo in evidenza in maniera significativa le disuguaglianze di genere collegate alla pandemia riguarda i lavori di cura, un settore notoriamente dominato

¹¹ Con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'11 marzo 2020, recante *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*, il lavoro agile è stato introdotto come modalità lavorativa ordinaria, dove possibile, per tutta la pubblica amministrazione ed è stato raccomandato anche per le imprese (art. 1, commi 6 e 7). In argomento cfr. L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia costituzionale*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, Napoli, 2020, 1063. Pone in collegamento la dimensione dello spazio domestico e del tempo con la condizione femminile anche M. BELLA, *Risignificare lo spazio domestico ai tempi del Covid-19: tra convivenza e lavoro femminile*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., 670.

¹² Sono già molto numerosi i documenti internazionali e nazionali a riguardo. Ad esempio v. UN Women, *COVID-19 and ending violence against women and girls*, 2020; WHO, *COVID-19 and violence against women What the health sector/system can do*, 26 marzo 2020; il *policy brief* del segretario generale delle Nazioni Unite relativo all'impatto del CoViD-19 sulle donne, che tratta anche della violenza domestica (su cui *infra*), in commento al quale cfr. F. STAIANO, *L'impatto della pandemia da covid-19 sulle donne: considerazioni sul policy brief del Segretario Generale dell'ONU del 9 aprile 2020*, in *SIDI Blog*, 2 maggio 2020. In prospettiva più strettamente nazionale cfr., a titolo esemplificativo, il protocollo d'intesa firmato dalla Ministra per le Pari Opportunità e la Famiglia e dal Presidente della Federazione degli Ordini dei Farmacisti Italiani il 2 aprile 2020 per potenziare l'informazione per le donne vittime di violenza domestica; oppure la Relazione su *Misure per rispondere alle problematiche delle donne vittime di violenza dei centri antiviolenza, delle case rifugio e degli sportelli antiviolenza e antitratto nella situazione di emergenza epidemiologica da COVID-19* approvata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere il 26 marzo 2020. In argomento cfr. C.M. REALE, *La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le disuguaglianze*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 1, 2020, 277 ss. Per una ricca e recente mappatura degli strumenti giuridici per combattere la violenza sulle donne cfr. B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *La violenza di genere dal codice Rocco al codice rosso*, Torino, 2020.

dall'occupazione femminile. Più nello specifico, con riguardo ai lavori domestici e all'assistenza agli anziani, è stata lamentata una scarsa attenzione del legislatore a questa particolare categoria di lavoratori (*rectius*, lavoratrici) che, tuttavia, contribuisce in modo significativo all'assistenza alle famiglie e agli anziani¹³. La pandemia ha anche portato alla luce una fragilità prima scarsamente considerata: al decesso dell'anziano che assistono, le c.d. badanti conviventi si trovano spesso sprovviste di un posto dove andare e l'inevitabile rallentamento delle relazioni interpersonali soprattutto nelle fasi iniziali dell'emergenza sanitaria (e, non ultimo, la chiusura dei confini nazionali) ha rischiato di aprire nuove e profonde ferite sociali e di creare ulteriori marginalità, delle quali sarebbero state principalmente vittima le donne straniere¹⁴.

Si tratta solo di alcuni esempi dell'impatto che la pandemia ha avuto sulle questioni di genere e sulla capacità della crisi sanitaria globale di creare nuove disuguaglianze, sovente basate sul sesso e combinate con altri potenziali fattori di fragilità o di discriminazione (l'età anziana, l'occupazione precaria, essere stranieri, avere figli piccoli, eccetera). A ben vedere, però, non si tratta di situazioni nuove, venutesi a creare a causa della pandemia. Quest'ultima ha solamente agito quale catalizzatore dell'emersione di problematiche già esistenti, esacerbando disuguaglianze e fattori di rischio spesso noti e frequentemente trascurati.

3. Salute delle donne ed emergenza sanitaria: tra conseguenze dell'impegno in prima linea e diritti riproduttivi

Tornando alle questioni evidenziate in premessa, la dimensione temporale, al contempo dilatata e concentrata nelle spirali dell'emergenza sanitaria, ha permesso di accendere i riflettori su questioni in alcuni casi note, ma spesso sopite o sottovalutate sia nel dibattito pubblico e politico sia in quello giuridico. Da questo punto di vista, quindi, la pandemia ha il pregio di aver evidenziato bisogni e urgenze non più procrastinabili.

Fra questi, in modo particolare, è emersa l'esigenza di eliminare alcune disuguaglianze che, in ambito sanitario, colpiscono primariamente le donne. Sono problematiche che trascendono i confini nazionali, accomunando molti ordinamenti e colpendo, con intensità variabile, le donne impegnate professionalmente in attività di cura della persona oppure in quanto pazienti. La portata globale di queste differenze di genere è tale da essere stata presa in considerazione come oggetto di un *policy brief* del Segretario Generale delle Nazioni Unite che, intervenendo sui rischi sociali della pandemia, ha individuato l'ambito sanitario come uno dei terreni di rafforzamento delle discriminazioni¹⁵. Come ora vedremo, le criticità segnalate in sede internazionale sono riscontrabili, pur con le dovute specificità, anche nel nostro Paese.

¹³ Ad esempio, si è puntato l'indice sull'art. 22, co. 2, del d.l. n. 18 del 2020 che ha escluso dalla cassa integrazione in deroga i datori di lavoro domestico, cfr. T. BOERI, *Pregghiera per le badanti*, in *La Repubblica*, 23 marzo 2020.

¹⁴ Mettono in luce la fragilità lavorativa delle lavoratrici domestiche nel contesto della pandemia anche L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., 1062; A. ZINI, *Che ne sarà di colf, assistenti domiciliari e baby sitter*, in *Ingenere*, 31 marzo 2020.

¹⁵ United Nations, *Policy Brief: The Impact of Covid-19 on Women*, 9 aprile 2020, disponibile all'indirizzo internet: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/policy_brief_on_covid_impact_on_women_9_apr_2020_updated.pdf.

In primo luogo, le donne possono essere più esposte al contagio – in base a quanto si legge nel documento citato – perché a livello globale esse rappresentano circa il 70 % della forza lavoro in ambito sanitario ed è generalmente più probabile che si trovino in prima linea nella lotta contro il virus, in qualità di infermiere, operatrici sociosanitarie o altro personale dei servizi ospedalieri e territoriali¹⁶. Inoltre, le donne sono ampiamente occupate nel comparto sanitario e nei servizi ancillari a quelli strettamente medici: si pensi al personale addetto alle pulizie, alle lavanderie o ai servizi mensa. Da questo punto di vista, il *policy brief* della Nazioni Unite esprime preoccupazione per la scarsa tendenza a includere le donne nei processi decisionali per le risposte alla pandemia, nonostante un oggettivo impegno di forze e risorse in prima linea¹⁷. Possiamo quindi evidenziare come, nel nostro ordinamento, si sia cercato di tenere in considerazione questo oggettivo divario, ponendo una particolare attenzione a monitorare la diffusione del virus e l'andamento della malattia nelle persone contagiate anche per mezzo di dati disaggregati per genere¹⁸. I dati raccolti hanno presto messo in evidenza che, proprio per le ragioni anzi dette, le donne sono più esposte al virus, anche per motivi lavorativi, e che lo hanno effettivamente contratto largamente. Ciononostante, sin dalle fasi iniziali dell'emergenza sanitaria, tali statistiche hanno evidenziato che la mortalità a causa del CoViD-19 per le donne è decisamente più bassa¹⁹.

Questa osservazione empirica ha inevitabilmente aperto nuove ipotesi di ricerca medica, mirate all'individuazione delle ragioni biologiche della differenza nella mortalità per genere. Si tratta di un'importante occasione di avanzamento per la c.d. medicina di genere, se si considerano le critiche da tempo sollevate nei confronti dell'orientamento frequentemente a prevalenza maschile di molte sperimentazioni²⁰.

Il secondo canale di preoccupazione del segretario generale delle Nazioni concerne, segnatamente, la garanzia dei diritti riproduttivi, in una fase in cui l'accesso ai servizi sanitari è necessariamente contingentato e programmato²¹. Prevenzione e cura contribuiscono al benessere globale delle donne e, inevitabilmente, dei loro figli e delle famiglie in cui vivono; di conseguenza, limitare la disponibilità e l'apertura dei servizi per la salute riproduttiva può ridurre l'accesso alla contraccezione, determinando un aumento di gravidanze indesiderate (con tutto ciò che ne può seguire in termini di aborto o assistenza alla gravidanza e al parto) o una maggiore esposizione a malattie sessualmente trasmissibili, come l'HIV e l'epatite. Tutto ciò, oltre ad avere un impatto non positivo sui servizi sanitari (richiedendo, evidentemente, interventi che avrebbero potuto essere evitati grazie ad una buona prevenzione),

¹⁶ In base all'annuario statistico del Ministero della Salute pubblicato nel luglio 2019 con i dati sul personale sanitario relativi all'anno 2017, il personale di ruolo del Servizio sanitario nazionale ammonta a oltre seicentomila unità, di cui il 66,8% donne.

¹⁷ Si veda il *policy brief*, a pagina 10.

¹⁸ Istituto Superiore di Sanità, *Differenze di genere in COVID-19: l'importanza dei dati disaggregati per sesso, aprile 2020*, disponibile all'indirizzo <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-differenze-genero-importanza-dati-disaggregati>.

¹⁹ *Ibidem*. A questo riguardo cfr. anche L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit., 1061.

²⁰ Su alcune delle problematiche degli "sbilanciamenti" di genere in medicina cfr. F. RESCIGNO, *Medicina di genere e autodeterminazione femminile: un percorso giuridico accidentato*, e M. TOMASI, *Sperimentazioni cliniche e medicina di genere: la ricerca dell'eguaglianza attraverso la valorizzazione delle differenze*, entrambi in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, Torino, 2019, rispettivamente 203 e 215.

²¹ Si veda il *policy brief*, a pagina 11.

colpisce inesorabilmente le donne in condizioni di maggiore fragilità sociale ed economica, accentuando le diseguaglianze e creando ulteriori bisogni e necessità di intervento.

3.1. Le misure organizzative

Nel contesto sopra descritto, l'analisi delle misure organizzative adottate in ambito sanitario può contribuire a decifrare come il nostro ordinamento abbia reagito a questo secondo ordine di preoccupazioni. Da un lato, l'accesso ai servizi – almeno in periodo “ordinario” – dipende in larga parte dall'organizzazione regionale, anche se l'emergenza sanitaria globale in corso ha imposto la necessità di adottare misure omogenee sul territorio nazionale. Dall'altro lato, al di là dell'organizzazione, ci sono misure di carattere nazionale che attengono alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni in ambito sanitario che precedono il dato strettamente organizzativo e che, anzi, debbono essere assicurate in modo omogeneo sul territorio nazionale²².

Quanto al primo aspetto, sin dalle fasi iniziali dell'emergenza, è stata chiara la necessità di provvedere ad una riorganizzazione delle strutture sanitarie, anche attraverso la concentrazione delle risorse umane e strumentali nella gestione dell'infezione. Già con una circolare del 1 marzo 2020²³, il Ministero della Salute comunicava alle autonomie territoriali la necessità di provvedere all'incremento delle disponibilità di posti letto e di organico in terapia intensiva, malattie infettive e pneumologia. A tal fine, le Regioni e le Province autonome avrebbero dovuto prendere le adeguate misure anche per la «rimodulazione locale delle attività ospedaliere». I territori si sono, quindi, organizzati, disponendo in larga parte la sospensione e il rinvio di molte attività sanitarie in elezione²⁴. A tale atto, con l'avanzare dell'emergenza sanitaria, sono seguiti – come è noto – numerosissimi interventi normativi dell'esecutivo, di livello primario e secondario che, per quanto qui di stretto interesse, hanno introdotto strumenti di diversa natura per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale (SSN).

L'adozione di misure volte, complessivamente, alla gestione sanitaria della pandemia e al potenziamento strutturale del Servizio sanitario, anche al fine di far fronte ad eventuali future riacutizzazioni della minaccia sono proseguite nelle settimane successive, con l'ulteriore finalità di sistematizzare gli interventi già effettuati. A riguardo, ad esempio, l'articolo 2 del decreto-legge n. 34 del 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77 del 2020, ha demandato a Regioni e Province Autonome il compito di attuare un apposito piano riorganizzativo volto a «rafforzare strutturalmente il Servizio sanitario nazionale» al fine di «fronteggiare adeguatamente le emergenze pandemiche». Per garantire l'omogeneità sul territorio nazionale delle misure organizzative adottate a livello regionale, la medesima norma prevede anche una procedura concertata con il governo centrale, analiticamente descritta nei commi successivi²⁵.

²² Circa l'articolarsi di queste dinamiche in “tempo ordinario” tra Stato e Regioni sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *Il biodiritto nel prisma dell'autonomia regionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 2, 2020, 241 ss. e letteratura ivi citata.

²³ Circolare n. 2627 del 1 marzo 2020 del Ministero della Salute, recante *Incremento disponibilità posti letto de Servizio Sanitario Nazionale e ulteriori indicazioni relative alla gestione dell'emergenza COVID-19*.

²⁴ Cfr. *supra*, nota 10.

²⁵ Decreto-legge n. 34 del 2020, articolo 2, co. 1: «I piani di riorganizzazione di cui al presente comma, come approvati dal Ministero della salute secondo la metodologia di cui al comma 8, sono recepiti nei programmi operativi di cui all'articolo 18, comma 1, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni

Tali misure, pur indirizzandosi principalmente all'organizzazione sanitaria coinvolta in prima linea nella gestione del virus, hanno inevitabilmente condizionato la gestione complessiva delle strutture del SSN e, con queste, anche di quelle dedicate alla salute riproduttiva e delle donne. Nel coacervo di atti e norme che freneticamente si sono accavallati nelle prime settimane dell'emergenza, ad esempio, una circolare del Ministero della Salute, adottata in data 16 marzo 2020, contiene alcune linee di indirizzo sulle prestazioni sanitarie riprogrammabili e su quelle non differibili. Pur nella consapevolezza della competenza regionale per la riorganizzazione dei servizi sanitari, l'intervento ministeriale è mirato a rendere omogenee sul territorio nazionale le iniziative necessitate dalla crisi e sollecitate dal Governo stesso. La circolare distingue le attività ambulatoriali e quelle di ricovero in procrastinabili e non procrastinabili, specificando che nella seconda categoria rientrano i trattamenti contrassegnati tra priorità urgente e breve e i ricoveri urgenti, oncologici o con priorità A²⁶.

A dimostrare come la salute riproduttiva delle donne rischi spesso di finire schiacciata entro le maglie dell'organizzazione sanitaria, bisogna segnalare come, a pochi giorni di distanza dall'adozione della circolare citata, si sia resa necessaria la diffusione di un secondo atto amministrativo, contenente chiarimenti sul primo e specificamente dedicato all'area ostetrico-ginecologica²⁷.

Nell'elencazione delle prestazioni non differibili dedicate alla salute materno-infantile, il Ministero include, naturalmente, anche le interruzioni volontarie di gravidanza. La necessità di chiarire, per mezzo di un atto ministeriale, che tali interventi rientrano tra quelli non procrastinabili suggerisce che – come

dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 e sono monitorati congiuntamente, a fini esclusivamente conoscitivi, dal Ministero della salute e dal Ministero dell'economia e delle finanze». Secondo quanto previsto dal successivo comma 8, le Regioni e le Province Autonome presentano al Ministero della Salute tale piano entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto; al Ministero spettano poi 30 giorni per l'approvazione, con la possibilità di chiedere, una sola volta, eventuali chiarimenti o integrazioni. In caso di silenzio da parte del Ministero, il piano è approvato scaduto il termine per le osservazioni. Invece, in caso di parere negativo, oppure in caso di mancata presentazione del piano da parte della Regione o della Provincia Autonoma entro il termine indicato, il piano viene adottato dal Ministero stesso, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

²⁶ Si tratta di categorie individuate Piano Nazionale di Governo delle Liste di Attesa per il triennio 2019- 2021, di cui all'Intesa ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131 tra il Governo, le Regioni e Province Autonome di Trento e di Bolzano, sul Piano Nazionale di Governo delle Liste di Attesa per il triennio 2019- 2021, di cui all'articolo 1, comma 280, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, Repertorio Atti n.: 28 /CSR del 21/02/2019. Per quanto riguarda le visite ambulatoriali, le classi di priorità si dividono in U (Urgente), da effettuarsi entro 72 ore; B (Breve), da eseguire entro 10 giorni; D (Differibile), a 30 giorni per le visite e a 60 giorni per gli accertamenti diagnostici; P (Programmata), da eseguire entro 120 giorni. Anche i ricoveri sono distinti in quattro classi di priorità; in particolare, la priorità A riguarda ricoveri che devono essere eseguiti entro 30 giorni per casi clinici che possono rapidamente aggravarsi.

²⁷ Circolare n. 8076 del 30 marzo 2020 del Ministero della Salute, recante *Chiarimenti Rif. Linee di indirizzo per la rimodulazione dell'attività programmata differibile in corso di emergenza da COVID-19*.

del resto segnalato da alcune associazioni attraverso gli organi di stampa²⁸ – l'accesso ai servizi abortivi si sia reso più complesso durante l'emergenza sanitaria²⁹.

Ecco, dunque, che, una volta sbrogiate le intricate maglie dell'organizzazione sanitaria, si apre l'occasione per sviluppare alcune considerazioni sul rapporto tra concezione della salute della donna e tempo, all'epoca della pandemia.

3.2. La libertà di scelta delle donne, nel tempo della pandemia

Di per sé, il contenuto della circolare ministeriale citata potrebbe essere letto in termini neutri o, al più, potrebbe trovare collocazione nella solerzia di un apparato amministrativo nel pieno occhio del ciclone, alle prese con la necessità di riorganizzare, anche attraverso nuove procedure, perfino le attività più basilari. Eppure, la necessità di chiarire che, in questo specifico settore della medicina, vi sono alcune prestazioni non differibili, nonostante la gravidanza in sé non sia una patologia da curare, accende un campanello d'allarme sulla percezione generale della salute delle donne. Al di là dell'accesso all'interruzione di gravidanza – di cui ora si dirà – bisogna subito evidenziare come l'intero universo della riproduzione sia disciplinato, prima che dall'etica, dal diritto o dall'organizzazione sanitaria, dalle ferree regole della biologia, governate a loro volta da un rigido schema temporale.

Riemerge, quindi, il *tempo*, concetto centrale nella gestione della pandemia e nella percezione soggettiva delle nuove dinamiche di vita che ne sono scaturite. Nella riproduzione umana, la sovranità biologica del tempo è tale da essere stata difficilmente messa alla prova dall'uomo e dal progresso scientifico. È emblematica di questo dominio la medicina della riproduzione: nonostante essa si occupi essenzialmente di offrire la possibilità di generare a coloro che incontrano una barriera naturale nel farlo, non solo le percentuali di successo della procreazione assistita restano molto basse, ma risulta ancora difficile aggirare le barriere che lo scorrere del tempo impone alla biologia umana³⁰.

Sfidando la sovranità del tempo sulla biologia riproduttiva, la pandemia ha imposto la sospensione di alcune delle attività sanitarie dedicate alla ricerca della genitorialità, con la sola eccezione – come specificato nella circolare sopra citata – delle procedure già avviate nelle pazienti che si dovevano sottoporre a prelievo ovarico e al trasferimento degli embrioni (interventi, evidentemente, non

²⁸ A. POMPILI, M. PARACHINI, *L'aborto ai tempi del coronavirus*, in *Quotidiano Sanità*, 14 marzo 2020; M.N. DE LUCA, *Coronavirus, "L'emergenza blocca gli aborti, diamo a casa la pillola Ru486"*, in *La Repubblica*, 8 aprile 2020, nella quale l'autrice dà diffusione ad una petizione lanciata attraverso il web da Pro-choice Rete italiana contraccezione e aborto (Pro-choice RICA), Libera Associazione Italiana Ginecologi per l'Applicazione legge 194 (LAIGA), Associazione Medici Italiani Contraccezione e Aborto (AMICA) e Associazione Vita Di Donna ONLUS volta a favorire l'accesso all'aborto farmacologico durante l'emergenza sanitaria.

²⁹ A riguardo cfr. M. D'AMICO, *Emergenza sanitaria e diritti dimenticati*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia*, ConsultaOnline, 2020, 99. Richiama la circolare anche F. GRANDI, *L'aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine": l'ultima trincea dell'effettività del servizio di interruzione della gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2020, 1.

³⁰ In base a quanto si desume dai dati annualmente presentati dal Ministero al Parlamento sull'attuazione della legge n. 40 del 2004, meno del 20 % dei cicli di procreazione medicalmente assistita iniziati portano ad una gravidanza e meno ancora ad un parto. In generale, inoltre, gli esiti positivi si abbassano significativamente con l'aumentare dell'età della donna. Cfr. *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (L. febbraio 2004, n. 40, articolo 15)*, anno 2019, presentata al Parlamento il 26 giugno 2019.

procrastinabili). Tutti coloro che avrebbero dovuto iniziare le procedure, invece, hanno dovuto attendere, rinviando di alcuni mesi la ricerca di una gravidanza medicalmente assistita. A questo riguardo, bisogna segnalare che con una circolare del 1 marzo 2020, l'Istituto Superiore di Sanità ha raccomandato, *inter alia*, la sospensione dell'attività di donazione di cellule riproduttive e la sospensione dei trattamenti per tutte le coppie che non avessero già iniziato i cicli di stimolazione oppure che non si trovassero in condizioni di urgenza per ragioni di età o di situazione sanitaria³¹.

Sebbene non sia nelle facoltà del diritto far tornare indietro la lancetta dell'orologio (men che meno di quello biologico), alla ripresa delle attività all'affacciarsi della faticosa fase due, si sono accompagnati alcuni piccoli correttivi organizzativi volti a garantire l'inclusione nei percorsi procreativi di coloro che, a causa della pandemia, hanno visto un rallentamento del proprio progetto di genitorialità³².

La lettura complessiva della circolare del Ministero della Salute, quindi, non solleva particolari criticità, limitatamente al fatto che l'atto ha incluso fra le prestazioni non procrastinabili durante l'emergenza sanitaria un novero molto ampio di interventi per la salute riproduttiva della donna, anche non strettamente collegati ad una gravidanza in atto, sebbene molti dei trattamenti oggetto delle precisazioni fossero indubbiamente dovuti senza dilazioni temporali. Lo stesso atto, tuttavia, genera più di qualche perplessità, se si considera che il Ministero della Salute ha ritenuto doveroso specificare che nemmeno le interruzioni di gravidanza sono differibili.

L'intera legge n. 194 del 1978, che da oltre quarant'anni disciplina con equilibrio la possibilità di porre termine ad una gravidanza per ragioni collegate alla salute fisica o psichica della donna, è costruita su di un articolato schema temporale, a propria volta basato sulla scansione naturale della gravidanza. Nemmeno il tempo sospeso della pandemia può modificare il ritmo dello sviluppo fetale nel grembo materno e, di conseguenza, le decisioni assunte in via legislativa per la scelta sull'interruzione della gestazione. La sospensione dei ritmi di vita imposta dalla crisi sanitaria, inoltre, non può intaccare diritti costituzionalmente garantiti e, soprattutto, bloccare l'erogazione di trattamenti sanitari che non solo rientrano nei livelli essenziali delle prestazioni, ma la cui fruibilità è inderogabilmente vincolata al tempo.

Per espressa scelta legislativa, infatti, l'interruzione volontaria di gravidanza, in Italia, può essere di due tipi: entro i primi novanta giorni (artt. 4 e 5 della legge n. 194 del 1978) e dopo i primi novante giorni (articoli 6 e 7 della medesima legge). La *ratio* di tale decisione, peraltro analoga a quella adottata da molti altri ordinamenti, risiede nel notevole incremento del rischio per la vita e la salute delle donne che insorge negli aborti svolti dopo il primo trimestre e nel correlato sviluppo del feto³³. A prescindere

³¹ Cfr. Istituto Superiore di Sanità, *Misure di prevenzione della trasmissione dell'infezione da nuovo Coronavirus (SARS-CoV-2) in Italia per le cellule riproduttive e i trattamenti di PMA (procreazione medicalmente assistita)*, 17 marzo 2020, Prot. 605/CNT2020, accessibile sul sito www.iss.it. In argomento si veda il contributo di M.P. IADICICCO, *Le ricadute dell'emergenza sanitaria sulle procedure di fecondazione assistita*, in questo fascicolo.

³² Cfr. Istituto Superiore di Sanità, *Procreazione medicalmente assistita e COVID-19: la survey del Registro nazionale PMA*, disponibile all'indirizzo <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-gravidanza-parto-allattamento-pma-survey>; Circolare del Centro Nazionale Trapianti e del Registro PMA dell'ISS, recante *Misure di prevenzione della trasmissione dell'infezione da nuovo Coronavirus (SARS-CoV-2) in Italia nell'ambito delle attività che comportino prelievo ed utilizzo di cellule riproduttive e dei trattamenti di PMA*, 5 maggio 2020, disponibile all'indirizzo http://www.trapianti.salute.gov.it/imgs/C_17_cntAvvisi_243_0_file.pdf.

³³ G. BERLINGUER, *La legge sull'aborto*, Roma, 1978, 67 ss.; C. FLAMIGNI, C. MELEGA, *RU486: non tutte le streghe sono state bruciate*, Roma, 2010, 73 ss.

da ciò, comunque, quanto interessa evidenziare riguarda la chiara scansione temporale della possibilità di interrompere la gravidanza: come è noto, entro il novantesimo giorno, la donna può attivare tali procedure se ritiene che la prosecuzione della gravidanza comporterebbe «un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito»³⁴. Dopo tale termine, le condizioni per richiedere un aborto divengono più stringenti e, segnatamente riguardano il caso in cui la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna, oppure vi siano rilevanti anomalie del nascituro che mettano in pericolo la salute fisica o psichica della stessa³⁵.

L'aborto nel primo trimestre, inoltre, è subordinato al rispetto – salvo ragioni di urgenza – di un ulteriore requisito temporale: la donna deve recarsi presso un consultorio familiare (o da un medico di fiducia) dove, al termine di un colloquio vertente sulle ragioni che la inducono a compiere tale scelta, le viene rilasciato un documento, firmato anche da lei stessa, che attesta lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta³⁶. A questo punto, la donna deve attendere sette giorni prima di recarsi presso una struttura sanitaria autorizzata a compiere le interruzioni di gravidanza³⁷. Si tratta di un ulteriore termine temporale, voluto dal legislatore, per bilanciare i diversi interessi costituzionali che caratterizzano questa legge e il cui gioco combinato, al contempo, ha contribuito a costruire quell'equilibrio che le ha permesso di superare indenne i controlli di legittimità della Corte costituzionale, consegnandola ai giorni nostri invariata dopo quarant'anni di vigenza³⁸.

Anche in tempo di pandemia, questa scansione temporale non ha subito (né avrebbe potuto subire) differimenti né sospensioni. Il corpo delle donne, il ritmo delle loro scelte e – soprattutto – i tempi

³⁴ Art. 4, co. 1, legge n. 194 del 1978.

³⁵ Art. 6, legge n. 194 del 1978.

³⁶ Sulle problematiche dell'IVG entro i primi novanta giorni cfr. A. APRILE, *Interruzione volontaria della gravidanza: casistica medico-lege*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Vol. II, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1719 ss.

³⁷ Art. 5, co. 3, legge n. 194 del 1978.

³⁸ La letteratura giuridica sulla legge n. 194 del 1978 è vastissima. Limitandosi al dibattito più recente e senza pretese di completezza cfr. B. LIBERALI, *Costituzione e interpretazione nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza fra progresso scientifico ed evoluzione della coscienza sociale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 2, 2019, 437; ID., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 91 ss.; I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 11 ss.; L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017; M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, 32 ss.; M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, Napoli, 2016; F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 100 ss.; L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita*, Milano-Udine, 2015; B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1655 ss.; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Vol III, Napoli, 2009, 815.

della gravidanza non hanno subito alcun rallentamento a causa delle misure adottate per far fronte alla crisi sanitaria. Ne segue, anche in termini di garanzia dei diritti, che le relative prestazioni avrebbero dovuto continuare ad essere garantite, in regime di sicurezza e con tutte le cautele necessarie a limitare la diffusione del contagio, senza però travolgere la libertà di scelta e il diritto alla salute.

4. Le nuove linee guida ministeriali sulla legge n. 194 del 1978 e l'aborto farmacologico

Come si è avuto modo di accennare, alcune associazioni impegnate nella garanzia della libertà di scelta delle donne, sin dall'inizio della pandemia, hanno segnalato i rischi connessi ad una difficile accessibilità dei servizi per le interruzioni di gravidanza. I loro appelli, oltre a richiedere una maggiore chiarezza nelle modalità organizzative per evitare di compromettere l'erogazione di un servizio essenziale, hanno puntato anche ad un aggiornamento delle procedure, con un maggiore impiego dell'aborto farmacologico.

Il 12 agosto 2020 il Ministero è infine intervenuto con un provvedimento recante *Aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine"*, in sostituzione delle precedenti linee guida, risalenti al 2010³⁹. Queste ultime facevano seguito all'autorizzazione all'immissione in commercio nel nostro ordinamento del farmaco per l'aborto farmacologico, il mifepristone, e indicavano le condizioni di utilizzo all'interno del sistema sanitario⁴⁰. A garanzia della salute della donna, l'AIFA autorizzava l'assunzione del farmaco per l'interruzione medica di gravidanza entro il quarantanovesimo giorno di amenorrea, con il preciso vincolo del rigoroso rispetto di quanto previsto dalla legge n. 194 del 1978, in regime di ricovero in una delle strutture autorizzate all'IVG, sino alla verifica dell'espulsione del prodotto del concepimento.

Sulla scia della determinazione AIFA e del correlato parere del Consiglio Superiore di Sanità⁴¹, quindi, le linee guida ministeriali del 2010 prevedevano l'assunzione dei due farmaci per l'aborto medico (il mifepristone, RU486, prima e le prostaglandine, poi, a distanza di 48 ore), in regime di ricovero ordinario. Secondo quanto indicato da AIFA e – va sottolineato – a differenza di quanto previsto nell'omologa autorizzazione dell'Agenzia Europea del Farmaco, la possibilità di utilizzare tale metodica veniva circoscritta alla settima settimana di gravidanza⁴².

Una volta autorizzato l'impiego dei medicinali per l'aborto farmacologico e individuate le procedure da seguire con le linee guida ministeriali, questa metodica per le interruzioni volontarie di gravidanza è diventata una alternativa concreta per le donne. A partire da allora, però, hanno anche iniziato a moltiplicarsi le differenziazioni regionali nella garanzia di questo servizio, poiché alcune Regioni si sono

³⁹ Spiega dettagliatamente la successione degli atti amministrativi che hanno portato all'impiego in Italia della RU486, dal 2009 sino alle ultime linee guida F. GRANDI, *L'aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine"*, cit., 8 ss.

⁴⁰ Determina del direttore generale dell'AIFA n. 1460 del 24 novembre 2009, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, Serie generale, n. 286 del 9 dicembre 2009, Supplemento ordinario n. 229, con la quale è stata autorizzata l'immissione in commercio (A.I.C.) del medicinale «Mifegyne», a base di mifepristone (RU486).

⁴¹ Consiglio Superiore di Sanità, parere 18 marzo 2010.

⁴² Cfr. ancora F. GRANDI, *L'aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine"*, cit., 8 ss.; in argomento v. anche P. DI LAURO, *Obiezione di coscienza e aborto farmacologico*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita*, cit., 586.

fatte non solo parte diligente, ma anche promotrici di un ampio ricorso a questa tecnica, mentre altri territori si sono dimostrati più restii.

Come si evince dalla relazione sull'applicazione della legge, che annualmente il Ministero presenta al Parlamento, l'aborto farmacologico è divenuto effettivamente disponibile per le donne su tutto il territorio nazionale solamente negli anni più recenti, nonostante alcune Regioni avessero iniziato ad impiegarlo *off label* sin dal 2005⁴³. Ad oggi, sono ancora riscontrabili significative variazioni a livello regionale, con un'oscillazione che va dal 44 % dell'impiego dell'aborto farmacologico sul numero totale di IVG del Piemonte, all'utilizzo solamente in una manciata di casi, pari all'1-2 % nella Provincia Autonoma di Bolzano e in Molise. In generale, inoltre, si può osservare un significativo divario nel ricorso al farmaco tra le Regioni del Nord e le altre⁴⁴.

In maniera interessante, inoltre, l'ultima relazione evidenzia che, nonostante molte Regioni, in conformità con le linee guida ministeriali, offrano l'aborto farmacologico in regime di ricovero ordinario⁴⁵, la maggior parte delle donne che ha scelto di avvalersi di questa metodica (76 %) ha chiesto la dimissione volontaria dopo la somministrazione del primo farmaco o, comunque, prima dell'avvenuta completa espulsione del prodotto del concepimento, per tornare in un secondo momento presso la struttura sanitaria per i necessari controlli⁴⁶. Uno sguardo ai dati raccolti dal Ministero, infine, pone in evidenza che, in ogni caso, la maggior parte delle IVG, con un'oscillazione che va dal 45 % delle isole al 60 % nel meridione, avviene entro l'ottava settimana di gestazione⁴⁷. Si tratta di un elemento interessante, se si considera che, quindi, il ricorso all'aborto farmacologico potrebbe essere più frequente.

Sul contesto sinora descritto bisogna, ora, collocare l'adozione delle nuove linee guida da parte del Ministero. Sulla base del parere favorevole del Consiglio Superiore di Sanità del 4 agosto 2020, l'interruzione volontaria di gravidanza con metodo farmacologico è ora consentita fino alla nona settimana di gestazione (ossia fino al 63° giorno) e in strutture ambulatoriali, oppure in *day hospital*⁴⁸. Per il

⁴³ Come riportato nella *Relazione del Ministro Salute sulla attuazione della Legge 194/78*, presentata il 4 ottobre 2007 e contenente i dati preliminari del 2006 e dati definitivi del 2005, «nel 2005 il Mifepristone (RU486) per l'aborto medico, è stato utilizzato in due Regioni (Piemonte e Toscana) per un totale di 132 casi; nel 2006 in cinque Regioni (Piemonte, Trento, Emilia Romagna, Toscana e Marche), per un totale di 1151 casi, pari allo 0,9% delle IVG effettuate nell'anno», pagina 34.

⁴⁴ *Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (Legge 194/78), con i dati definitivi del 2018*, presentata il 2 luglio 2020, pagina 48 e tabella 25.

⁴⁵ Alcune Regioni, fra le quali, ad esempio il Piemonte e l'Umbria, facendo leva su quanto previsto dall'art. 15 della legge, che riconosce ampia libertà organizzativa agli enti territoriali, avevano già disposto la somministrazione dal farmaco abortivo in regime di *day hospital*. A riguardo cfr. F. GRANDI, *L'aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine"*, cit., 11.

⁴⁶ *Relazione sullo stato d'attuazione della legge n. 194 del 1978 presentata nel 2020*, pag. 48. A questo riguardo, il Ministero aggiunge che «[i]noltre nel 96,9% dei casi non vi era stata nessuna complicazione immediata e la necessità di ricorrere per terminare l'intervento con isterosuzione o per revisione della cavità uterina si era presentata nel 5,3% dei casi. Anche al controllo post dimissione nel 92,9% dei casi non era stata riscontrata nessuna complicanza. Questi dati sono simili a quanto rilevato in altri Paesi e a quelli riportati in letteratura e sembrano confermare la sicurezza di questo metodo».

⁴⁷ *Relazione sullo stato d'attuazione della legge n. 194 del 1978 presentata nel 2020*, tabella 19.

⁴⁸ Come si evince dal testo delle linee guida pubblicate nell'agosto 2020, inoltre, «[s]uccessivamente al parere del Consiglio Superiore di Sanità, è stata emanata la Determina n. 865 del 12 agosto 2020 dell'Agenzia Italiana del Farmaco "Modifica delle modalità di impiego del Medicinale Mifegyne a base di mifepristone (RU486)" nella

farmaco RU486, quindi, viene annullato il vincolo di utilizzo in regime di ricovero ed estesa di due settimane la possibilità di utilizzo.

Il Ministero sembra, insomma, aver accolto parte delle sollecitazioni pervenute attraverso gli appelli cui si è fatto cenno sopra; il superamento del regime di ricovero ordinario, poi, potrebbe essere un portato della riorganizzazione generale delle strutture sanitarie provocata dalla pandemia. Ciò che è interessante osservare, comunque, riguarda la pressione che l'emergenza epidemiologica ha esercitato anche sulla garanzia delle prestazioni sanitarie non strettamente collegate al trattamento del virus e come, nel caso che qui interessa, essa abbia potuto influire sull'impiego degli strumenti materiali che veicolano l'effettività di una legge dal contenuto costituzionalmente vincolato.

La necessità di ridurre l'afflusso e la permanenza di esterni nelle strutture sanitarie, infine, ha avuto un significativo impatto anche sul tempo: ampliare la possibilità di ricorrere all'aborto farmacologico, infatti, significa permettere al personale sanitario di seguire più pazienti contemporaneamente, riducendo il ricorso a procedure chirurgiche. Oltre ad estendere di due settimane la possibilità per le donne di scegliere la tipologia di intervento per l'interruzione di gravidanza, un maggiore impiego dell'IVG farmacologica può contribuire anche, in termini organizzativi, ad ovviare ai rallentamenti nell'accesso ai servizi abortivi che possono dipendere dalla difficoltà di gestione delle richieste da parte del personale disponibile. Tale ultimo fenomeno, come è noto, è spesso stato collegato all'ampio esercizio dell'obiezione di coscienza, in base all'art. 9 della legge, da parte dei ginecologi⁴⁹.

Sotto plurimi profili, quindi, l'aggiornamento delle linee guida può essere valutato positivamente. In modo particolare, per quanto più di interesse per le riflessioni che si stanno qui sviluppando, l'atto ministeriale contribuisce a rinvigorire la legge n. 194 del 1978 nel tempo. A distanza di oltre quarant'anni dalla sua sofferta, ma infine condivisa, approvazione, questo atto normativo ha saputo dimostrare di reggere indenne alle enormi trasformazioni sociali e scientifiche a cui abbiamo assistito in questi ultimi quattro decenni e di continuare a salvaguardare gli interessi costituzionali di tutti i soggetti coinvolti.

In aggiunta, allargare la possibilità di impiego dell'aborto farmacologico, sia in termini temporali sia sotto il profilo organizzativo significa consentire alle strutture del servizio sanitario di poter scegliere –

quale vengono superate le precedenti limitazioni contenute nella Delibera del Consiglio di Amministrazione AIFA n. 14 del 30 luglio 2009 e nella Determinazione del Direttore generale dell'AIFA del 24 novembre 2009. Con la nuova Determina AIFA».

⁴⁹ In base all'ultima relazione, la media nazionale di obiezioni di coscienza tra i ginecologi è attualmente del 69 %, con punte però molto alte in alcune Regioni. Il tema è stato ampiamente trattato dalla dottrina, anche recentemente. M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 19 ss.; C.B. CEFFA, *Gli irrisolti profili di sostenibilità sociale dell'obiezione di coscienza all'aborto a quasi quarant'anni dall'approvazione della legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017; B. LIBERALI, *“Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194”: una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017; S. PRISCO, *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita*, cit. 511; M. SAPORITI, *Se fossero tutti obiettori? Paradossi e fraintendimenti dell'obiezione di coscienza all'aborto in Italia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2013, 477 ss.; più ampiamente v. anche F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011.

se le circostanze cliniche lo permettono e la donna acconsente – prestazioni meno impegnative in termini di risorse economiche ed umane, con un impatto evidentemente positivo sulla gestione sanitaria in generale. L'atto ministeriale ha, infine, una funzione unificante, poiché mira a sollecitare le Regioni ad adottare procedure omogenee e comuni, pur rispettando l'autonomia organizzativa loro spettante.

5. Corpo, genere e pandemia in un rinnovato assetto temporale: se non ora, quando?

Il tempo è il fulcro intorno al quale sono state costruite le riflessioni qui sviluppate sul rapporto tra impatto della pandemia sull'eguaglianza di genere e organizzazione sanitaria poiché è l'elemento unificatore delle diverse situazioni di cui si è trattato.

Anzi tutto, il periodo della pandemia, come abbiamo visto, ci ha costretto a sospendere (in parte) alcuni dei ritmi dell'ordinarietà, spostando le priorità e imponendo una riorganizzazione anche temporale tanto delle nostre vite private quanto del rapporto tra stato e persona. In questo contesto, inevitabilmente, sono emerse in maniera significativa le diseguaglianze legate alle condizioni personali e sociali che spesso si rivelano essere *gender-oriented*⁵⁰. Il tempo, infatti, è uno dei canali su cui si misurano le disuguaglianze stesse, se si pensa all'impegno orario dedicato alla famiglia, alla cura o ai lavori di casa e come questo si riverberi, in concreto, sulle scelte professionali e sull'avanzamento individuale⁵¹. Ma è il dato biologico, come abbiamo visto, ad individuare il vero campo di sovranità del tempo nelle differenze di genere, soprattutto quando legato alla riproduzione.

Anche per queste ragioni si è scelto di affrontare le problematiche emergenti dall'incrocio tra genere, pandemia e sanità attraverso la prospettiva del tempo, cercando di individuare, prima, come l'emergenza sanitaria abbia modificato l'ordinario scorrimento delle vite e, poi, come il fattore temporale sia stato al centro di numerosi interventi per limitare il contagio e, in un secondo momento, per favorire una lenta ed ordinata ripresa delle attività umane. Nell'ampio novero di scelte operate a livello legislativo ed amministrativo in questo contesto, il settore sanitario è quello nel quale misurare l'impatto della rinnovata gestione del tempo.

Ecco, dunque, che l'emergenza sanitaria ha messo in luce, ancora una volta, che la garanzia di diritti acquisiti non può mai essere data per scontata, poiché il venir meno delle tutele previste dalla legge può dipendere anche dal modo in cui le norme trovano attuazione nel nostro ordinamento. In questo senso, la contingenza creata dalla crisi sanitaria ha evidenziato che, per esempio, nemmeno l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza può essere dato per scontato. Se non ben presidiati, i diritti la cui garanzia transita attraverso prestazioni rischiano di incontrare pericolosi vuoti di effettività per effetto di regole in apparenza solo organizzative⁵².

⁵⁰ Parla di una «costante tensione tra uguaglianza e differenza» che ha accompagnato «le elaborazioni della giurisprudenza costituzionale sui rapporti uomo-donna e sulle reciproche posizioni nella differenti sfere della vita sociale» B. PEZZINI, *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 2, 2019, 620.

⁵¹ Cfr. a riguardo L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia costituzionale*, cit.; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2020, 16 ss.; in prospettiva più ampia v. A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione*, Bologna, 20, *passim*.

⁵² Tratta di questioni simili, con particolare riferimento alle problematiche derivanti dall'attribuire «un ruolo preminente al formante giurisprudenziale», invece che valorizzare i compiti dell'amministrazione, N. VETTORI,

Il fatto che una circolare ministeriale abbia dovuto precisare che, fra le prestazioni non procrastinabili nemmeno durante il c.d. *lockdown*, rientrasse anche l'IVG dimostra che l'occhio deve essere sempre vigile quando viene in gioco la tutela di posizioni delicate e di diritti sensibili. Il tempo, in questo caso, costituisce il fattore caratterizzante la pretesa individuale della prestazione medica, che impedisce di rimandare l'intervento e funge, al contempo, da campanello d'allarme in caso di carenze nell'applicazione effettiva della legge n. 194 del 1978.

Le nuove linee guida sull'aborto farmacologico pubblicate nell'agosto 2020, infine, sono un efficace esempio di come il tempo della pandemia abbia imposto di rivedere alcune decisioni, sia in termini sostanziali sia in termini organizzativi. La necessità di limitare gli accessi alle strutture sanitarie e i tempi di permanenza all'interno di esse, come abbiamo visto, ha determinato una profonda riconfigurazione della macchina sanitaria che, proprio all'incrocio con le questioni di genere, è andata a toccare anche le modalità di effettuazione delle interruzioni di gravidanza. Su tutto, la ragione che ha spinto le istituzioni a rivedere le condizioni di autorizzazione del farmaco abortivo in termini di superamento della somministrazione in regime di ricovero e di estensione del termine temporale da sette a nove settimane di gestazione deve quindi essere individuata primariamente nelle nuove esigenze, piuttosto che in una revisione sostanziale di posizioni che in occasione delle precedenti linee guida, dieci anni fa, prestarono il fianco a significative critiche⁵³.

In questo caso, quindi, possiamo osservare come la pandemia abbia funzionato quale catalizzatore dell'emersione di problemi e disuguaglianze sociali in parte già note e in parte generate dalla contingenza del momento attuale. Ciò che, in termini costruttivi, può essere osservato riguarda il ruolo che i poteri pubblici esercitano in questo contesto: a fronte di un dato costituzionale naturalmente orientato alla promozione dell'eguaglianza di genere e alla costante rimozione delle differenziazioni che in concreto limitano l'esercizio dei diritti, la parità si misura per mezzo degli strumenti legislativi e organizzativi. Laddove il dato normativo non presenti profili di illegittimità o non necessiti di un aggiornamento da parte del legislatore, come nel caso della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, sono le strutture amministrative e organizzative a farsi veicolo della garanzia dei diritti, nel rispetto dei principi costituzionali fra i quali anche quelli di imparzialità e di adeguatezza, che divengono strumentali alla realizzazione dell'eguaglianza⁵⁴.

Non è una novità che la legge sull'IVG sconti alcune problematiche applicative che hanno condotto l'Italia a rispondere della sua attuazione davanti al Comitato europeo dei diritti sociali che, nel 2014 e nel 2016, ha riscontrato come, pur a fronte di un dato normativo conforme alla Carta Sociale Europea, manchino strumenti concreti volti a garantire un'effettiva applicazione della legge⁵⁵. Come si ricorderà,

Diritti della persona e amministrazione pubblica: la tutela della salute al tempo delle biotecnologie, Milano, 2017, 33-35. Circa la rilevanza dei profili organizzativi per assicurare l'applicazione della legge n. 194 del 1978, cfr. A. PIOGGIA, *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria, ovvero del diavolo nei dettagli*, in *Medicina nei secoli*, 28, 1, 2016, 149 ss.

⁵³ Cfr. FLAMIGNI, C. MELEGA, *RU486: non tutte le streghe sono state bruciate*, cit., 137 ss.

⁵⁴ In riferimento all'organizzazione come strumento di imparzialità della pubblica amministrazione e alla specializzazione quale veicolo di adeguatezza, cfr. N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica*, cit., 153 e 160.

⁵⁵ Si tratta delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali relative, rispettivamente, ai reclami collettivi n. 87/2012, *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy*, pubblicata in data 10 marzo 2014, e n. 91/2013, *CGIL v. Italy*, pubblicata in data 11 aprile 2016, su cui A. CARMINATI, *La decisione del*

i casi portati all'attenzione dell'organo internazionale riguardavano l'alta percentuale di obiezioni di coscienza fra i ginecologi, ma è stato anche il fattore tempo a contribuire all'orientamento del Comitato, poiché – come è evidente – per l'IVG è necessario intervenire con tempestività per assicurare la prestazione entro la definita cornice temporale disegnata dalla legge. L'alta percentuale di obiezione di coscienza tra il personale medico determina, infatti, una maggiore difficoltà nell'accesso ai servizi per le donne, che si realizza in un rallentamento nei tempi per ottenere le IVG; tutto ciò, ad avviso del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, provoca una lesione del diritto alla salute della donna da parte del nostro ordinamento che non mette in atto gli strumenti più adeguati a garantire un'effettiva applicazione della legge. Il tempo, dunque, si fa misura dell'effettività del diritto.

Volendo essere ottimisti, si potrebbe concludere osservando come il tempo dell'emergenza sanitaria abbia portato con sé un ulteriore, piccolo, passo nel lungo cammino nel riconoscimento dei diritti delle donne in ambito riproduttivo. D'altro canto, però, non si può non registrare l'esplosione di situazioni di marginalità e subordinazione a discapito del genere femminile e della strutturale debolezza degli strumenti in mano alle istituzioni⁵⁶ per conferire pienezza ai principi costituzionali e procedere al completo invero dell'eguaglianza di genere, a partire da ciò che per natura differenzia i due sessi⁵⁷.

La contingenza dell'emergenza sanitaria ha accelerato l'affiorare di numerose situazioni di disuguaglianza, spesso declinabili in termini di genere, e ha accentuato discriminazioni esistenti. La diversa dimensione che il tempo ha assunto in questi convulsi mesi, come abbiamo visto, ha giocato quale catalizzatore dell'emersione di profondi divari. L'auspicio concreto è che la rinnovata consapevolezza della rapidità necessaria per intervenire sui diversi bisogni di carattere economico e sociale che la pandemia ha portato alla luce comprenda anche un impegno sostanziale nell'eliminazione delle barriere che ostacolano ancora l'eguaglianza di genere. La ripartenza, anche in considerazione delle profonde riforme che gli Stati europei dovranno programmare per il piano di ripresa dopo l'epidemia, dovrà considerare anche gli interventi che – tanto sul piano normativo quanto su quello amministrativo e organizzativo – possono garantire in concreto ed effettivamente una reale eguaglianza di genere.

Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978, in *Osservatorio Costituzionale, Rivista AIC*, giugno 2014; B. LIBERALI, *Prime osservazioni a margine della decisione sul merito del reclamo collettivo n. 91 del 2013 Diritti Sociali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 417; se si vuole, L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy*, 11 aprile 2016, in *DPCE Online*, 2, 2016.

⁵⁶ Si pensi, solo per fare riferimento ad un recente caso emblematico, alla vicenda della legge elettorale pugliese e all'intervento sostitutivo del Governo per la garanzia della parità di genere, su cui L. TRUCCO, *Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali "last minute" e rappresentanza di genere di "mezza estate"*, in *Consulta Online, Liber Amicorum per Paquale Costanzo*, 10 agosto 2020.

⁵⁷ Per alcune riflessioni a riguardo cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005, 212; I. MASSA PINTO, *Costituzione e generi: argomenti interpretativi e teorie sulla differenza sessuale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 2, 2019, 600.

Una questione di interpretazione?

Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base all'età ed emergenza sanitaria

*Maria Giulia Bernardini**

A MATTER OF INTERPRETATION? CRITICAL CONSIDERATIONS ON SIAARTI RECOMMENDATIONS, AGE DISCRIMINATION AND HEALTHCARE EMERGENCY

ABSTRACT: Elderly people have been particularly affected by the pandemic emergency. One of the most controversial issues that have characterized the public debates concerns the importance of age as a possible and controversial criterion for admission to intensive care units, due to the inability of health systems to meet the demands received within contexts characterized by the exceptional imbalance of health resources. In Italy, for example, the approval of the SIAARTI Clinical Ethics Recommendations was considered an expression of ageism, a form of structural discrimination against the elderly, which reveals the lower value assigned to their lives. In her contribution, the Author analyses the debate that has arisen in recent months, in order to understand if and within what margins this inference is justified.

KEYWORDS: Elderly; ageism; SIAARTI Recommendations; precautionary utilitarianism; distributive justice

SOMMARIO: 1. Pandemia e condizione anziana: un'introduzione – 2. Le Raccomandazioni SIAARTI – 2.1. Il criterio dell'età: intendimenti – 2.2. Il criterio dell'età: fraintendimenti – 3. Dopo l'emergenza.

1. Pandemia e condizione anziana: un'introduzione

Nel corso degli ultimi mesi, la comune esigenza di comprendere gli aspetti qualificanti della pandemia da SARS-CoV-2 (nota come "CoViD-19"), di individuarne gli strumenti di gestione e gli effetti prodotti sulla vita delle persone ha favorito l'instaurazione di un vivace confronto su numerose questioni assai rilevanti. Alcune erano oggetto di attenzione all'interno del dibattito pubblico già prima dell'avvento dell'emergenza occorsa, anche se il grado di consapevolezza circa la rilevanza del fenomeno è stato spesso inadeguato; in tali casi, la pandemia ha funzionato so-

* Università degli Studi di Ferrara. Mail: maria giulia.bernardini@unife.it. Ringrazio Paolo Addis, Francesco Ferraro, Filippo Ghelma, Baldassare Pastore per le preziose occasioni di confronto e per avere letto e commentato questo testo nel suo contenuto e nei dettagli stilistici. Il lavoro è aggiornato al 20 settembre 2020. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

prattutto come una lente di ingrandimento che ha permesso di *riproporre* alcune questioni rilevanti, talvolta amplificando criticità già esistenti¹.

Altre, al contrario, costituivano un rimosso della contemporaneità: in relazione a questi profili, la pandemia ha dunque operato nel senso di (*im*)porre all'attenzione pubblica temi che, per ragioni primariamente culturali, erano dibattuti pressoché solo all'interno di circoli ristretti.

Molti di essi hanno trovato un punto di convergenza nella condizione anziana, intesa quale specifica declinazione del nesso tra corpi, diritti, soggettività (e "soggettivazione")². Le persone anziane sono infatti state colpite in modo particolare dall'emergenza pandemica: nonostante gli indici di infezione e di mortalità registrati all'interno dei diversi Stati siano anche sensibilmente diversi, nel corso dei mesi è emerso come, pressoché ovunque, il tasso di mortalità di tali soggetti durante la fase acuta della pandemia sia stato assai più elevato rispetto a quello degli altri individui. A questo riguardo, l'accordo sul fatto che l'età (di norma, non in sé e per sé considerata, ma qualora sia unita alla comorbidità) possa costituire una fonte di maggior vulnerabilità al virus è stato pressoché unanime³. Eppure, l'analisi dei dati relativi al contagio rivela anche aspetti ulteriori, che impediscono di individuare nel nesso tra accresciuta vulnerabilità "ontologica"⁴ e invecchiamento l'unica ragione di una così alta esposizione al contagio (e alla mortalità) di tali persone, come raccontano i casi di cronaca relativi agli ospiti delle strutture di *long term care*⁵. Piuttosto, i dati inducono a ritenere che la vulnerabilità di cui si discute sia, in primo luogo, di tipo "patogeno", ossia relativa al sistema di relazioni che circondano i soggetti anziani. La pandemia sembra allora avere *esacerbato* la vulnerabilità⁶ di

¹ Ad esempio, le questioni connesse alle disuguaglianze (in special modo di genere) o all'inclusione della cura all'interno del progetto democratico. Sul tema, per quanto riguarda il fronte istituzionale, ai fini introduttivi si vedano il *policy brief* delle Nazioni Unite, *The impact of COVID-19 on women* (09/04/2020) e il documento della Commissione europea *The impact of sex and gender in the COVID-19 pandemic* (05/2020). Nell'ambito della vasta letteratura, *ex multis*, cfr. almeno G. SERUGHETTI, *Democratizzare la cura, curare la democrazia*, Milano, 2020; in un quadro più ampio, C. SARACENO, *Politiche per le famiglie e disuguaglianze*, in *Politiche sociali*, 1, 2020, 103-124.

² Il richiamo alla soggettivazione rinvia chiaramente al lessico foucaultiano e, in particolare, all'idea che il potere trasformi gli individui in soggetti, classificandoli in categorie, marchiandoli, fissandoli alla loro identità, e che esso imponga altresì una legge di verità che tanto loro stessi, quanto gli altri, sono tenuti a riconoscere. Cfr. M. FOUCAULT, *Il soggetto e il potere* (1982), in H.L. DREYFUS, P. RABINOW, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Firenze, 1989.

³ *Ex multis*, World Health Organization, *Coronavirus disease 2019 (Covid-19). Situation Report – 36*, 25/02/2020.

⁴ Nella letteratura filosofico-giuridica, si intende per tale quella forma di vulnerabilità universalmente condivisa, che ha a che fare con la natura corporea degli esseri viventi, e che li rende bisognosi di cibo, vulnerabili agli altri, esposti alla ferita e alla morte.

⁵ Sul punto, cfr. almeno la *Survey nazionale sul contagio COVID-19 nelle strutture residenziali e socio-sanitarie*, Istituto Superiore di Sanità. *Epidemia COVID-19, Aggiornamento nazionale: 05/05/2020*. <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/pdf/sars-cov-2-survey-rsa-rapporto-finale.pdf>.

⁶ La vulnerabilità patogena è una delle fonti di vulnerabilità in senso ampio enucleate in C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (a cura di), *Vulnerability. New essays in ethics and feminist philosophy*, New York, 2014, 7 ss. Essa comprende tutte quelle fonti che hanno l'effetto di escludere, discriminare o opprimere taluni individui, esacerbando vulnerabilità già esistenti o generandone di nuove. Più ampiamente, sul dibattito che, dopo il *vulnerability turn*, è particolarmente vivace, cfr. almeno B. PASTORE, O. GIOLO (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018 e A. FURIA, S. ZULLO (a cura di), *La vulnerabilità come metodo*, Roma, 2020.

questi individui sotto molteplici aspetti, a partire da versanti come quelli medico-sanitario, psicologico e relazionale.

Più nello specifico, in riferimento alla condizione anziana, i profili che hanno suscitato l'interesse degli esperti e dell'opinione pubblica sono stati principalmente due: da un lato, il rilievo dell'età quale possibile e controverso criterio di ammissione ai reparti di terapia intensiva, a fronte dell'incapacità dei sistemi sanitari di soddisfare le domande pervenute all'interno di contesti caratterizzati da un eccezionale squilibrio di risorse sanitarie. In relazione a tale aspetto, la pandemia non solo ha amplificato la perdurante crisi in cui già versava il sistema sanitario nazionale a causa del sotto-finanziamento e della privatizzazione della sfera sanitaria in atto ormai da qualche decennio⁷, ma ha anche rivelato inefficienze e ritardi nell'aggiornamento del Piano Pandemico nazionale, raccomandato dall'OMS sin dalla fine del 2003, quando i focolai di influenza aviaria diventarono endemici, rendendo più concreto il ripetersi di una pandemia. Inefficienza e sotto-finanziamento hanno dunque reso il sistema sanitario nazionale incapace di fare fronte alle esigenze sanitarie della collettività.

Dall'altro, l'attenzione si è appuntata sulle strutture che ospitano le persone anziane – in particolare, quelle non autosufficienti –, come RSA, residenze protette o case di riposo, ossia l'arcipelago di strutture deputate alla *long term care*. Se queste ultime già da qualche tempo sono oggetto di attenzione per la loro attitudine a configurarsi come luoghi almeno potenzialmente segreganti⁸, durante la pandemia sono diventate una parte qualificante delle strategie istituzionali dirette a gestire e contenere la diffusione del virus al di fuori degli ospedali. I numerosi casi di cronaca rivelano infatti come, in pressoché ogni Stato, si sia scelto di chiudere le strutture che ospitavano le persone anziane e finanche di trasferirvi coloro i quali erano positivi al CoViD-19, compiendo un'operazione che ha contribuito in modo significativo al verificarsi di quella che è stata efficacemente narrata come una *strage silenziosa*⁹.

L'attenzione a tali luoghi, a ben vedere impermeabili al territorio già *prima* di essere chiusi al pubblico a causa della pandemia (da qui il frequente ricorso al lessico dell'istituzionalizzazione e della segregazione), ha dunque permesso di appuntare l'attenzione sulle perduranti criticità dei sistemi di *welfare* contemporanei, secondo un'ottica diversa ma complementare rispetto a quella relativa all'impossibilità di soddisfare le richieste di ammissione alle terapie intensive. In entrambi i casi, infatti, è emerso con prepotenza come l'incapacità di tutelare al miglior grado possibile il diritto alla vita e alla salute delle persone (anziane, ma non solo) sia stata determinata solo in parte

⁷ Per alcuni dati, cfr. ad esempio il *Report Osservatorio GIMBE n. 7/2019, Il defanziamento 2010-2019 del Servizio Sanitario Nazionale*, Bologna, 2019, <https://bit.ly/381Y3xT> (ultimo accesso 15/09/2020).

⁸ G. MERLO, C. TARANTINO (a cura di), *La segregazione delle persone con disabilità. I manicomi nascosti in Italia*, Santarcangelo di Romagna, 2018.

⁹ Per gli Stati in cui sono disponibili dati ufficiali, il numero dei morti collegati al CoViD-19 nelle strutture per anziani è molto elevato: si attesta infatti tra il 19% e il 72% di tutti i morti per Covid-19. Una forbice così ampia è giustificata dal fatto che, in molti casi, non sono stati effettuati accertamenti in relazione alle cause delle morti. Uno dei primi studi internazionali sulle evidenze della mortalità associata al CoViD-19 all'interno delle strutture, periodicamente aggiornato, è A. COMAS-HERRERA, J. ZALAKAIN, C. LITWIN, A.T. HSU, N. LANE, L.-L. FERNANDEZ, *Mortality associated with COVID-19 outbreaks in care homes: early international evidence*, in *LTCcovid.org – International LongTerm Care Policy Network*, <https://ltccovid.org/2020/04/12/mortality-associated-with-covid-19-outbreaks-in-care-homes-early-international-evidence/> (ultimo aggiornamento 26/06/2020; ultimo accesso 20/09/2020).

dall'emergenza pandemica, e piuttosto debba essere addebitata anche a carenze strutturali preesistenti, legate in primo luogo ad una ormai consolidata gestione neoliberale dello Stato sociale¹⁰.

Tanto nel caso dell'accesso alle terapie intensive, quanto in quello della organizzazione della *long term care*, il problema attiene quindi primariamente alla sfera della giustizia distributiva, ma non si limita ad essa. La pandemia ha infatti reso evidente la condizione di invisibilità ontologica, epistemologica e pratica in cui versano le persone anziane, ponendo in primo piano anche il tema del riconoscimento¹¹, proprio in ragione del diffuso e strutturale misconoscimento della soggettività anziana riscontrabile ancora oggi.

Nei mesi scorsi, del resto, è emerso chiaramente come durante l'emergenza la tutela dei diritti fondamentali delle persone anziane sia stata fortemente a rischio, quando non negata *tout court*: l'accesso selettivo ai tests per CoViD-19 o alle strutture sanitarie, l'isolamento, l'incremento del rischio di essere sottoposte a forme di abbandono e violenza, l'inasprimento del conflitto intergenerazionale, la stigmatizzazione e l'esposizione a forme di *hate speech* sono solo alcuni degli aspetti che hanno portato a ritenere che l'*ageism*¹², inteso quale forma peculiare di discriminazione strutturale¹³ che colpisce ormai da tempo gli individui anziani, abbia subito un inasprimento, tanto da portare ad una sempre più ampia attenzione istituzionale¹⁴. L'"irrompere" della soggettività delle persone anziane sul piano pubblico, purtroppo favorita dai drammatici accadimenti occorsi negli ultimi mesi, ha così posto i diversi ordinamenti davanti alla necessità di riflettere sui modelli culturali accolti ed istituzionalizzati al proprio interno, nonché alla responsabilità di esplicitarli.

Questo dibattito ha notoriamente riguardato anche l'ordinamento italiano: l'approvazione, da parte della Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI), del documento *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio*¹⁵ (d'ora innanzi *Raccomandazioni*) e l'adozione di strategie di

¹⁰ In quest'ottica, pare opportuno segnalare come, seppur all'interno di un giudizio di natura primariamente tecnica, di recente la Corte costituzionale abbia espressamente ribadito la specificità del sistema di salute pubblica italiano e la sua irriducibilità ad una gestione aziendalistica privata: cfr. Corte cost., sent. 157 del 21 luglio 2020.

¹¹ Che il riconoscimento sia una questione di giustizia e che tanto il riconoscimento quanto la distribuzione siano due dimensioni equifondamentali della giustizia è la nota tesi di Nancy Fraser, almeno a partire da N. FRASER, A. HONNET, *Redistribuzione o riconoscimento? Lotte di genere e disuguaglianze economiche* (2003), Roma, 2020.

¹² Coniato alla fine degli anni Sessanta da Robert Butler, il termine *ageism* indica il prodotto dell'interazione tra tre componenti: la presenza di pregiudizi nei confronti delle persone anziane, dell'anzianità e dell'invecchiamento; la messa in atto di pratiche discriminatorie nei confronti delle persone anziane; la diffusione di pratiche istituzionali e di *policies* che perpetuano tali stereotipi. Cfr. R. BUTLER, *Ageism: another form of bigotry*, in *The Gerontologist*, 9, 4, part 1, 1969, 243-246.

¹³ Di norma, la nozione di "discriminazione strutturale" è impiegata in contrapposizione a quella di "discriminazione volontaria". Mentre quest'ultima è intenzionalmente operata da alcuni soggetti nei confronti di altri, o è presente all'interno di disposizioni finalizzate ad ottenere effetti discriminatori, al contrario la discriminazione strutturale prescinde dalla volontà di discriminare e deriva dal sistema sociale e dalle condizioni sociali che caratterizzano i gruppi esclusi.

¹⁴ Tra i documenti più recenti, cfr. ad esempio Fundamental Rights Agency (FRA), *Coronavirus Pandemic in the EU – Fundamental rights implications: with a focus on older people*, Luxembourg, 06/2020.

¹⁵ Il riferimento è alla versione 01, 06/03/2020: <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>.

prevenzione e contenimento del virus che hanno reso molte strutture di *long term* luoghi al contempo segreganti e di morte, dai più sono state ritenute rivelatrici della presenza diffusa di una discriminazione strutturale ai danni delle persone anziane. Le riflessioni che seguono provano ad inserirsi all'interno del confronto – a tratti fortemente polarizzato – che è sorto in relazione alle *Raccomandazioni*, per cercare di comprendere se ed entro quali margini tale inferenza sia giustificata¹⁶.

2. Le Raccomandazioni SIAARTI

Sulle *Raccomandazioni* in questi mesi molto è stato scritto¹⁷, sicché pare sufficiente offrire un inquadramento sintetico dei suoi profili generali, per poi concentrarsi più specificamente sulla questione che in questa sede si assume come rilevante, ossia il rilievo dell'età come criterio di ammissione al trattamento in terapia intensiva (TI).

Le *Raccomandazioni* sono state elaborate dalla SIAARTI¹⁸ con lo scopo di fornire un supporto agli operatori sanitari che, in condizioni di «enorme squilibrio tra le necessità cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di risorse intensive»¹⁹, si trovino a dover selezionare chi ammettere al trattamento in terapia intensiva (TI), orientandoli nel compimento di scelte che possono rivelarsi emotivamente assai gravose, appunto in ragione dell'eccezionalità della situazione. In particolare, vi si prevede che, nel caso di situazioni di carattere emergenziale – come, appunto, una pandemia – possano essere adottati criteri straordinari e flessibili di ammissione e dimissione dei pazienti (colpiti o meno da CoViD-19) che abbisognino di terapia intensiva, derogando a tal fine al criterio della priorità degli arrivi (c.d. *first come, first served*).

Obiettivo della SIAARTI era dunque fornire dei criteri – di natura tecnica o quantomeno, come essa stessa si premura di precisare, non «meramente di valore»²⁰ – che potessero coadiuvare gli operatori

¹⁶ A questo riguardo, pare opportuno mettere in rilievo un dato significativo: mentre il dibattito relativo al rilievo dell'età quale criterio di ammissione alla TI è riferibile agli anziani *tout court* (pur con i rilevanti margini di incertezza in ordine all'individuazione della "età di passaggio" alla condizione anziana), quello che ha avuto ad oggetto la strage occorsa all'interno delle strutture residenziali riguarda principalmente le persone anziane non autosufficienti.

¹⁷ Tra i contributi più recenti, senza pretesa di esaustività, cfr. P. BORSELLINO, *Covid-19: Quali criteri per l'accesso alle cure e la limitazione terapeutica in tempo di emergenza sanitaria?*, in *Notizie di Politeia*, XXXVI, 138, 2020, 5-25.

¹⁸ Non essendosi ancora perfezionato il procedimento di validazione contenuto nella legge Gelli-Bianco, ad oggi le *Raccomandazioni* sono prive del grado di vincolatività proprio delle linee guida; più in generale, la rilevanza giuridica delle raccomandazioni è controversa. Ciò non toglie che esse possano essere ascritte al novero delle fonti di *soft law*. Per un inquadramento del dibattito relativo alla vincolatività delle *Raccomandazioni*, cfr. C. INGENITO, *Le raccomandazioni SIAARTI del 6 marzo 2020: una nuova occasione per riflettere sul rapporto tra scienza e diritto*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, 2, 2020, http://rtsa.eu/RTSA_2_2020_Ingenito.pdf, 9 ss.; sulla *soft law*, cfr. B. PASTORE, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, 153-176.

¹⁹ *Raccomandazioni*, cit., 3.

²⁰ *Ivi*, raccomandazione n. 3, 5.

sanitari nell'effettuazione di scelte connotate da un inevitabile tasso di tragicità, a causa dei valori in gioco (nello specifico, non solo la salute, ma la vita stessa)²¹.

Per compiere questa operazione, la SIAARTI ha ritenuto opportuno assimilare lo scenario pandemico a quello che costituisce il presupposto applicativo della medicina delle catastrofi²², sì da rifarsi ad una riflessione etica di settore ormai consolidata, ma fino ad oggi non così nota al di fuori della comunità scientifica di riferimento. Invero, come è noto, l'approvazione delle *Raccomandazioni* ha dato impulso ad un vivace dibattito, che ben presto ha travalicato i confini nazionali²³, e che ha permesso di registrare almeno due opposte tendenze.

Da un lato, l'analisi dei documenti analoghi elaborati all'interno dei diversi Stati ha portato taluni a rilevare una significativa convergenza in relazione all'individuazione dei criteri cui ricorrere per decidere quali pazienti ammettere alla terapia intensiva, tanto da far ravvisare un «emerging international consensus»²⁴ sul punto. D'altro canto, sembra che l'accordo pratico raggiunto da numerose società scientifiche non possa essere davvero assunto quale espressione di una piena convergenza etica diffusa. Piuttosto, dal confronto tra i documenti in questione e quelli adottati dai comitati di bioetica nazionali emergono sovente delle impostazioni etiche differenti, che rendono arduo rinvenire una posizione condivisa, anche e soprattutto in riferimento al rilievo dell'età e della comorbidità come criteri che assumono rilievo ai fini dell'ammissione alla TI²⁵.

Un esempio di questa tensione è rappresentato proprio dall'ordinamento italiano, dove l'individuazione dei criteri in oggetto ha notoriamente destato molto clamore. Alcune previsioni contenute nelle *Raccomandazioni* hanno suscitato infatti critiche e preoccupazione tanto all'interno della comunità degli esperti, quanto nell'opinione pubblica, in ragione degli effetti (almeno potenzial-

²¹ Si tratta di *scelte tragiche* che, come è ampiamente emerso nel corso dei mesi scorsi, rivelano veri e propri *dilemmi morali*, che finiscono per porre *questioni mortali*. Con riferimento alle *questioni mortali*, immancabile il riferimento a T. NAGEL, *Questioni mortali* (1979), Milano, 1986, in cui il filosofo statunitense in realtà si interroga su valore, significato, finalità e fine della vita. Sulle scelte tragiche, cfr. invece il noto G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche* (1978), Milano, 2006 e il recente V. NITRATO IZZO, *Dilemmi e ragionamento giuridico. Il diritto di fronte ai casi tragici*, Napoli, 2019.

²² Le due situazioni non sono però perfettamente assimilabili: nel caso delle maxi-emergenze (cagionate da terremoti, incendi, etc.) la durata dell'evento è definita, sicché è possibile avere un quadro tendenzialmente preciso del numero di pazienti e, di conseguenza, anche dell'adattamento delle risorse rispetto alle necessità emerse. Al contrario, nel caso della pandemia non v'è alcuna certezza circa la durata dello stato emergenziale e, dunque, non è possibile effettuare alcuna stima.

²³ Cfr. ad esempio Grupo de Trabajo de Bioética de la SEMICYUC (Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias), *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos* (marzo 2020); N. BERLINGER, M. WYNIA, T. POWELL ET AL., *Ethical framework for health care institutions responding to novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for institutional ethics services responding to COVID-19. Managing uncertainty, safeguarding communities, guiding practice*, The Hastings Center (16 marzo 2020).

²⁴ Cfr. S. JOEBGES, N. BILLER-ANDORNO, *Ethics guidelines on COVID-19 triage: an emerging international consensus*, in *Critical Care*, 24, 2020, 201-205. Criteri analoghi sono stati proposti anche negli Stati Uniti: cfr. E. EZEKIEL ET AL., *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, in *The New England Journal of Medicine*, 382, 21, 2020, 2049-2055.

²⁵ Il quadro delle posizioni assunte dai comitati nazionali e internazionali di bioetica è offerto in L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special issue 1, 2020, 359-370, in particolare 367 ss.

mente) discriminatori cui la loro applicazione pare idonea a dare luogo. In particolare, il riferimento è a quelle raccomandazioni (rispettivamente, le nn. 3 e 4) che ergono l'età anagrafica, la presenza di eventuali comorbidità e lo *status* funzionale a criteri che permettono di selezionare chi può essere ammesso alle TI. Poiché si sono invocati al riguardo l'*ageism* e il *disablism*, pare opportuno soffermarsi più compiutamente su questo profilo, prestando particolare attenzione al criterio dell'età.

2.1. Il criterio dell'età: intendimenti

Dalla lettura delle raccomandazioni nn. 3 e 4 si evince che «può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in TI», riservando le risorse in primo luogo a favore di chi ha più alte probabilità di sopravvivenza e, secondariamente, di chi può beneficiare di un maggior numero anni di vita salvata, nell'ottica della massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone. Nell'ottica della SIAARTI, la scarsità delle risorse disponibili impone infatti di scegliere i soggetti da ammettere alle TI anche tenendo conto del fatto che maggiore è il tempo di degenza all'interno del reparto, minore è la possibilità di ammettere altri individui al trattamento salvavita. Poiché le persone anziane (al pari di quelle che presentino comorbidità o abbiano uno status funzionale compromesso) *possono* essere maggiormente "resource consuming", data l'eccezionalità della situazione contingente, potrà dunque rendersi necessario preferire altri soggetti.

Nel porsi il problema dell'individuazione dei criteri attraverso i quali procedere all'allocazione delle risorse sanitarie scarse (a questo riguardo da considerarsi come posti letto, farmaci, tecnologie, personale sanitario), la SIAARTI affronta chiaramente un problema di giustizia distributiva (e, nello specifico, micro-distributiva)²⁶. La stessa SIAARTI vi fa esplicito riferimento, laddove osserva che lo squilibrio estremo tra richiesta e disponibilità può giustificare un giudizio di appropriatezza in relazione all'accesso alle cure intensive assumendo il criterio della giustizia distributiva come l'*unico* rilevante, in ciò derogando all'operatività dei quattro principi etici internazionalmente condivisi (oltre alla giustizia distributiva, l'autonomia, la beneficiabilità e la non maleficabilità). A questo proposito, la SIAARTI non manca di osservare come, in circostanze normali, il problema allocativo non entri nel processo decisionale, ma al contempo tale valutazione sia ormai inevitabile, appunto per la presenza di uno squilibrio eccezionale tra necessità e disponibilità²⁷.

Come è noto, l'allocazione costituisce un tradizionale tema della riflessione filosofica e bioetica, in relazione al quale nel corso del tempo le varie teorie della giustizia hanno assunto posizioni marcatamente diverse, anche in ragione del pluralismo etico che contraddistingue in modo crescente le società occidentali. La situazione emergenziale permette dunque di porre questioni ulteriori rispetto a

²⁶ A livello teorico più generale, per un approfondimento del tema cfr. almeno L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, Torino, 2016 e L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, Torino, 2014, 177 ss.

²⁷ Si tratta, è bene osservarlo, di uno squilibrio che certamente rimanda ad un serio e pressante problema di giustizia distributiva a livello macro-allocativo, che appunto impone un ripensamento del finanziamento e della struttura stessa del *Welfare State*, e che tuttavia pare inevitabilmente destinato a porsi nel caso in cui si verifichi una pandemia. La questione è dunque "di grado".

quelle già di norma oggetto del dibattito, riproponendo l'attualità di un confronto che vede contrapporsi (almeno) libertarismo, utilitarismo e teorie egalitariste²⁸.

Il riferimento al maggior numero di anni di vita salvata e alla massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone ha indotto molti commentatori a ritenere che il documento adottato dalla SIAARTI abbia un'impostazione etica utilitarista²⁹, nonché ad avanzare critiche tanto in relazione al profilo etico, quanto in riferimento a quello giuridico.

In estrema sintesi (e al prezzo di inevitabili semplificazioni), le diverse posizioni sono sembrate concordi nel mettere in rilievo che, se pure la teoria utilitarista di per sé *non necessariamente* giustifica la graduazione del valore delle vite umane distinguendo tra esse quelle più o meno degne di essere visute, al contempo non appare idonea a costituire un argine irresistibile al compimento di tale operazione, anche per il frequente riferimento, operato al suo interno, ad indici econometrici finalizzati a misurarne la qualità, come i QALYs (e i DALYs)³⁰. Poiché tale valutazione può essere facilmente impiegata per giustificare giudizi normativi di "dispensabilità" di talune vite, come quelle anziane (e con disabilità), si è così dedotto che le *Raccomandazioni* abbiano un carattere ageista (e disabilista). Per questa ragione, esse verrebbero a confliggere (oltretutto con il codice di deontologia medica) con il principio personalista e con quello di eguaglianza, entrambi accolti all'interno della Costituzione, nonché con il quadro delle fonti sovranazionali ed internazionali, parimenti informate al rispetto della dignità intrinseca di ciascun individuo, alla garanzia dell'equità, eguaglianza ed universalità del diritto alla salute al divieto di discriminazione, anche in ragione dell'età (e della disabilità)³¹.

Nei giorni successivi alla pubblicazione del documento, il dibattito sul tema ha assunto i caratteri di uno scontro acceso³², probabilmente esacerbato anche dalla trattazione mediatica, talvolta forse semplicistica, della questione. In parte, sembra che questo accadimento sia da addebitarsi ad un ori-

²⁸ Sul punto, cfr. ad esempio L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate*, cit. Con riferimento specifico all'allocazione durante un'emergenza di salute pubblica, cfr. anche D.B. WHITE ET AL., *Who should receive life support during a public health emergency? Using ethical principles to improve allocation decisions*, in *Ann. Intern. Med.*, 150, 2, 2009, 132-138; C. SPRUNG ET AL. *Triage of intensive care patients: identifying agreement and controversy*, in *Intensive Care Med.*, 39, 2013, 1916-1924.

²⁹ *Ex multis*, sposano questa interpretazione M. PICCINI ET AL., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"*, in *Recenti progressi in medicina*, 111, 2020, 212-222, 218.

³⁰ Acronimi, rispettivamente, di *Quality adjusted life years* e *Disability adjusted life years*.

³¹ L. D'AVACK, *Covid-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special issue 1, 2020, 371-378; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special issue 1, 2020, 441-446. Questa anche la mia prima interpretazione, a caldo, delle *Raccomandazioni*: sia permesso rimandare a M.G. BERNARDINI, *Dilemmi mor(t)ali. Scelte etiche, ageism e diritti fondamentali ai tempi del Covid-19*, in *Diritto virale. Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, 1, 2020, 38-45. Tuttavia, un'analisi più approfondita della questione mi ha indotta a riconsiderare talune delle posizioni precedentemente assunte. Si è da subito pronunciata a favore della compatibilità del documento in oggetto con il quadro costituzionale Lucilla Conte, in L. CONTE, *Covid-19. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, consultabile al <https://bit.ly/2FG6h2w> (ultimo accesso 20/09/2020).

³² Lo dimostra, ad esempio, il dibattito multidisciplinare condotto sulla testata *quotidianosanita.it*.

ginario difetto di comunicazione: se pure l'intento della SIAARTI era certamente meritorio³³, l'urgenza di rispondere con tempestività alle questioni poste dagli operatori sanitari ha probabilmente indotto a sottostimare come le comunità che avrebbero recepito il messaggio contenuto nel documento fossero profondamente differenti. Mentre quella degli operatori sanitari che lavorano in TI era in grado di cogliere in modo più immediato i termini rilevanti della questione, nei confronti della società civile sarebbe forse stato opportuno approfondire un maggiore sforzo comunicativo, argomentando più diffusamente la giustificazione razionale dei criteri proposti, in modo da favorirne (se non l'accettabilità almeno) la comprensione nei termini corretti. Ciò è tanto più vero se si tiene presente come, nei casi in cui deve trovare applicazione la medicina delle catastrofi, la comunità degli operatori sanitari tenda a giustificare la deroga al criterio delle pari opportunità nell'accesso alla salute, in ragione del passaggio dalla medicina dell'individuo a quella della comunità resa necessaria dalla situazione contingente, mentre a livello socio-politico di norma non si ammettano eccezioni a tale principio³⁴.

In ogni caso, il confronto avutosi a seguito del venir meno del sovraccarico delle TI ha permesso di chiarire alcuni dei profili più significativi, stemperando in parte l'originario conflitto, anche in relazione all'individuazione dell'età quale criterio (della cui natura, *clinica* o *extra-clinica*, si discuterà nel prosieguo) che può assumere rilievo nella decisione di *triage*. Una decisione, quest'ultima, che deve essere considerata di carattere *etico*, e non *tecnico*, come sembra suggerire la SIAARTI quando afferma che la scelta di apporre un limite d'età all'ingresso in TI non sarebbe «meramente di valore»³⁵, e che va appunto inquadrata all'interno di una situazione contingente ed eccezionale, che vede il necessario e imprescindibile temperamento tra l'interesse della comunità e quello del singolo. In particolare, pare doversi ammettere che proprio la situazione emergenziale possa – seppure nel rispetto di determinate e circoscritte condizioni – giustificare la scelta di dare priorità al primo rispetto al secondo, senza che in ciò debba *inevitabilmente* rinvenirsi una discriminazione.

2.2. Il criterio dell'età: fraintendimenti

Ponendo specifica attenzione alla raccomandazione n. 3, il profilo della possibile discriminatorietà del criterio dell'età sembra emergere in relazione ad almeno tre profili: (1) di contesto, (2) nel riferimento alla probabilità di sopravvivenza e al maggior numero di anni di vita salvata, nonché (3) per il fatto che nel documento si procede alla nomina esplicita.

Per quanto concerne il contesto al cui interno la scelta viene effettuata, la previsione in oggetto confligge *prima facie* con l'art. 3 del Codice di deontologia medica (oltreché con i principi costituzionali). La tutela della vita e della salute figura infatti tra i doveri del medico, che è tenuto a rispettare la libertà e dignità del paziente, e al quale è fatto divieto di compiere discriminazioni, quali che siano le

³³ L'obiettivo in realtà era duplice: fornire supporto agli operatori sanitari nell'effettuazione delle scelte tragiche e rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie, in un'ottica di trasparenza.

³⁴ Il punto è ben evidenziato da Robert Veatch in riferimento al contesto americano, ma l'analisi sembra potersi utilmente applicare anche all'esperienza italiana, dove anzi l'inammissibilità della deroga appare ancora più netta, per il carattere costituzionale che il fondamentale diritto alla salute assume all'interno del nostro ordinamento. Cfr. R.M. VEATCH, *Disaster preparedness and triage: Justice and the common good*, in *The Mount Sinai Journal of Medicine*, 72, 4, 2005, 236-241.

³⁵ Raccomandazione n. 3.

condizioni istituzionali o sociali (ossia il contesto) in cui egli opera, in tempi tanto di pace, quanto di guerra. Alla luce del dato testuale, sembrerebbe dunque che prendere in considerazione l'età possa configurare una deroga al principio egualitarista e che il medico che vi faccia riferimento ponga in essere una condotta discriminatoria (almeno, questa pare la conclusione cui si è giunti nel dibattito pubblico).

Tale interpretazione non è però l'unica possibile, sia perché è noto come non sempre riconoscere una specificità integri gli estremi di una discriminazione, sia perché l'analisi del contesto offre anche una valutazione alternativa. In particolare, sembra plausibile ritenere che le condizioni cui si riferisce il codice deontologico siano quelle *ordinarie*, non contraddistinte dal grado di tragicità che si verifica durante la pandemia, sicché l'eccezionalità di tale ultima circostanza – ed essa sola – potrebbe aprire alla *necessità* (e non alla mera possibilità) di effettuare scelte che, *nel caso concreto*, finiscano per pregiudicare un soggetto in relazione alla tutela del bene-salute (e verosimilmente del bene-vita), stante il pari rango dei beni coinvolti, a seguito di una valutazione globale che può portare il medico a prendere in considerazione anche (e non unicamente) l'età.

È opportuno notare che ciò si verifica perché, nelle situazioni di maxi-emergenza, l'universalità delle cure – che rimane un principio fondamentale (e, in condizioni ordinarie, inderogabile) del nostro ordinamento, assieme a quello di equità – concretamente non può essere in alcun modo garantita sicché, nell'interesse della comunità, si rende necessaria una deviazione dal giuramento ippocratico³⁶. Che una scelta alternativa non sia possibile è desumibile, del resto, dalle premesse esplicitate all'interno del documento: «[...] l'applicazione di criteri di razionamento è giustificabile soltanto dopo che da parte di tutti i soggetti coinvolti [...] sono stati compiuti tutti gli sforzi possibili per aumentare la disponibilità di risorse erogabili (nella fattispecie, letti di Terapia Intensiva) e dopo che è stata valutata ogni possibilità di trasferimento dei pazienti verso centri con maggiore disponibilità di risorse»³⁷. Inoltre, incidono sulla giustificabilità della scelta in oggetto anche ulteriori elementi, quali la necessità di rispettare l'eventuale presenza di disposizioni anticipate di trattamento, l'onere di adeguata motivazione in relazione alla decisione di limitare le cure, la rivalutazione quotidiana dell'appropriatezza clinica, degli obiettivi di cura e della proporzionalità delle stesse, il riferimento al criterio di giustizia distributiva e all'appropriata allocazione delle risorse sanitarie.

Il fatto che la SIAARTI abbia esplicitato che le scelte di giustizia distributiva nell'allocazione delle risorse debbano essere effettuate sempre tenendo fermo il principio di appropriatezza clinica e la loro attualità sembra peraltro stemperare il contrasto, da più parti rinvenuto, con quanto affermato dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) nel documento approvato l'8 aprile u.s., dove appunto si rimarca come l'appropriatezza clinica debba costituire il faro dell'operato dei professionisti sanitari³⁸. I termini della questione sembrano infatti i seguenti: premessa la necessità di valutare l'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente (anche avuto riguardo alla gravità della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione) ed esclusa la liceità del ricorso

³⁶ C. PETRINI, *Triage in public health emergencies: ethical issues*, in *Intern. Emerg. Med.*, 5, 2010, 137-144, 138.

³⁷ *Raccomandazioni*, cit., 3.

³⁸ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio de "triage in emergenza pandemica"*, 08/04/2020, http://bioetica.governo.it/media/3987/p136_2020_covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica.pdf.

all'accanimento terapeutico, come si può procedere alla distribuzione di risorse che, nelle circostanze attuali, sono inevitabilmente ed oltremodo scarse? La SIAARTI si richiama alla maggior *probabilità* di sopravvivenza e al numero di anni di vita salvata, mentre il CNB si riferisce alla maggior *possibilità* di sopravvivenza, che in realtà non pare azzardato assimilare al primo criterio adottato dalla Società italiana di anestesia all'interno della raccomandazione n. 3, anche se nella posizione del CNB può forse rinvenirsi un anelito più esplicitamente egalitarista³⁹. Accogliendo l'ipotesi interpretativa che rinviene una tendenziale coincidenza tra le due espressioni, si è sostenuto che la divergenza sarebbe relativa all'ammissibilità o meno del riferimento a criteri extra-clinici nell'effettuazione della scelta, con l'effetto di risolversi nella maggiore attitudine delle *Raccomandazioni* a fornire criteri in grado di orientare la condotta dei professionisti⁴⁰.

Al riguardo, due osservazioni paiono opportune. In primo luogo, quando si tratta di stabilire la natura *esclusivamente* clinica o extra-clinica dell'età, sembra impossibile effettuare una scelta di campo netta. Si tratta infatti di un criterio ibrido, al contempo clinico ed extra-clinico, che di fatto viene sempre in rilievo quando si tratta di valutare la condizione del paziente. Del resto, da un lato le evidenze mediche rivelano come al crescere dell'età diminuisca la capacità fisiologica di impedire la decadenza fisica, anche in ragione del fatto che gli esseri umani accumulano deficit funzionali che agiscono come fattori di stress biologici, rendendoli più vulnerabili alla morte⁴¹; in questa prospettiva, il criterio è clinico. D'altro canto, è ormai noto che l'età biologica e quella anagrafica non sempre coincidono (si pensi alla differenza tra invecchiamento attivo e non autosufficienza)⁴², e che nella valutazione dello stato di benessere psicofisico individuale influiscono anche elementi condizionati dalla percezione socio-culturale di una data condizione soggettiva, che inevitabilmente finiscono per aprire il campo anche a considerazioni di carattere extra-clinico.

All'interno delle *Raccomandazioni*, la SIAARTI dimostra di essere ben consapevole di entrambi i profili. Il riferimento all'età per valutare la probabilità di sopravvivenza del soggetto sembra infatti rimandare ad una valutazione di carattere clinico, al fine di stabilire un ordine di priorità per l'ammissione

³⁹ Nel caso delle emergenze sanitarie, il *triage* può infatti essere ispirato ad un'etica tanto utilitarista, quanto egalitarista; nel primo caso, l'obiettivo è quello di salvare coloro che hanno le maggiori speranze di vita, mentre nel secondo chi, tra coloro che hanno possibilità di sopravvivenza, è più svantaggiato. Sul punto, si veda almeno R. BAKER, M. STROBERG, *Triage and equality: An historical reassessment of utilitarian analysis of triage*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 2, 2, 1992, 103-123.

⁴⁰ *Posizione di minoranza del Prof. Maurizio Mori: le Raccomandazioni Siaarti puntano nella direzione giusta*, in appendice al parere del CNB summenzionato (cfr. nota n. 38), 12-13.

⁴¹ È questa la Formula di Gompertz, modificata. Più ampiamente, cfr. G.R. GRISTINA, L. ORSI, M. VERGANO, *Pandemia da Covid-19 e triage: la filosofia e il diritto talvolta guardano l'albero mentre la medicina prova a spegnere l'incendio della foresta*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special issue 1, 2020, 379-397, in particolare 385. Gli Autori si premurano anche di specificare che, nell'ambito del processo di valutazione clinica del paziente anziano potenzialmente candidabile a cure intensive, laddove medici, pazienti e parenti discutono gli obiettivi di cura, è diffuso ormai da tempo un modello interpretativo dei rapporti che legano età, fragilità e mortalità che porta a considerare l'età anagrafica un surrogato dell'età biologica. Tuttavia, anche alla luce di quanto emerso in questa sede, a mio parere sarebbe opportuno cercare di tenere separate le due valutazioni.

⁴² Il rapporto tra età anagrafica e probabilità di sopravvivenza è di proporzionalità inversa, in quanto all'aumentare dell'età si riducono le riserve funzionali e si ha una maggior fragilità psico-fisica, che comporta una minore risposta ai trattamenti e favorisce l'insorgere di effetti collaterali nel caso di trattamenti intensivi. In assenza di comorbidità, l'età biologica coincide con quella anagrafica e, dunque, è parimenti correlata alle aspettative di vita.

alla TI. Su questo punto, CNB e SIAARTI paiono dunque convergere. Tuttavia, il richiamo al più alto numero di anni di vita salvati che viene effettuato nel documento *può aprire* a considerazioni di carattere extra-clinico, e non a caso ha portato ad adombrare la configurabilità dell'ageismo, per la presenza di una (supposta) correlazione necessaria con l'età del paziente⁴³.

Se, invero, tale legame appare più probabilistico che necessario⁴⁴, tuttavia è difficile non ammettere che, nella maggior parte dei casi, l'adozione di un simile criterio porterà a privilegiare chi è più giovane rispetto a chi è più anziano. Il punto, dunque, è stabilire se, nella sua tragicità, tale scelta sia ragionevole e, come tale, giustificabile. Tra gli argomenti addotti per contestare le *Raccomandazioni*, si è fatto riferimento soprattutto all'inammissibilità di ogni richiamo alla qualità (magari ricorrendo ai QALYs, come accade in altri ordinamenti) e/o alla non dignità della vita del soggetto anziano, all'impossibilità di ridurre gli individui a meri contenitori di utilità e all'implausibilità del c.d. *fair innings argument*, secondo il quale a ciascuno deve essere data l'opportunità di vivere la propria vita, sicché chi ne ha già vissuto una parte cospicua dovrebbe lasciare spazio a chi ne ha vissuta di meno.

Orbene, sembra che questi argomenti, dal mio punto di vista in sé perfettamente plausibili, non possano però essere utilmente applicati alle *Raccomandazioni*. In primo luogo, all'interno di tale documento non si effettua alcun richiamo a valutazioni concernenti la qualità (o la dignità) della vita dei pazienti; al contrario, il riferimento alla qualità, presente nei documenti ivi richiamati⁴⁵ – che la stessa SIAARTI indica come ausili interpretativi –, è relativo alla *percezione soggettiva dell'interessato*, nell'ottica della valorizzazione della sua volontà, sicché appare esclusa *in nuce* qualsiasi possibilità di procedere ad una misurazione della stessa secondo parametri oggettivi. Tra l'altro, in un'ottica utilitarista la condizione anziana di per sé non necessariamente influisce in modo deteriore sulla qualità di vita di un soggetto: la questione rilevante, dal punto di vista etico, è piuttosto comprendere cosa renda "buona" la vita di un individuo o cosa quest'ultimo intenda per "benessere"⁴⁶.

Parimenti, nelle *Raccomandazioni* non si fa riferimento al ruolo e/o all'utilità sociale del soggetto al fine di negare l'eguale valore morale di taluni e, per tale via, stabilire un ordine di priorità relativo all'ammissione in TI⁴⁷. In base al tenore letterale del documento, il richiamo all'utilità può essere ef-

⁴³ C. DEL BÒ, *L'accesso ai posti letto in terapia intensiva. Qualche spunto di riflessione dopo l'emergenza*, in *La Rivista Il Mulino*, 11/06/2020 <https://bit.ly/3knEFyg> (ultimo accesso 20/09/2020).

⁴⁴ Ciò si verificherebbe qualora fossero presenti due soggetti con una rilevante differenza di età e un quadro clinico assimilabile; la situazione sembra più ipotetica che in grado di verificarsi realmente.

⁴⁵ Cfr. raccomandazione n. 4.

⁴⁶ Mettono in rilievo il punto, seppur in relazione alla condizione disabile e non a quella anziana, J. SAVULESCU, I. PERSSON, D. WILKINSON, *Utilitarianism and the pandemic*, in *Bioethics*, 34, 2020, 620-632, 624.

⁴⁷ Diversamente, sempre nell'ottica della salvezza del maggior numero possibile di vite, nel dibattito statunitense l'argomento dell'utilità sociale (o, meglio, del maggior valore strumentale) è assai diffuso, soprattutto per quanto concerne l'accesso ai vaccini. In quest'ottica, non si tratta di assegnare a certe vite un maggiore valore intrinseco, ma di privilegiare quelle vite che abbiano un maggior valore strumentale. Durante una pandemia, dovrebbero dunque essere salvati in via prioritaria gli operatori sanitari, in quanto si tratta di soggetti in grado di salvare a propria volta ulteriori vite, con un effetto moltiplicatore. Questo criterio è però suscettibile di essere impiegato da chi si trova in una posizione di privilegio sociale, rivelandosi così discriminatorio. All'interno della letteratura, cfr. ad esempio J.F. CHILDRESS (ed.), *Triage in response to bioterrorist attack*, Cambridge (MA), 2003; J. SAVULESCU, I. PERSSON, D. WILKINSON, *op. cit.*, 625.

L'inopportunità di fare riferimento al valore sociale di un individuo sembra giocare anche in senso speculare: si è ipotizzato che il riferimento all'età introduca un'asimmetria nell'ambito della giustizia distributiva in ragione

fettuato esclusivamente avuto riguardo alla necessità, ivi esplicitata, di salvare il maggior numero possibile di anni di vita – e, leggendo congiuntamente le raccomandazioni nn. 3 e 4, di vite – stante il fatto che la degenza di chi sia anziano può avere un decorso più lungo e, quindi impedire di salvare la vita a più persone, nell'ottica allargata richiesta dalla medicina di comunità.

A questo riguardo, il richiamo al maggior numero di anni di vita salvata può certamente apparire critico e difficilmente accettabile sul piano etico, ma di fronte a *dilemmi mortali*⁴⁸ che impongono *scelte immorali*⁴⁹ è necessario chiedersi quali siano le alternative concretamente esperibili, tenuto conto che lo spostamento verso la medicina di comunità impone necessariamente di fare riferimento *anche* alla collettività, oltre che al singolo. Infatti, diversamente dagli scenari che sono stati presentati con più frequenza a livello teorico in questi mesi, il conflitto che *concretamente* gli operatori sanitari si trovano davanti non è tra due beni fondamentali (non solo la salute, ma la vita stessa di due pazienti), ma tra un numero indefinito di essi (la vita di molteplici pazienti in pericolo di vita), sicché una scelta – pur drammatica – basata *anche* sul tentativo di prestare soccorso al numero più alto di persone non pare possa considerarsi irragionevole. Piuttosto, sarebbe opportuno rimarcare che la valutazione prognostica relativa agli anni di vita salvata deve essere appunto effettuata *in concreto* (pur con le specificità del *triage* prospettico⁵⁰) nonché, forse, considerare l'opportunità di individuare un periodo-limite cui riferire la valutazione in oggetto, dato che un elemento determinante nel *triage* è la prognosi a breve termine, che comporta l'accettazione prioritaria dei pazienti che, una volta sottoposti alla TI, abbiano buone probabilità di recupero.

Sempre nell'ottica dell'utilità, sembra potersi inserire un altro interrogativo originato dal riferimento all'età. Ci si è chiesti, infatti, se sia possibile pensare al criterio anagrafico come culturalmente mediato⁵¹ e, dunque, se esso non rifletta inevitabilmente le immagini negative sull'invecchiamento (e sull'inutilità delle persone anziane) socialmente diffuse, rivelandosi così discriminatorio. Tale eventualità non sembra affatto da escludersi, proprio per il duplice profilo – clinico ed extra-clinico – dell'età (a ben vedere, tra l'altro, adottando un costruttivismo ragionevole sembra difficile individuare criteri che non siano culturalmente mediati). E, tuttavia, una lettura sistematica permette di comprendere come la SIAARTI non solo sia consapevole della questione, ma intenda proprio contrastare gli stereotipi socialmente diffusi. Nel documento del 2003 al quale rimanda la raccomandazione n. 4,

del fatto che, a parità di condizioni, il paziente più anziano che si vede (*rectius: può vedersi*) negare le cure è colui che ha contribuito maggiormente al sostentamento fiscale di un dato ordinamento (cfr. G. DELVECCHIO, *Etica e scelte di fine vita in epoca di Covid-19*, in https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=83432, ultimo accesso 17/07/2020). Tuttavia, se riteniamo che al fine di tutelare il diritto fondamentale di un soggetto non possano essere accolti gli argomenti che si appellano al contributo che un individuo può dare ora o in futuro, in quanto di fatto possono risultare discriminatori nei confronti delle persone anziane, sembra che un analogo discorso debba valere nel caso di un contributo già fornito, in quanto un simile criterio si rivelerebbe parimenti discriminatorio, seppur *a contrario*.

⁴⁸ Ha impiegato quest'efficace espressione Marco Revelli, proprio commentando le Raccomandazioni SIAARTI. Cfr. M. REVELLI, *Siamo arrivati ad una sorta di ground zero*, in *Il Manifesto*, 11/03/2020.

⁴⁹ Espressione cui ha fatto ricorso Jürgen Habermas. Cfr. J. HABERMAS, *Dans cette crise, il nous faut agir dans le savoir explicite de notre non-savoir*, in *Le Monde*, 10/04/2020.

⁵⁰ Diversamente dal *triage* usuale, in quello prospettico si valuta la condizione individuale unitamente a quella di altri pazienti (siano essi presenti, o valutati ed osservati da un punto di vista clinico, ma non presenti nei locali del pronto soccorso).

⁵¹ G. DELVECCHIO, *op. cit.*

essa tiene infatti fermi, considerandoli non superabili, i criteri di appropriatezza clinica, e precisa anche che «[l]’età cronologica di per sé non è un criterio per decidere l’appropriatezza dei trattamenti intensivi poiché non è sempre correlata con l’età biologica»⁵². Inoltre, si premura di esplicitare che «[l]a valutazione di appropriatezza clinica dei trattamenti intensivi non deve comunque essere influenzata dalla immagine negativa che la società ha della vecchiaia»⁵³, con ciò – sembra – assegnando all’età un rilievo clinico ai fini della valutazione in oggetto.

Infine, non pare che dal tenore letterale delle *Raccomandazioni* sia possibile inferire che il richiamo all’età trovi giustificazione nella necessità di garantire a ciascuno l’eguale opportunità di vivere la propria vita privilegiando chi sia più giovane (c.d. *fair innings argument*). Dopo il richiamo della maggior probabilità di sopravvivenza, il riferimento è infatti a un criterio numerico (gli anni di vita salvata) che sembra prescindere da ogni considerazione di giustizia intergenerazionale, cui l’argomento in questione sembra invece sostanzialmente rimandare. Ancora una volta, giova rimarcare come tale eventualità (la preferenza accordata a chi sia più giovane rispetto a chi sia più anziano), statisticamente più probabile, non sia però connotata da alcun elemento di necessità, come dimostrano i casi di cronaca verificatisi nei mesi scorsi.

Il carattere contingente del legame permette anche di confutare un’altra tesi presente nel dibattito, in base alla quale «un approccio che puntasse a massimizzare gli anni di vita salvati dovrebbe dare sempre la precedenza alle donne»⁵⁴. L’età, infatti, non è (né può essere) l’unico criterio rilevante ai fini della valutazione da compiersi, né è un predittore certo degli anni di vita restanti. Ancora una volta, va considerato il quadro clinico del soggetto, sul quale l’età anagrafica (così come la comorbidità) di certo influisce, ma congiuntamente ad altri fattori.

Il fatto che l’età non sia assunta dalla SIAARTI come unico criterio rilevante permette di concentrarsi brevemente sull’ultimo possibile profilo di discriminatorietà individuato in precedenza, quello della nomina. Può la sola esplicitazione del riferimento all’età ai fini dell’ammissione alla TI giustificare l’accusa di ageismo? La risposta al riguardo, pur tendenzialmente negativa, non può però essere netta. Alla luce delle considerazioni svolte, sembra infatti che il riferimento all’età, in sé e per sé considerato, non sia discriminatorio, appunto in ragione del fatto che essa è solo *uno tra i parametri* che la SIAARTI esorta a prendere in considerazione ai fini della valutazione⁵⁵, che assume rilievo (primariamente) come criterio clinico (per la formulazione del giudizio di appropriatezza) e che la formulazione delle raccomandazioni nn. 3 e 4 non stabilisce esplicitamente una netta ed aprioristica esclusione dalla TI in base all’età.

⁵² *Raccomandazioni SIAARTI per l’ammissione e la dimissione dalla terapia intensiva e per la limitazione dei trattamenti in terapia intensiva*, in *Minerva Anesthesiol.*, 69, 2003, 101-118, 114.

⁵³ *Ivi.*

⁵⁴ Cfr. DEL BÒ, *op. cit.*, 2, corsivo aggiunto.

⁵⁵ Tale opportunità è peraltro ammessa anche dal CNB, seppure con maggiore attenzione alla necessità che il riferimento in oggetto non venga impiegato secondo modalità discriminatorie: «L’età [...] è un parametro che viene preso in considerazione in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica ma non è l’unico e nemmeno quello principale. La priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza» (Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio de “trriage in emergenza pandemica”*, cit., 7).

Tuttavia, l'incipit della raccomandazione n. 3 – «può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in TI»⁵⁶ – rivela alcune criticità⁵⁷. Se anche vi si enuncia una mera possibilità di selezione in base all'età, il che non consente di considerarlo apertamente discriminatorio, esso può essere interpretato anche nel senso di aprire il campo ad una successiva esplicita fissazione di tale soglia, inducendo così a trovare nel dato testuale in oggetto un fondamento giustificativo per il compimento di una simile operazione⁵⁸. In questa ipotesi, l'età diverrebbe allora un criterio *cut-off* per l'accesso alla TI e la scelta relativa all'accesso ai vari percorsi di cura sarebbe aprioristica, anziché basata sul *triage* prospettico (che comunque richiede una valutazione, seppure riferita alla “comunità dei pazienti” e non al singolo). Se anche è drammaticamente comprensibile quale sia l'intento che può avere indotto a introdurre questa espressione (la mancanza di tempo nella valutazione dei casi che si presentavano in TI e, si potrebbe ipotizzare, l'esplicitazione di una prassi già in atto, dettata dallo stato emergenziale), una simile eventualità sarebbe però patentemente discriminatoria e, come tale, contrasterebbe non solo con i principi accolti dall'ordinamento italiano, ma anche con quelli fatti propri dalle fonti sovranazionali⁵⁹.

3. Dopo l'emergenza

Nel dibattito relativo al riconoscimento della soggettività delle persone anziane e alla tutela dei loro diritti fondamentali che si è sviluppato in questi mesi, le *Raccomandazioni* rilasciate dalla SIAARTI sono state spesso ritenute una delle manifestazioni del fenomeno di discriminazione strutturale noto come “ageismo”. La presenza, all'interno del documento, del riferimento all'età, alla probabilità di sopravvivenza e agli anni di vita salvata – e, più in generale, la sua ispirazione etica, dai più considerata utilitarista⁶⁰ – ha infatti indotto molti a vedere nelle *Raccomandazioni* uno dei poli che, unitamente alla gestione del sistema di *long term care*, ha drammaticamente rivelato il minor valore sociale assegnato alle vite delle persone anziane e la loro conseguente dispensabilità. L'analisi condotta in questa sede ha permesso di discostarsi da tale interpretazione, fermi restando i rilievi sulla problematicità dell'incipit della raccomandazione n. 3, che forse una lettura costituzionalmente orientata del documento, complessivamente considerato, può però contribuire ad arginare.

In particolare, le *Raccomandazioni* non sembrano tacciabili di essere direttamente discriminatorie, in ragione del fatto che il criterio dell'età non assume carattere *cut off*.

Si potrebbe allora ritenere che il richiamo alla probabilità di sopravvivenza e agli anni di vita salvata renda le *Raccomandazioni* indirettamente discriminatorie, poiché è ragionevole supporre che, sulla base di questi criteri, alle persone anziane venga negato con più frequenza l'accesso alle TI. Una volta

⁵⁶ Limite d'età opportunamente non precisato perché, qualora fosse stato esplicitato, sarebbe stata ravvisabile una discriminazione.

⁵⁷ Ciò è vero, a maggior ragione, ove lo si legga disgiuntamente dal riferimento alla frase successiva, in cui la SIAARTI richiama la probabilità di sopravvivenza e gli anni di vita salvata.

⁵⁸ È quanto accaduto con la delibera della Giunta Regionale della Lombardia XI/3013 del 30 marzo 2020, e notizie analoghe sono circolate in relazione alle iniziative prese in Piemonte dalla protezione civile: E. DI BLASI, *Italians over 80 “will be left to die” as country overwhelmed by coronavirus*, in *The Telegraph*, 14/03/2020.

⁵⁹ Cfr. ad esempio l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁶⁰ Come si è avuto modo di vedere, il documento presenta solo taluni elementi utilitaristi.

ribadito che tale eventualità in concreto non necessariamente si verifica, bisogna riconoscere che la questione si gioca sul piano della proporzionalità: è infatti unicamente la valutazione del caso concreto a poter rivelare se risorse estremamente limitate sono state usate in modo efficiente ed efficace⁶¹. A questo riguardo, se fosse possibile inserire le *Raccomandazioni* all'interno di un quadro teorico marcatamente utilitarista, dove si faccia riferimento alla qualità della vita, allora l'accusa di discriminarietà sarebbe certamente fondata. Tuttavia, esse sembrano più affini a quello che è stato teorizzato come "utilitarismo precauzionale", una prospettiva consequenzialista che i suoi stessi proponenti riconoscono non essere davvero utilitarista, ma che chiamano in tal modo perché il termine "utilitarismo" – a differenza di "consequenzialismo" – è noto anche al grande pubblico⁶². In questa prospettiva, il ragionamento è finalizzato alla massimizzazione delle risorse scarse, ma rimangono comunque prioritarie la valutazione clinica della persona e l'analisi dei benefici che deriveranno dal trattamento, in un tentativo di *bilanciare* eguaglianza ed utilità, appunto attraverso il riferimento alla probabilità di sopravvivenza e alla lunghezza della vita residua⁶³. In tal modo, non si nega che i soggetti appartenenti a taluni gruppi in concreto potranno essere svantaggiati nell'accesso alla TI, ma questa eventualità sarà giustificata unicamente se essi beneficerebbero dei trattamenti in modo *significativamente inferiore* rispetto ad altri pazienti⁶⁴.

I rilievi in oggetto, uniti al monito della SIAARTI a far sì che la valutazione di appropriatezza clinica dei trattamenti intensivi non sia influenzata dalla immagine negativa della vecchiaia socialmente diffusa emerso in precedenza, inducono infine a ritenere che il documento del 6 marzo u.s. non sia parte del sistema di discriminazione strutturale che comunque attualmente è presente nei confronti delle persone anziane, come rivelano in particolare gli episodi avvenuti all'interno delle strutture di *long term care*. Piuttosto, alle *Raccomandazioni* va riconosciuto il merito di avere favorito l'emersione degli ormai strutturali problemi macro-allocativi presenti nel nostro ordinamento e di avere dato nuovo impulso al dibattito relativo alla necessità di ripensare il *welfare*, potenziando la prevenzione e, magari, adottando un modello "territoriale" o "di prossimità", dove il legame con il territorio e il coordi-

⁶¹ J. SAVULESCU, J. CAMERON, D. WILKINSON, *Equality or utility? Ethics and law of rationing ventilators*, in *British Journal of Anaesthesia*, 125, 1, 2020, 10-15.

⁶² *Ivi*, 13.

⁶³ Contrariamente a quanto avviene all'interno delle *Raccomandazioni*, in tale approccio si effettua anche un riferimento alla qualità della vita, che ritengo opportuno la SIAARTI non abbia compiuto. Deve però essere notato che, nell'utilitarismo precauzionale, questo criterio è ammesso solo nei casi in cui la tale qualità sia fortemente compromessa. Ad esempio, sarebbe applicabile nel caso in cui un soggetto rimanga in vita, ma in stato di incoscienza; di converso, non sarebbe giustificato nessun giudizio che portasse a preferire una persona ad un'altra solo in ragione della più giovane età o dell'assenza di disabilità (sicché in presenza di due soggetti, di cui uno vedente e uno cieco, la cecità di per sé non costituirebbe un criterio per preferire il primo individuo a scapito del secondo).

⁶⁴ «If the difference in the benefit they would derive would be marginal, it may not be acceptable to differentiate between people on this basis. This means more minor differences in probability, length, or quality of life should be ignored, but more significant differences should be relevant» (J. SAVULESCU, J. CAMERON, D. WILKINSON, *op. cit.*, 13). Da questo passaggio si ha riprova di come pure in questa prospettiva etica l'età *non* porti *automaticamente* a preferire la persona più giovane.

namento delle risorse disponibili possono portare a migliorare i servizi (pubblici) offerti, anche nell'ottica di una maggiore integrazione tra la componente sociale e quella sanitaria⁶⁵.

Tale attenzione ha peraltro significativi riflessi anche dal punto di vista socio-culturale: le *Raccomandazioni* hanno infatti contribuito a riscattare dall'invisibilità le persone anziane, imponendole all'attenzione pubblica come soggetti di giustizia e titolari di diritti fondamentali⁶⁶. Purtroppo, il dibattito è solo all'inizio e, una volta affievolitasi l'emergenza pandemica, pare avere perso parte della spinta propulsiva iniziale. Eppure, ciò non fa altro che confermare l'urgenza di riscattare il tema della soggettività delle persone anziane dai margini, per collocarlo finalmente al centro della riflessione pubblica in tema di giustizia e tutela dei diritti fondamentali. E questa, di certo, non è una questione di interpretazione.

Reviews

⁶⁵ In quest'ottica, cfr. anche il parere CNB, *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28/05/2020. http://bioetica.governo.it/media/4051/p137_2020_covid-19-salute-pubblica-liberta-individuale-solidarieta-sociale_it.pdf

⁶⁶ Anche se le *Raccomandazioni* vanno nella giusta direzione, tuttavia è opportuno rimarcare che esse risentono di un quadro di valori e criteri che dovrebbero orientare le decisioni cliniche che appare angusto, in quanto non pone sufficientemente in risalto il profilo dell'autodeterminazione del paziente (tale elemento, di indubbia importanza nell'ottica del pieno riconoscimento della soggettività del paziente stesso, viene invece valorizzato all'interno degli scenari non emergenziali), né fa riferimento agli obiettivi di appropriatezza e proporzionalità, essenziali al fine di assicurare a quest'ultimo la maggior qualità della vita possibile. Ringrazio il *referee* anonimo per avermi sollecitata a precisare tale aspetto. Per maggiori approfondimenti, rinvio a M. GALLETTI, *La bioetica al tempo del Covid-19. Scelte tragiche e criteri di giustizia*, in M. GRAZIANO (a cura di), *Filosofi in ciabatte. Divagazioni filosofiche ai tempi del Coronavirus*, Roma-Messina, 2020, 95-106.

Quale protezione per il diritto alla salute nello spazio giuridico internazionale al tempo del CoViD-19?

La “metafora dell’ombrello” come schema interpretativo

Mirush Celepija*

WHAT PROTECTION FOR THE RIGHT TO HEALTH IN THE INTERNATIONAL LEGAL SPACE AT THE TIME OF COVID-19? THE “UMBRELLA METAPHOR” AS AN INTERPRETATIVE SCHEME

ABSTRACT: The pandemic caused by CoViD-19 has highlighted all the challenges and hurdles in the protection of a fundamental human right such as the right to health in the international law, pointing to an increasingly dysfunctional scenario. The essay aims to define an interpretative scheme to describe the most relevant problems involved in the management of this global health emergency. The intent is to demonstrate that the realization of the right to health in the international legal order is delegated to juridical and organizational instruments that do not seem very functional to the protection of the population.

KEYWORDS: Right to health; World Health Organization; partnership; governance; vaccine

SOMMARIO: 1. Premessa: il perché di una metafora – 2. Chi garantisce l’ombrello? – 3. Una particolare declinazione di “ombrello” nello spazio internazionale: il diritto alla salute come bisogno di coordinamento globale in fase di emergenza. Ruolo e debolezze dell’OMS – 4. Un ombrello...da produrre. Un’analisi delle criticità della governance di produzione del vaccino anti CoViD-19 e l’affidabilità dell’industria come partner – 5. La potenza del “vento” e il ripensamento del sistema dei brevetti – 6. Modelli di acquazzoni: quale scenario alla scoperta di un vaccino? – 7. Conclusioni.

1. Premessa: il perché di una metafora

Come illustrato da autorevole dottrina¹, i diritti si comportano come degli ombrelli, che proteggono il cittadino dalla pioggia e dalle intemperie.

Nonostante questa metafora sia stata coniata per descrivere un certo tipo di logica di bilanciamento dei diritti nell’ambito dell’interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, essa pare utilizzabile, nella sua essenzialità descrittiva, anche per altre finalità argomentative.

Ad esempio, alla luce delle considerazioni che seguiranno, risulta sensato inquadrare il problema del diritto alla salute nello spazio giuridico internazionale, così come è emerso con la pandemia da Co-

* Dottore in scienze politiche, laureato presso l’Università degli Studi di Perugia. Mail: mirushcelepija@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Si veda R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, 2018, 43.

Reviews

ViD-19, filtrandolo per gli elementi nucleari della metafora stessa: l'ombrello (diritto alla salute), la collocazione spaziale del cittadino sotto di esso, la potenza del vento.

Tramite siffatto schema interpretativo, quindi, si proverà a comprendere quale declinazione abbia assunto "l'ombrello" in questo contesto sanitario d'emergenza globale, mentre, parallelamente, si procederà con attenzione ad un'analisi delle dinamiche di governance sottese alla realizzazione del diritto stesso.

Il tutto con lo scopo finale di tratteggiare degli scenari futuri che potrebbero venirsi a delineare nel caso in cui si arrivasse ad un vaccino anti CoViD-19.

La piroetta, come si capisce, è sia metodologica che teleologica. In questo lavoro, la metafora dell'ombrello viene traslata solo nella sua capacità descrittiva, ma perde la sua collocazione scientifica iniziale. In un certo qual senso essa viene prima standardizzata e poi riapplicata.

L'idea di fondo, nella sostanza, è quella di trarre ispirazione da un'immagine tanto efficace quanto evocativa, provando a vedere se ci sia la possibilità di far emergere tramite essa un ulteriore livello di pensiero ed argomentazione in merito al discorso sul modello di protezione del diritto alla salute che sta caratterizzando questa fase storica segnata dalla pandemia da CoViD-19.

2. Chi garantisce l'ombrello?

La vicenda del CoViD-19, rappresentando un'esemplare concretizzazione del concetto di "*internazionalizzazione del rischio*"² in materia di sanità, ha messo in luce la fragile impalcatura giuridico-organizzativa su cui si basa la gestione sovranazionale della salute pubblica.

Benché un'audace interpretazione del pensiero di Carl Schmitt³ possa portarci a intravedere nell'Organizzazione Mondiale della Sanità un soggetto sovrano, proprio perché capace di decretare lo stato d'eccezione⁴, in realtà, la sovranità è una prerogativa che non sorge in capo a nessuno degli attori che prendono parte alla *governance* globale della salute. Dimensione, questa, in cui una pluralità di soggetti statali, attori privati (profit e non) e organizzazioni transnazionali definiscono politiche pubbliche sanitarie tramite processi di concertazione e partenariato.

Questo stato di cose espone la comunità degli Stati ad una problematica fondamentale nella risoluzione di questa pandemia, ossia la questione di un diritto umano fondamentale come quello alla salute collocato all'interno di uno spazio giuridico che non contempla la presenza di un'autorità pubbli-

² S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, 2018, 44. Pare di particolare efficacia quanto l'autrice scrive a pag. 45: «Il necessario ricorso a meccanismi multilaterali di prevenzione e risposta rapida ha contribuito a trasformare l'interesse dello Stato alla propria sicurezza sanitaria in un obiettivo di global concern, ossia di interesse e preoccupazione a livello mondiale: di qui il superamento del concetto di salute pubblica, ancorato alla dimensione statale, e l'affermazione del concetto di salute globale».

³ Sul punto si veda F. CORTESE, *Significati e ruoli dell'eccezione nello Stato di diritto: anatomia di un dispositivo*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, 11, 2015, 20.

⁴ Ci si riferisce al fatto che l'OMS ha sancito lo stato di pandemia globale nel giorno 11 Marzo 2020. Cfr. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

ca globale avente l'obbligo di garantire l'effettiva realizzazione del diritto stesso, nelle sue diverse declinazioni⁵.

Come è stato illustrato in dottrina, quello alla salute è un tipico caso di diritto sociale⁶, e l'idea della sua dipendenza finanziaria, ben argomentata dall'esegesi giurisprudenziale italiana⁷, pare ragionevolmente traslabile a livello internazionale. Siamo di fronte, quindi, a un diritto costoso e richiedente una fornitura nei confronti di un soggetto specifico.

Un recente commento ha chiarito come nella dottrina internazionale il diritto alla salute sia per taluni riconducibile in capo ai singoli Stati, mentre per altri risulti una prerogativa propria della comunità internazionale, che ne vanta, così, la titolarità⁸.

Se il dibattito in tal senso risulta ancora aperto, quello che rileva ricordare in questo contesto è che nonostante sia stato dichiarato come diritto umano nei più importanti dispositivi giuridici sovranazionali⁹, il diritto alla salute pare essere destinato, come hanno specificato autorevoli voci, ad una "realizzazione domestica"¹⁰.

Com'è stato evidenziato, infatti, il ruolo dei vari trattati e dichiarazioni sul tema *health right* si è esaurito nella seppur importante funzione di aver incentivato molti Stati, più di cento, a introiettare nei propri ordinamenti giuridici delle previsioni costituzionali in merito al diritto alla salute¹¹. Ma, di fondo, l'onere della fornitura del bene salute è rimasta confinata nei perimetri degli ordinamenti giuridici nazionali, senza che sorgesse in capo a nessuna autorità sovranazionale alcun obbligo rilevante in tal senso.

⁵ Sulle declinazioni del diritto alla salute si veda B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute, Diritto e società*, 1984, 31; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI, Roma 1989, 5; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, parte generale*, Padova, 1990, 44; L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 2508 ss.; A. PIOGGIA, *Di cosa stiamo parlando quando parliamo di diritto alla salute?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2017, 293.

⁶ Sul punto C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto Pubblico*, 2017, 654.

⁷ F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, 1990, 30 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, II edizione, 2015, 83-84; L. BUSATTA, *La salute sostenibile: La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, 2018, 83-97.

⁸ Si veda F. ALAGNA, *Emergenza coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 359.

⁹ Giova ricordare che il percorso di definizione sovranazionale del diritto alla salute è ormai stabilmente cristallizzato in un complesso di atti e trattati di rilievo globale, quali la Costituzione della *World Health Organization* (1946), l'articolo 25 della Dichiarazione dei Diritti Umani (1948), l'articolo 12 dell'*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966), l'articolo 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea adottata nel 2000. In tal senso si veda A. Pioggia, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Rivista del Diritto della sicurezza sociale*, 1, 2011, 23.

¹⁰ B. TOEBES, *International Health Law: An Emerging Field of Public International Law*, in *Indian Journal of International Law*, 35, 3, 2015, 315. Qui si cita espressamente: «[s]ecuring access to access to healthcare services is a key component of the internationally recognised "right to health". Based on the international human right to health, States are required to realise the right to healthcare domestically».

¹¹ L. FORMAN, *Human Rights Treaties Are an Important Part of the International Health Instrumentarium*, in *International journal of health policy and management*, 7, 5, 2017, 468. Si veda anche J. HEYMANN, A. CASSOLA, A. RAUB, L. MISHRA, *Constitutional rights to health, public health and medical care: the status of health protections in 191 countries*, in *Glob Public Health*, 8, 6, 2013, 639-653.

La strada della cooperazione internazionale sul tema salute, così come finora perseguita dalla comunità degli Stati, ha sì consentito la creazione di soggetti in grado di deliberare a maggioranza ed esprimere una propria posizione autonoma, come l'OMS¹², ma non pare aver spodestato gli Stati nazionali dal ruolo di principali responsabili della salute dei propri popoli¹³.

A meno che non si persegua, come illustrato da autorevole dottrina¹⁴, la strada di un Costituzionalismo che vada oltre gli Stati nazionali, pare difficile uscire da un'aporìa in cui un diritto sociale fondamentale di carattere globale trova protezione primariamente nell'ambito di una dimensione localistica, quindi statale.

A prova di ciò, basta ricordare come la coraggiosa ed impegnativa definizione di salute contenuta nel preambolo¹⁵ della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità sia poi seguita da una disposizione che demanda ai Governi nazionali la responsabilità circa la concretizzazione materiale del diritto alla salute, lasciando la libertà ad ogni realtà statale di predisporre i più adeguati strumenti di politica pubblica¹⁶. Ecco perché in seno a tale organizzazione troviamo Paesi che affrontano la tematica sanitaria secondo principi ideologici, giuridici e organizzativi piuttosto differenti. Per esempio, si pensi ad un raffronto fra il sistema universalistico italiano¹⁷ e quello statunitense, ancora oggi abbondantemente imperniato sul principio privatistico-assicurativo¹⁸.

Nella sostanza, l'OMS non ha la *potestà d'imperio* tipica degli Stati Nazionali, ma può, come evidenziato in dottrina¹⁹, assolvere a funzioni normative che le vengono attribuite dagli articoli 19 e 21 della sua Costituzione²⁰. Facoltà questa della normazione poco adottata dall'Agenzia. Mentre è ben noto il grande protagonismo internazionale dell'OMS in materia di coordinamento, monitoraggio e promozione in tema di salute mondiale²¹.

Proprio su questi ultimi aspetti sarà necessario porre attenzione nel prossimo paragrafo.

¹² S. IZZO, *Brevi considerazioni sul ruolo dell'OMS nel contrasto alla pandemia di Covid-19*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 43, 2, 2020, 2261.

¹³ J. TOBIN, *The Right to Health in International Law*, 2012, 325. Si cita espressamente: «[i]n international law a state has the primary responsibility for securing the realization of the right to health for the individuals within its jurisdiction».

¹⁴ Si veda L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, 2017.

¹⁵ Sul diritto alla salute configurato nel preambolo della Costituzione dell'OMS cfr. V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, 2011, 579

¹⁶ Cfr. il preambolo della costituzione dell'OMS. Qui troviamo: «[g]overnments have a responsibility for the health of their peoples which can be fulfilled only by the provision of adequate health and social measures».

¹⁷ La letteratura sul tema è sterminata. Si rimanda per una veloce ricognizione a M.S. BONOMI, *Il diritto alla salute e il sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it*, 2014, 2 ss;

¹⁸ Sul punto A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, 2018, 73.

¹⁹ S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, cit., 34.

²⁰ Cfr. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf.

²¹ Sul ruolo dell'OMS si veda T.M. BROWN et al, *The World Health Organization and the transition from "international" to "global" public health*, in *American journal of public health*, 96, 1, 2006, 62-72.

3. Una particolare declinazione di “ombrello” nello spazio internazionale: il diritto alla salute come bisogno di coordinamento globale in fase di emergenza. Ruolo e debolezze dell’OMS

La pandemia da CoViD-19 ha mostrato come a livello sovranazionale il diritto alla salute abbia assunto, specialmente nella prima fase dell’emergenza, le fattezze di un bisogno di guida, o, più precisamente, di indirizzo verso misure e comportamenti atti a contrastare la diffusione del virus.

Facendo specifico riferimento alla metafora utilizzata in questo saggio, l’OMS può essere considerato quell’attore della dimensione internazionale che ha avuto il compito di porre i cittadini “al centro dell’ombrello”, in quel punto dove la protezione tende ad essere maggiore²². Ciò pare ragionevole, se si pensa che, in fase di rilevante incertezza, l’Agenzia dovrebbe risolvere quelle problematiche di asimmetria informativa tecnico-scientifica e insicurezza decisionale che potrebbero inficiare il processo domestico di risposta degli Stati membri²³.

Tuttavia, come la realtà ha dimostrato, i punti di debolezza dell’OMS in ordine alla realizzazione di questo suo ruolo sono stati diversi.

Le problematiche, nella sostanza, si sono manifestate sin dall’inizio della crisi sanitaria. In *primis*, è stata proprio la dichiarazione di pandemia a sollevare una prima criticità, che riguarda l’efficacia non vincolante di molti atti che provengono dall’Organizzazione Mondiale della Sanità²⁴.

Com’è stato fatto notare, tale dichiarazione, pronunciata del Direttore Generale dell’Agenzia, non è in grado di produrre effetti giuridici coercitivi nei confronti dei Paesi membri, in quanto essa rappresenta una *governance through information*, ossia uno strumento non autoritativo che ha la capacità di indirizzare l’operato di istituzioni, organizzazioni e individui, con l’intento di tracciare, seppur in via regolatoria, una forma di “*International public Authority*”²⁵.

Ciò perché nell’ambito degli *International Health Regulations (IHR)*²⁶, che rappresentano l’unico strumento giuridico in grado di vincolare gli Stati membri in materia di prevenzione, controllo e coordinamento di un’emergenza sanitaria, i Paesi sono obbligati a seguire le linee guida elaborate dall’OMS in via specifica²⁷, senza tuttavia essere vincolati a rispettare le indicazioni emergenziali pro-

²² R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 43.

²³ Per delle importanti considerazioni in tal senso si rimanda a P. ACCONCI, *L’Organizzazione Mondiale della Sanità alla prova dell’emergenza sanitaria Covid-19*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 43, 2, 2020, XXIII.

²⁴ Un commento recente sul tema CoViD-19 ha indicato che «[l]a pandemia COVID-19 ha confermato, invero, la predilezione dell’OMS per la produzione di atti non vincolanti quali standard, codici di condotta, linee guida e programmi di azione». Così in P. ACCONCI, *Prime considerazioni sull’effettività delle risposte normative dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) alla diffusione del COVID-19*, in *SIDIBlog*, 8 aprile 2020.

²⁵ Sul punto si veda I.R. PAVONE, *La pandemia globale di CoViD-19: riflessioni sul ruolo dell’OMS*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1S, 2020, 479. Qui troviamo: «[n]el caso di specie si è in presenza di atto unilaterale adottato da un organo non rappresentativo e non votato in seno ad un organo assembleare, che richiede agli Stati di attuare determinate misure di contenimento e mitigazione, con l’obiettivo di perseguire un fine comune, che è quello della tutela della sanità pubblica. Infatti, una pandemia viene dichiarata non sulla base di considerazioni politiche e di un’ampia partecipazione democratica (infatti non viene discussa e votata in seno alla World Health Assembly), ma esclusivamente sulla scorta di considerazioni scientifiche».

²⁶ Sul punto S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, cit., 35-43.

²⁷ Cfr. Art. 13, reperibile al link: <https://bit.ly/3jaeqdy>.

nunciate dal Direttore Generale in occasione di pandemia. Contestualmente, infatti, non sono previste sanzioni per gli Stati che non le rispettino²⁸.

Ciò ha contribuito non poco alla mancata adozione contemporanea e celere su scala planetaria delle misure restrittive volte al contrasto del virus. Basti pensare a come Usa e Gran Bretagna²⁹ abbiano sottovalutato la portata della pandemia, provocando, come è stato rilevato, anche molta frustrazione nei ranghi dirigenziali dell'OMS, i cui messaggi di allerta venivano palesemente contraddetti da tali governi³⁰.

Della dichiarazione di pandemia è importante ricordare anche il carattere tardivo, che ha reso ancora più difficile la predisposizione di misure volte al coordinamento dell'emergenza sanitaria da parte dell'OMS. Recenti commenti hanno fatto luce in tal senso. Innanzitutto, una ragione pare essere il ritardo con cui la Cina³¹ ha notificato all'Agenzia la presenza di dati critici indicanti l'epidemia in corso, fatto questo che la vedrebbe violare l'articolo 6 degli *International Health Regulations*, che prevede per lo Stato membro l'obbligo di tempestiva comunicazione all'OMS di un'emergenza sanitaria entro 24 ore dal suo rilevamento. Ciò risulta particolarmente pernicioso se si pensa che l'OMS non possiede propri strumenti formali in grado di verificare ciò che accade presso uno Stato membro³².

Un altro motivo riguarderebbe le divergenze sorte tra il Direttore Generale e l'*Emergency Committee*. Il primo, nonostante possa deliberare in via unilaterale lo stato di emergenza, ha preferito proseguire una prassi che non lo ha mai visto *bypassare* il parere del comitato scientifico³³.

Infine, una ragione del ritardo pare essere anche la generica ed approssimativa definizione di pandemia che la stessa OMS ha adottato, fatto questo che avrebbe condizionato chiaramente la prudenza manifestata dall'Agenzia³⁴.

Una falla evidente nella dimensione del coordinamento è emersa anche a livello della portata delle misure restrittive da adottare per il contenimento del virus³⁵. Difatti, l'articolo 43 degli *IHR* indica ai Paesi membri di non adottare provvedimenti di limitazione del traffico internazionale e di compressione della libertà dei cittadini, se vi sono adeguati e ragionevoli accorgimenti di messa in sicurezza in grado di contrastare il pericolo senza porre in essere tali misure. La necessità di provvedimenti particolarmente restrittivi, infatti, va motivata sulla base di evidenze scientifiche e indicazioni specifiche dell'OMS.

²⁸ G. PERRONE, *Il Regolamento Sanitario Internazionale dell'OMS alla prova dell'emergenza CoViD-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1S, 2020, 516-517.

²⁹ F. BIEBER, *Global Nationalism in Times of the COVID-19 Pandemic*, in *Nationalities Papers*, 2020, 5.

³⁰ S. BURANYI, "The WHO v coronavirus: why it can't handle the pandemic", in *The Guardian*, 10 aprile 2020.

³¹ S. FANNI, *La scienza oltre i confini: obblighi di cooperazione internazionale nel campo della ricerca in relazione alle epidemie e alle pandemie*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1S, 2020, 486.

³² S. IZZO, *Brevi considerazioni sul ruolo dell'OMS nel contrasto alla pandemia di Covid-19*, cit., 2259.

³³ Si veda I.R. PAVONE, *La pandemia globale di CoViD-19: riflessioni sul ruolo dell'OMS*, cit., 472.

³⁴ S. FANNI, *La scienza oltre i confini: obblighi di cooperazione internazionale nel campo della ricerca in relazione alle epidemie e alle pandemie*, cit., 485; per un approfondimento si veda P. DOSHI, *The elusive definition of pandemic influenza*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 89, 7, 2011, 532-538.

³⁵ P. ACCONCI, *L'Organizzazione Mondiale della Sanità alla prova dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 43, 2, 2020, XVI. Qui l'autrice afferma: «[i]l Direttore Generale ha sottolineato più volte che l'adozione di restrizioni alla libera circolazione delle persone esulava dalle attività di contenimento e prevenzione attese dagli Stati Membri, non essendo raccomandata "any travel or trade restriction based on the current information available"».

Come sottolineato in un recente commento, sia la giustificazione scientifica, sia la coerenza con le indicazioni dell'Agencia sono state violate dalle chiusure dei confini adottate dappertutto³⁶. In generale, l'OMS ha sempre fatto riferimento alla possibilità di limitare i voli, ma in realtà non ha mai raccomandato di restringerli. L'Agencia ha specificato nel *Strategic Preparedness Response Plan for COVID-19*³⁷ che in occasione di emergenze sanitarie può addirittura non risultare efficace adottare dispositivi posti a limitazione della mobilità di persone e merci. Pertanto, come ribadisce il *report*, sono gli Stati che adottano le chiusure a dover dimostrare la legittimità delle stesse: ciò è avvenuto solo per il 45% dei più di 70 Paesi che hanno applicato restrizioni ai voli internazionali³⁸.

Infine, sul fronte del coordinamento delle risorse finanziarie necessarie per fronteggiare la pandemia, l'OMS ha dimostrato tutta la sua debolezza. L'Agencia sta vivendo, soprattutto negli ultimi anni, una fase di erosione della capacità contributiva degli attori pubblici: nella composizione del bilancio, l'apporto degli Stati membri in termini di contributi obbligatori (*assessed*) è passato dal 46% nel 1990 al 21% nel 2017, mentre l'ammontare dei contributi volontari è del 78% nel biennio 2018-2019.

V'è da segnalare un'ulteriore criticità in merito: i contributi volontari sono tendenzialmente indirizzati verso specifici programmi predefiniti dal soggetto donatore, fatto, questo, che tende a deviare dalle finalità generali di salute pubblica di cui l'Agencia dovrebbe essere promotrice. Senza tenere conto poi dell'inevitabile sviluppo di squilibri di potere che vedono gli Stati più munifici prendere il controllo sul processo decisionale dell'organizzazione³⁹. Di rilievo pare anche la grande incidenza dei soggetti non governativi nella dimensione della contribuzione volontaria. Esempio è il caso della Bill and Melinda Gates Foundation che per il periodo 2015-2017 è seconda solo agli USA nell'apporto di finanziamenti all'Agencia⁴⁰.

Nel complesso, l'OMS è costretta oggi a funzionare con circa 4 miliardi di dollari, risorse monetarie che solitamente servono a un ospedale americano di buon livello⁴¹.

In questo scenario di cassa drammatico, l'Agencia ha avviato un piano di finanziamento denominato *COVID-19 Solidarity Response Fund*, con lo scopo di aumentare i fondi⁴² da destinare soprattutto ai

³⁶ L. TONTI, *CoViD-19 & the international health regulations: the fallout of a multinational framework*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 15, 2020, 523-524.

³⁷ Si veda "*Strategic preparedness and response plan for the new coronavirus*", 3 febbraio 2020, 10. Rinvenibile presso <https://www.who.int/publications-detail/strategic-preparedness-and-response-plan-for-the-new-coronavirus>.

³⁸ L. TONTI, *CoViD-19 & the international health regulations: the fallout of a multinational framework*, cit., 525.

³⁹ S.K. REDDY, et al. *The financial sustainability of the World Health Organization and the political economy of global health governance: a review of funding proposals*, in *Globalization and health*, 14, 1, 119, 2018, 3.

⁴⁰ C. Clift, J.A. RØTTINGEN, *New approaches to WHO financing: the key to better health*, in *BMJ*, 2018, 7.

⁴¹ S.K. REDDY, et al., *The financial sustainability of the World Health Organization and the political economy of global health governance: a review of funding proposals*, cit., 2.

⁴² L'articolazione dei fondi standard, ossia propri dell'organizzazione, è descritta in S. Fanni, *La scienza oltre i confini: obblighi di cooperazione internazionale nel campo della ricerca in relazione alle epidemie e alle pandemie*, cit., 502. Si cita espressamente: «[c]oncretamente, le risorse convergenti nella Partnership Contribution vengono destinate, per il 70%, alla "pandemic preparedness", che include una serie di aree che l'OMS ha indicato come «strengthening laboratory and surveillance capacities, conducting burden of disease studies, strengthening regulatory capacities, strengthening risk communications, planning for deployment». Il restante 30% delle risorse verrà, invece, utilizzato nell'eventualità che si diffonda una pandemia, come avvenuto nel caso del COVID-19».

Paesi più fragili, per favorirli nelle politiche sanitarie atte a combattere il virus⁴³. Com'è stato evidenziato, il ricorso a un meccanismo di *fundraising* privato rappresenta un *unicum* per l'OMS, la cui origine deriva dall'incapienza causata delle modalità classiche di finanziamento dell'Agenzia⁴⁴.

È palese che il ricorso ad una soluzione di questo tipo costituisca una *extrema ratio*, fortemente indicativa dell'incapacità dell'Agenzia di fronteggiare, dal punto di vista delle risorse, il complessissimo scenario che deve gestire. Se l'immissione sempre più preponderante di fondi privati nelle casse dell'OMS può sembrare un palliativo per questi mesi di emergenza, rimane tuttavia il pericolo di una completa compromissione della credibilità dell'Agenzia stessa, aspetto questo che inficia in via endemica ogni prospettiva di buon coordinamento.

A tutto quanto sopra considerato si aggiungono i dubbi di recente formulati in ordine all'affidabilità delle indicazioni fornite dall'OMS nella prima fase della pandemia⁴⁵. La perdita di credibilità, per una organizzazione come questa, è particolarmente pernicioso, potendo la stessa contare essenzialmente sulla sua autorevolezza⁴⁶ per spingere gli Stati a seguire in maniera convinta, congiunta e rapida le sue raccomandazioni⁴⁷.

Alla luce di tutte queste riflessioni, pare ragionevole la posizione di autorevole dottrina pubblicistica che non ha mancato di auspicare la necessità che le organizzazioni internazionali, come l'OMS, debbano operare in condizioni di trasparenza e con idonei poteri di intervento: la stima dell'opinione pubblica, quindi, andrebbe conquistata garantendo sul campo l'effettività della protezione dei diritti, e non solo sulla carta⁴⁸.

4. Un ombrello...da produrre. Un'analisi delle criticità della *governance* di produzione del vaccino anti CoViD-19 e l'affidabilità dell'industria come partner

In questa fase pandemica, l'ombrello oggetto della nostra metafora è declinabile anche, e forse soprattutto, come diritto al farmaco. Nonostante possa apparire fisiologico intavolare alcune riflessioni, che tuttavia non mancheranno nei paragrafi a venire, su questioni di accesso ai medicinali, in questo momento risulta cruciale porre l'attenzione su una fase genetica: quella dei meccanismi di *governance* che si sono sviluppati alla base della produzione di un potenziale vaccino anti CoViD-19.

⁴³ I.R. PAVONE, *La pandemia globale di CoViD-19: riflessioni sul ruolo dell'OMS*, cit., 480.

⁴⁴ A.D. USHER, *WHO launches crowdfund for COVID-19 response*, in *Lancet*, 395, 10229, 2020, 1024.

⁴⁵ Sul punto si veda I. PELLICCIARI, *Oms, storia di un fallimento già scritto. L'analisi di Pellicciari*, in *Formiche.net*, 3 Maggio 2020. Va ricordato inoltre che è da ormai diverso tempo che l'affidabilità delle raccomandazioni dell'OMS risulta esposta a importanti critiche. Uno studio di qualche anno fa ha evidenziato che il 55% delle raccomandazioni dell'Oms classificate come "strong", ossia molto attendibili, si basano su stime ed analisi dalla bassa affidabilità scientifica. Come specificato in P.E. ALEXANDER et al., *World Health Organization Recommendations Are Often Strong Based on Low Confidence in Effect Estimates*, in *Journal of clinical epidemiology*, 67, 6, 2014, 633.

⁴⁶ I.R. PAVONE, *La pandemia globale di CoViD-19: riflessioni sul ruolo dell'OMS*, cit., 482.

⁴⁷ *Ivi*, 474-475.

⁴⁸ G.F. FERRARI, *L'OMS e la pandemia: incertezze e contraddizioni*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 43, 2, 2020, XXXI.

Nonostante recentissima dottrina abbia intravisto negli ordinamenti nazionali le sole realtà giuridiche in grado di garantire un'effettiva protezione sanitaria dei cittadini dal CoViD-19⁴⁹, pare ragionevole pensare che una risoluzione della pandemia dovrà passare necessariamente per una vasta concertazione globale fra differenti attori, privati e pubblici, i cui interessi molto spesso tendono a divergere; fatto questo che di per sé espone la protezione di un diritto umano, come quello alla salute, a dinamiche di forza⁵⁰ tipiche del mercato farmaceutico, che quasi mai vanno nella direzione della tutela dei diritti più fragili⁵¹.

Stati e imprese del *pharma* si trovano ad operare in un contesto di *governance*, che si sintetizza in un modello in cui la *soft law* ha scardinato i presidi di *hard law*, con il principio di validità che ha abdicato a favore di un paradigma dell'efficienza caratterizzato dalla prevalenza di regole definite nell'ambito di dinamiche private⁵². Mancando sostanzialmente la dimensione autoritativa tipica del modello di *government*⁵³, la cui strutturazione pone come *dominus* il soggetto pubblico, è opportuno per quest'ultimo porre innanzitutto il problema dell'affidabilità dell'attore privato nella comune concertazione tesa alla realizzazione del diritto alla salute.

I recenti fatti relativi alla necessità di trovare un vaccino contro questo virus non dipingono uno scenario incoraggiante.

Diverse circostanze hanno infatti evidenziato come le *corporations* del farmaco non siano un alleato efficace nella lotta alle malattie influenzali capaci di produrre gravi pandemie.

A sostegno di tale tesi si può, ad esempio, citare il caso di Peter Hotez, lo scienziato americano che già nel 2016 aveva chiesto a diversi investitori di sostenere il suo progetto di vaccino contrastante i *coronavirus*, senza tuttavia ottenere l'appoggio di nessuna realtà rilevante del *pharma*. Hotez, audito presso la Camera dei rappresentanti il 5 marzo 2020, ha spiegato come al tempo non vi fosse nessun interesse dell'industria a investire in un vaccino contro la Sars, in quanto il virus non era più percepito

⁴⁹ In tal senso si veda A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3, 2020, 123. Pur auspicando la necessità di una gestione globale della crisi sanitaria, qui l'autrice rileva che: «lo Stato si dimostra, nei fatti, l'unica istituzione che ha la forza di adottare scelte politiche di contrasto rispetto al diffondersi del virus e tese all'azione di cura dei cittadini, ma allo stesso tempo appare intrinsecamente incapace di reazioni, a fronte di un virus senza confini, che non contemplino un arroccamento nazionalista».

⁵⁰ Ci si riferisce al tema della tensione fra tutela brevettuale e protezione del diritto umano alla salute. Sul punto si veda N. BOSCHIERO, *Intellectual Property Rights and Public Health: An Impediment to Access to Medicines and Health Technology Innovation?*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, 2017, 259-294.

⁵¹ Sulle derive speculative del mercato farmaceutico, con riferimento a casi concreti e specifici, si rimanda a C. Casonato, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4, 2017, 5-9.

⁵² A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, 2018, 106. A pagina 108 l'autrice afferma: «[l]'hard law assume la funzione di riprodurre e stabilizzare. Ovvero di conferire una veste formale a norme il cui contenuto è deciso in altra sede».

⁵³ Per delle riflessioni sui concetti di *governance* e *government* si rimanda a G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, 2012, 105-106. Risulta di particolare rilevanza la parte in cui l'autore afferma: «[s]e il nesso tra i concetti *government* e *governance* nella scienza politica poneva il secondo nella posizione di definire la dimensione gregaria, successiva, del primo, cioè dell'attività di governo in quanto decisione sui fini da perseguire e sulle alternative relative alla destinazione delle risorse sociali, il contesto odierno pone tra i due concetti una relazione sostitutiva».

come minaccia alla sicurezza pubblica americana. Qui viene da chiedersi, più che altro, se il comparto non abbia invece rinunciato a fronteggiare quel tipo di patologie solo perché poco redditizie, data la loro scarsa diffusione negli USA.

Inoltre, lo scienziato non ha mancato di ricordare che, considerata la somiglianza tra Sars 1 e Sars 2, se avessero elaborato un vaccino per la prima versione del virus, alla comparsa del secondo avrebbero avuto più strumenti conoscitivi per riproporre più velocemente un vaccino efficace per quest'ultimo⁵⁴.

Altre voci autorevoli hanno inoltre posto l'attenzione sulla totale indifferenza, durata ben 18 anni, delle case farmaceutiche verso i *coronavirus*. La motivazione di questa scelta del comparto sarebbe da ricondurre alla tendenza ad investire su farmaci finalizzati al trattamento di malattie croniche come l'ipertensione o il diabete, con sempre grande attenzione, inoltre, alle patologie tumorali. È in questi ambiti di ricerca, infatti, che si può giungere al famigerato *blockbuster*, il farmaco in grado di consentire una remunerazione cospicua della ricerca e sviluppo⁵⁵. Pertanto, alla luce di ciò, la dimensione delle malattie infettive non pare abbia avuto grande importanza per il comparto farmaceutico, almeno finora. A riprova di ciò v'è la recente notizia che ha fatto emergere come Efpia, nota *lobby* dell'industria farmaceutica in Europa, abbia rifiutato nel 2018 la proposta della Commissione Europea di investire sul settore per la cura delle nuove epidemie nel contesto dell'*Innovative Medicines Initiative* (IMI), un ente di partenariato in cui sia Efpia che Commissione sono attori cruciali⁵⁶.

Nonostante ci siano stati studi⁵⁷ che hanno sensibilizzato la comunità scientifica in relazione alla pericolosità dei *coronavirus* presenti in specie animali, l'industria farmaceutica ha concentrato le sue energie su altre dimensioni con un *return on investment (Roi)*⁵⁸ ben più alto⁵⁹.

⁵⁴ Si veda Committee on Science, Space, and Technology, *Hearing: Coronaviruses: Understanding the Spread of Infectious Diseases and Mobilizing Innovative Solutions*, U.S. House of Representatives, 5 Marzo 2020, Cfr. testimonianza di Peter Hotez, 2. <https://science.house.gov/imo/media/doc/Hotez%20Testimony.pdf>.

⁵⁵ Si veda M. FLORIO, L. IACOVONE, *Pandemie e ricerca farmaceutica: la proposta di una infrastruttura pubblica europea (parte prima)*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 126, 2020, 1-2.

⁵⁶ F. BIANCHI, *La ricerca in Europa è ostaggio di Big Pharma. Che usa i soldi pubblici solo per fare profitti*, in *L'Espresso*, 25 maggio 2020.

⁵⁷ V.D. MENACHERY et al., *A SARS-like cluster of circulating bat coronaviruses shows potential for human emergence*, in *Nature medicine*, 21, 12, 2015.

⁵⁸ Per una trattazione sul problema della remuneratività degli investimenti si veda S.G. MORENO, D. EPSTEIN, *The price of innovation – the role of drug pricing in financing pharmaceutical innovation. A conceptual framework*, in *Journal of market access & health policy*, 7, 1, 2019, 5. Sulla questione della volatilità del ROI gli autori affermano: «[v]olatility in the ROI is generally higher in the pharmaceutical industry than for the overall market, with an upward trend, providing evidence that the risk sustained by this industry has been increasing over the years. To retain shareholders and attract new ones, the pharmaceutical industry has to offset the increasing risk by offering a higher ROI. This can have undesirable implications for drug prices because the higher ROI can only be achieved by boosting profitability».

⁵⁹ Si veda R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoViD-19?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1S, 2020, 619. Qui l'autore afferma: «[a]d esempio, le grandi case farmaceutiche accumulano brevetti e investono in ciò che in base ai loro calcoli previsionali può garantire profitto. Se la minaccia di un nuovo coronavirus viene ritenuta remota, esse non svilupperanno la ricerca di questo settore».

Ci si chiede, allora, se la salute pubblica globale possa essere realizzata, nella sua complessità, in una dimensione di *governance* in cui i principali produttori di medicinali al mondo affiancano gli Stati⁶⁰, e le altre organizzazioni, seguendo unicamente la stella polare del profitto.

A gettare ulteriori ombre sulla realizzazione virtuosa della collaborazione tra pubblico e privato finalizzata alla creazione di un vaccino v'è la recente dichiarazione di Paul Hudson, CEO del Colosso Sanofi, il quale ha affermato che il farmaco sarà venduto innanzitutto agli USA, in quanto finanziatori del progetto di investimento. All'Europa, significativamente, Sanofi ha consigliato di erogare più sovvenzioni, per non rimanere dietro gli Stati Uniti nella fornitura del medicinale⁶¹. L'esposizione muscolare del colosso Sanofi, oltre a costituire un chiaro esempio di squilibrio nei rapporti di potere tra attore statale e soggetto commerciale privato⁶², risulta particolarmente indicativa delle dinamiche che caratterizzano quel processo globale che dovrebbe condurre alla realizzazione di un vaccino per il CoViD-19.

Pertanto, pare necessario evidenziare come questa pandemia abbia mostrato un modello di *governance* dell'emergenza sanitaria in cui il pubblico accetta, più o meno supinamente, che a realizzare, produrre e distribuire il vaccino sia il comparto delle grandi multinazionali farmaceutiche⁶³. Difatti, come ha dimostrato l'esperienza del prof. Hotez prima evocata, solo una *big* dell'industria è solitamente in grado di provvedere alle fasi più importanti, e perciò più costose della sperimentazione. Questo, sostanzialmente, perché solo gli attori privati di un certo livello detengono le risorse e le strutture necessarie, nonché il *know how*.

In questo contesto di crisi pandemica, gli Stati non possono che seguire e, al massimo, nel caso in cui siano economicamente cipienti, spingere con ingenti finanziamenti. Così come è accaduto con l'amministrazione Trump, che ha fornito più di 2 miliardi di dollari⁶⁴ a diverse case farmaceutiche, accettando peraltro di non poter poi incidere direttamente sul prezzo del farmaco⁶⁵. Ciò dimostra, per l'ennesima volta, la divisibilità della posizione di chi ha da tempo intravisto nei meccanismi di go-

⁶⁰ Sul ruolo e sulle modalità di partecipazione delle case farmaceutiche nei processi decisionali articolati nel contesto dell'OMS si rimanda a F. Fabbri, *Il ruolo delle imprese multinazionali farmaceutiche nella tutela del diritto di accedere a farmaci essenziali e vaccini*, in *Diritto e Salute*, 4, 2017, 20-27. A pag. 26 troviamo: «[I]e constatazioni appena svolte inducono a ritenere che le imprese farmaceutiche beneficino, nel quadro dell'OMS, di uno status assimilabile a quello di osservatore, che consente loro di esprimere le proprie istanze e di contribuire ai dibattiti che si svolgono in seno all'Organizzazione».

⁶¹ E. Dusi, *Vaccino, ecco perché non sarà per tutti. La Sanofi ha già promesso le prime dosi agli Usa*, in *La Repubblica*, 14 maggio 2020.

⁶² L'esistenza di asimmetrie di potere tra gli attori in seno alla dimensione della *governance* globale della salute è sistematizzata in A. KENTIKELIS, C. ROCHFORD, *Power asymmetries in global governance for health: a conceptual framework for analyzing the political-economic determinants of health inequities*, in *Globalization and health*, 15, 1, 70, 2019, 4.

⁶³ L. MARENGO, *Quanto costerà il vaccino contro il Covid-19?*, in *Sbilanciamoci.info*, 27 marzo 2020.

⁶⁴ A. MERELLI, *The US just bought 400 million doses of a coronavirus vaccine that may never exist*, in *Quartz*, 21 maggio 2020.

⁶⁵ E. LIVINI, *La corsa al vaccino vale 30 miliardi, i favoriti sono già le star delle borse*, in *Affari e Finanza (La Repubblica)*, 25 maggio 2020.

vernance il pericolo del trapasso dal modello del *cittadino titolare di diritti* al paradigma neoliberista del *cittadino consumatore*⁶⁶.

5. La potenza del “vento” e il ripensamento del sistema dei brevetti

Una delle peculiarità della pandemia è stata quella di mettere al centro della discussione mondiale la problematica della tutela brevettuale da attribuire ad un eventuale vaccino.

Come si può ben capire, gli ombrelli in questo caso sono due: uno sorge in capo alle popolazioni ed è declinabile come diritto all’accesso ad un farmaco salvavita, mentre l’altro protegge l’iniziativa privata dell’industria, fornendo a quest’ultima un regime di esclusività sulla produzione del vaccino⁶⁷.

La metafora, tuttavia, prevede anche il “vento”, ossia una forma di interesse collettivo⁶⁸ che, con la sua forza, indirizza la pioggia verso un ombrello piuttosto che verso l’altro.

L’idea, a questo punto, è quella di comprendere se stia emergendo a livello sovranazionale una convergenza verso una visione valoriale e giuridica ben precisa in grado di far prevalere l’uno o l’altro diritto. Insomma: da che parte tira il vento?

Sulla scia di questa prodromica considerazione, è possibile esaminare il moto dialettico che si è creato fra Stati, OMS e altre organizzazioni senza scopo di lucro in merito alla questione di proteggere tramite privativa un potenziale farmaco contro il CoViD-19.

In risposta ad una richiesta del Governo del Costa Rica⁶⁹, che prevedeva la creazione di un *pool* volontario di brevetti, l’OMS si è impegnata in data 24 aprile alla realizzazione di un progetto di collaborazione globale per accelerare⁷⁰ l’elaborazione e la distribuzione del vaccino tramite un sistema di partenariato diffuso a cui possono partecipare tutti gli *stakeholders* legati alla causa, con lo scopo ultimo di consentire l’accesso universale al medicamento. A metà maggio, v’è stato l’accoglimento della risoluzione costaricana da parte dell’Agenzia⁷¹.

Anche l’Unione Europea si è dimostrata sensibile alla questione dei brevetti, proponendo a metà aprile una risoluzione avente lo scopo di definire un meccanismo volontario di gestione delle private⁷². Di significativa portata, pare anche la risoluzione del Parlamento Europeo del 17 aprile 2020 con cui si insiste sull’intenzione di mantenere di dominio pubblico ogni risultato scientifico conseguito con fondi statali⁷³. Gli stessi leader Europei, inoltre, hanno prospettato più volte che il vaccino per il

⁶⁶ Si veda R. BIN, *Contro la Governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2011, 3.

⁶⁷ Sul ruolo del brevetto in merito all’accesso ai farmaci salvavita si veda L.R. HELFER, G.W. AUSTIN, *Human Rights and Intellectual Property Mapping the Global Interface*, 2011, 90-92.

⁶⁸ R. BIN, P. CHIARELLA, *Critica della teoria dei diritti. Conversazione con Roberto Bin*, in *Ordines*, 2, 2018, 329.

⁶⁹ L.L. BASSI, L. HWENDA, *COVID-19: Time to Plan for Prompt Universal Access to Diagnostics and Treatments*, in *The Lancet global health*, 8, 6, 2020, e756.

⁷⁰ Si veda <https://www.who.int/news-room/detail/24-04-2020-commitment-and-call-to-action-global-collaboration-to-accelerate-new-covid-19-health-technologies>.

⁷¹ E. SILVERMAN, *WHO embraces plan for Covid-19 intellectual property pool*, in *STAT*, 15 maggio 2020.

⁷² ID., *European Union urges the World Health Assembly to pursue a voluntary pool for Covid-19 products*, in *STAT*, 16 aprile 2020.

⁷³ Cfr. *European Parliament resolution of 17 April 2020 on EU coordinated action to combat the COVID-19 pandemic and its consequences*, reperibile al link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_EN.html.

CoViD-19 debba diventare un “bene comune”⁷⁴. Basti pensare al presidente Macron, che ha reagito alle dichiarazioni dei vertici di Sanofi proprio rivendicando il carattere comunitario del vaccino, nonché la necessità di liberare la sua realizzazione dalle pressioni del mercato. La reazione di Macron non stupisce, vista la tradizionale importanza conferita dal Governo francese allo strumento vaccinale. La dottrina, in tal senso, ha definito proprio la Francia come lo Stato europeo più “*impositivista*” in materia di vaccini⁷⁵.

Sul fronte italiano, è stato recentemente approvato alla Camera dei Deputati un ordine del giorno che impegna il Governo «a valutare l'opportunità di adottare ogni più opportuna iniziativa all'interno dell'Unione Europea al fine di individuare una politica comune in merito alle licenze obbligatorie per i vaccini destinati al trattamento del COVID-19»⁷⁶.

Anche altri Paesi, come Israele, Cile, Ecuador e Germania sono indirizzati verso il meccanismo della *compulsory license*⁷⁷.

In questo panorama di ripensamento del classico apparato di tutela dei brevetti posto a protezione dei produttori di farmaci, sembra delinearsi una presa di coscienza del pericolo di una degenerazione verso meccanismi di concentrazione di potere e profitto che la dottrina ha recentemente evidenziato nel settore biomedico⁷⁸.

Una convinta denuncia del vigente sistema delle privative è arrivata anche dal mondo delle ONG. Medici Senza Frontiere (MSF) non ha mancato di stigmatizzare la condotta del colosso Gilead, colpevole di non aver provveduto a rinunciare al brevetto sul promettente antivirale *remdesivir*⁷⁹. MSF si è scagliata anche contro Cepheid, produttore americano di *test* diagnostici, che ha annunciato per il suo nuovo *test* Xpert Xpress SARS-CoV-2 un prezzo di 19,80 dollari per i Paesi del terzo mondo, luoghi in cui si vive con meno di due dollari al giorno. In linea generale, la tendenza secondo MSF dovrebbe essere quella di giungere ad una sospensione generalizzata dei brevetti sul vaccino, con l'obiettivo di garantire un buon livello di concorrenza tra numerosi produttori che possano assicurare la distribuzione globale del medicamento⁸⁰.

In controtendenza alle spinte comunitarie e solidali fin qui esposte, abbiamo gli Stati Uniti, per i quali la crisi sanitaria da CoViD-19 non sembra aver modificato la tradizionale impostazione in materia brevettuale. L'amministrazione repubblicana vuole infatti mantenere le prerogative a tutela

⁷⁴ Si veda il caso di Macron che ha reagito all'uscita del colosso Sanofi invocando la necessità di un vaccino come bene comune. In tal senso S. MONTEFIORI, “*Coronavirus, Sanofi e il vaccino: «Prima agli Usa perché finanziano». Poi il dietrofront. Macron: «Sia bene comune»*”, in *Corriere della sera*, 14 maggio 2020. Si rimanda anche alle dichiarazioni di Ursula Von der Leyen, cfr. <https://bit.ly/35gecg6>.

⁷⁵ L. PEDULLÀ, *Profili costituzionalistici in materia di vaccinazioni: uno sguardo comparatistico*, in *Osservatorio di diritto sanitario di Federalismi.it*, 25 luglio 2018, 20.

⁷⁶ Cfr. <http://aic.camera.it/aic/scheda.html?core=aic&numero=9/02447-A/073&ramo=CAMERA&leg=18>.

⁷⁷ E. BONADIO, A. BALDINI, *COVID-19, Patents and the Never-Ending Tension between Proprietary Rights and the Protection of Public Health*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11, 2, 2020, 392.

⁷⁸ R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoViD-19?*, cit., 618. Si cita espressamente: «[b]eni strategici come i vaccini, i farmaci, le banche dati della scienza biomedica e alcune infrastrutture di Internet sono nelle mani di pochi attori del mercato. Le loro scelte sono naturalmente orientate al profitto e non al progresso della conoscenza».

⁷⁹ R. BARLAAM, *Gilead vola in Borsa dopo test positivi su remdesivir*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 aprile 2020.

⁸⁰ Cfr. <https://www.medicisenzafrotiere.it/news-e-storie/news/coronavirus-farmaci-test-vaccini/>.

dell'industria⁸¹ e pare spingere affinché non venga adottata la risoluzione proposta all'OMS dall'Unione Europea⁸². Gli USA sembrano voler conservare un approccio autonomo alla realizzazione del vaccino, coerentemente con la politica sintetizzata dal motto "America first"⁸³.

Come hanno indicato autorevoli voci, l'amministrazione Trump ha pienamente introiettato ed adottato l'idea per cui non vi sarebbe nessuna ricerca privata, qualora non vi fosse per l'industria una libera possibilità di determinare un prezzo remunerativo. Alex Azar, segretario del Dipartimento per la Sanità, ha esplicitamente riconosciuto l'impossibilità di controllare il prezzo di un eventuale vaccino⁸⁴. In tal senso, basti pensare al Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act, dispositivo con il quale il Legislatore americano ha ordinato ai *payers* privati di predisporre delle polizze assicurative che contemplino la fornitura del vaccino anti CoViD-19 senza nessuna forma di compartecipazione da addebitare all'assicurato, evitando tuttavia di legiferare in merito alla modalità di definizione del prezzo del farmaco, così come non viene prevista nessuna partecipazione attiva del governo in questa direzione⁸⁵.

Nella sua concretezza, il solipsismo degli Stati Uniti prende forma con l'adozione dell'*Operation Warp Speed*, una *task force* voluta da Trump in cui agenzie governative, aziende farmaceutiche, ed esercito opereranno insieme per l'elaborazione e la distribuzione del vaccino, la cui realizzazione si prospetta, con palesi velleità sensazionalistiche del Presidente, per il gennaio del 2021⁸⁶.

Rileva anche ricordare gli ingenti finanziamenti che gli USA stanno elargendo a fondo perduto alle grandi multinazionali del farmaco tramite la *Biomedical Advanced Research and Development Autho-*

⁸¹ È ben nota l'influenza dell'industria farmaceutica negli Stati Uniti. Per uno studio recente si veda O.J. WOUTERS, *Lobbying Expenditures and Campaign Contributions by the Pharmaceutical and Health Product Industry in the United States, 1999-2018*, in *JAMA Internal medicine*, 180, 5, 2020, 688-697.

⁸² *Coronavirus, Oxfam: «L'amministrazione Trump spinge per il diritto di brevetto su vaccino. Sia gratis per paesi più poveri»*, in *Il Fatto Quotidiano*, 14 maggio 2020. Cfr. <https://bit.ly/3IXQ6NQ>.

⁸³ T. MCCARTHY, *The race for a vaccine: how Trump's 'America First' approach hinders the global search*, in *The Guardian*, 12 maggio 2020.

⁸⁴ L. MARENGO, *How much will the vaccine cost (if ever discovered...)*, in *Journal of Industrial and Business Economics*, 2020, 511.

⁸⁵ K.J. HICKEY, E.H. WARD, *Legal Issues in COVID-19 Vaccine Development*, in *Congressional research service*, 8 giugno 2020, 14-15. Gli autori indicano come a garanzia dell'accessibilità al vaccino vi siano due disposizioni del Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act (CPRSA): «[f]irst, products purchased by the federal government using funds appropriated by CPRSA, including vaccines, therapeutics, and diagnostics for COVID-19, "shall be purchased in accordance with Federal Acquisition Regulation guidance on fair and reasonable pricing". Second, CPRSA states that the Secretary of HHS "may take such measures authorized under current law to ensure that vaccines, therapeutics, and diagnostics developed from funds provided in [CPRSA] will be affordable in the commercial market"», *ivi*, 15. Per un approfondimento sui dispositivi normativi adottati negli USA si veda G.A. LEONIDI, *Stati Uniti Covid-19. Documentazione normativa*, in *Nomos*, 1, 2020, 1-21.

⁸⁶ G.A. VAN NORMAN, *Warp Speed Operations in the COVID-19 Pandemic: Moving Too Quickly?*, in *JACC. Basic to translational science*, 5, 7, 2020, 730-734. L'autore afferma: «[g]iven that only 15 vaccines were approved in the United States between 1995 and 2014, only 1 in 15 vaccines that enter phase II trials is ever licensed, and the average development time for vaccines is usually measured in decades, this would indeed be a remarkable achievement», *ivi*, 731.

riety (BARDA). Ad esempio, ben 1,2 miliardi di dollari sono andati al colosso AstraZeneca⁸⁷, il cui progetto di vaccino pare molto promettente. Trump si è garantito così circa 300 milioni di dosi del medicamento. Gli investimenti statunitensi non sono finiti qui: 456 milioni sono andati a Johnson & Johnson, 30 milioni alla Sanofi e 483 milioni alla società *biotech* Moderna⁸⁸.

Autorevoli voci hanno evidenziato una certa tendenza del Dipartimento alla salute a sovrastimare l'importanza dell'industria in questa fase di ricerca e sviluppo del vaccino. Se si guarda al passato recente, il 48% dei 379 farmaci approvati dal 1988 al 2007 è stato prodotto grazie a brevetti fondati su uno stato dell'arte generato negli ambiti del settore pubblico. Altri studi hanno inoltre illustrato come ogni dollaro speso dal National Institute for Health (NIH) in attività di ricerca abbia generato 2.43 dollari di vendite all'industria, la quale avrebbe ricevuto così un importante effetto moltiplicativo dall'attività del comparto pubblico⁸⁹.

A questo punto, una domanda rimane sullo sfondo per i cittadini americani: perché le cospicue somme pubbliche elargite alle case farmaceutiche dovrebbero contribuire a realizzare un prodotto di dominio totale dell'industria?

6. Modelli di acquazzoni: quale scenario alla scoperta di un vaccino?

Non si può che convenire con un recentissimo commento, secondo il quale «[i]l flagello del CoViD-19 ci mette di fronte ad alcune scelte fondamentali che attengono alla politica, alla scienza, al nostro stile di vita, ai valori che tengono insieme la società. Dobbiamo scegliere tra egoismo e solidarietà. Tra chiusura e condivisione. Tra autoritarismo e democrazia»⁹⁰.

In un simile scenario di messa in discussione di tante variabili del nostro tempo, è alquanto difficile prevedere con precisione come si evolverà la problematica questione del riconoscimento brevettuale di un eventuale vaccino anti CoViD-19. Una riflessione in tal senso, infatti, apre una voragine dal punto di vista teorico, mentre costringe al passaggio per un angusto sentiero dal punto di vista applicativo.

In una tale situazione di bisogno mondiale di tutela della salute di fronte al CoViD-19, l'ipotesi del mantenimento della protezione brevettuale sarebbe decisamente preoccupante, dal momento che il monopolio conferito dalla privativa consentirebbe alla casa farmaceutica vincitrice nella corsa al vaccino di sfruttare economicamente la propria posizione, con il rischio di determinare condizioni di sostanziale inaccessibilità al farmaco per i Paesi e per le fasce sociali più deboli. E non si tratta di un'ipotesi improbabile, basti pensare alla vicenda dell'antivirale Sovaldi⁹¹, il costosissimo farmaco an-

⁸⁷ Il colosso farmaceutico lavora in team con l'Università di Oxford, si veda <https://www.astrazeneca.com/media-centre/press-releases/2020/astrazeneca-and-oxford-university-announce-landmark-agreement-for-covid-19-vaccine.html>.

⁸⁸ M. VALSANIA, "Gli Usa investono 1,2 miliardi di dollari nel vaccino sperimentato da AstraZeneca", in *il Sole 24 Ore*, 22 Maggio 2020.

⁸⁹ L. MARENGO, *How much will the vaccine cost (if ever discovered...)*, cit., 515.

⁹⁰ R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoViD-19?*, cit., 622.

⁹¹ Per una ricognizione della vicenda si veda M. CELEPIJA, *Profili giuridici per l'analisi della vicenda Sofosbuvir: contesto, istituti, attori e criticità. Verso un ripensamento del ruolo pubblico in materia di definizione dei prezzi dei farmaci?*, in *Federalismi.it*, 8, 2020, 295 ss.; si veda anche M. FALCONE, *Le potenzialità conoscitive dei dati*

ti epatite c che, proprio a causa del suo prezzo esorbitante, ha costretto praticamente tutti i sistemi sanitari del mondo ad una scrematura dei pazienti per l'accesso al trattamento.

La detenzione del brevetto di un vaccino anti CoViD-19 potrebbe portare al fallimento di mercato più grande della storia, nonché preparare il terreno per una disastrosa gestione dell'accesso al farmaco. Miliardi di persone potrebbero rimanere escluse, poiché il monopolista, in spregio ad ogni forma di responsabilità sociale⁹², sarebbe incentivato a vendere il vaccino innanzitutto, o forse soltanto, ai Paesi più ricchi, quelli con maggiore capacità di spesa⁹³. Gli Stati con minori disponibilità economiche, anche qualora riuscissero ad acquistare qualche fornitura del farmaco, la otterrebbero comunque in ritardo, visto che verrebbero collocati in fondo alla lista degli acquirenti del comparto.

A ciò si aggiunge il fatto che anche per gli Stati più ricchi la "questione prezzo" non è di poco conto. Silvio Garattini, farmacologo di grande fama, ha parlato di un costo che in Italia potrebbe arrivare a 1000 euro per dose, una cifra in grado di far saltare le casse del SSN, se si tiene conto della popolazione da sottoporre al trattamento vaccinale⁹⁴.

A questo proposito, emerge in tutta la sua portata la debolezza degli strumenti oggi a disposizione degli Stati per incidere amministrativamente sulla determinazione del prezzo dei farmaci. Ormai, in tutti i principali Paesi europei vige un regime di negoziazione che prevede l'incontro di un'agenzia regolatoria nazionale con l'azienda produttrice⁹⁵. Addirittura, negli USA i prezzi dei farmaci sono contrattati dalle *Pharmacy Benefit Managers (PBM)*, che sono, nella sostanza, delle società commerciali private che aggregano la domanda di farmaci dei vari *payers* assicurativi al fine di strappare degli sconti ai

amministrativi nell'era della "rivoluzione dei dati": il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2017; un'ulteriore trattazione è contenuta in H. BRENNAN, A. KAPCZYNSKI, C.H. MONAHAN, Z. RIZVI, *A Prescription for Excessive Drug Pricing: Leveraging Government Patent Use for Health*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 18, 1, 2017, 277 ss.

⁹² Un recente commento pone il punto proprio sulla responsabilità delle case farmaceutiche. Il senso di solidarietà, in un simile contesto, dovrebbe spingere l'industria ad avere una visione collettiva che superi i meri interessi economici. Si veda L. D'AVACK, *CoViD-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1S, 2020, 377.

Sul tema in generale, K.M. LEISINGER, *The corporate social responsibility of the pharmaceutical industry: idealism without illusion and realism without resignation*, in *Business ethics quarterly*, 15, 4, 2005, 577-94; J. Y. LEE, P. HUNT, *Human rights responsibilities of pharmaceutical companies in relation to access to medicines*, in *The Journal of law, medicine & ethics*, 40, 2, 2012, 220-233; A.V.S. KANWAR, M.M. RAHIM, *Social Responsibilities of the Global Pharmaceutical Companies: Towards an Ethical Health Care Paradigm*, in *Journal of law and medicine*, 26, 4, 2019, 750-763.

⁹³ Giova ricordare che le imprese del farmaco differenziano il prezzo dei vaccini con riferimento a tutta una serie di variabili economico-strutturali che caratterizzano il Paese acquirente, del quale viene così misurata la *willingness to pay*. Si veda G. PITRUZZELLA, L. ARNAUDO, *Vaccini, mercati farmaceutici e concorrenza, in una prospettiva (anche) di diritti umani*, in *Rivista italiana di medicina legale*, XXXIX, 1, 2017, 5.

⁹⁴ L. VAZZA, *Virus, il professor Garattini: «Patto mondiale sul vaccino, o all'Italia costerà 50 miliardi»*, in *il Messaggero*, 17 maggio 2020.

⁹⁵ Si veda C. JOMMI, *Innovazione e regolazione del prezzo e del rimborso dei farmaci: un confronto tra Italia e gli altri principali Paesi europei*, in *Global & Regional Health Technology Assessment*, 2, 3, 2015, 117. Si cita espressamente: «[d]alla seconda metà degli anni '90 l'accesso ai farmaci ha visto una graduale convergenza (anche se in tempi e con modalità diverse) verso sistemi di contrattazione dei prezzi di listino e di prezzi effettivamente pagati dal soggetto pubblico e una focalizzazione sulla coerenza tra impegno economico richiesto dai nuovi farmaci e valore (beneficio) aggiunto (logica value-based)».

produttori⁹⁶. Basti inoltre pensare che il *payer* pubblico Medicare, il programma che nella sua *parte D* ha come obiettivo quello di sovvenzionare l'acquisto di farmaci su prescrizione per le persone over 65, non può contrattare direttamente, in via governativa, i prezzi dei medicinali⁹⁷.

Considerato ciò, un prezzo troppo elevato, e quindi sostenibile per pochi, porrebbe gli Stati di fronte allo spettro della definizione di criteri di eleggibilità, al fine di un razionamento forzato dell'accesso alle cure⁹⁸.

Scongiurando il verificarsi di tale scenario, un'ipotesi percorribile pare quella della collaborazione fra Stati, secondo il modello di negoziazione volontaria delle licenze brevettuali proposto dall'Unione Europea. Una scelta del genere aprirebbe la strada a diverse soluzioni. *In primis*, si potrebbe giungere ad un accordo sovranazionale che spinga i produttori ad applicare un prezzo equo⁹⁹ per ogni parte del globo, da stabilirsi, ad esempio, facendo riferimento ad appositi indicatori economici e reddituali. Questa soluzione potrebbe aiutare l'industria a recuperare gli investimenti applicando un prezzo ragionevole, ma ampiamente accessibile, per gli Stati più ricchi, e in grado di compensare i minori ricavi prevenienti dalla vendita a prezzi più bassi, anche potenzialmente sottocosto, nei Paesi poveri.

Un'altra idea potrebbe essere quella di imporre un prezzo unico, molto basso, per tutto il globo. Scenario, questo, più difficilmente percorribile, per quanto maggiormente auspicabile dal punto di vista della garanzia dell'effettività del diritto alla salute su scala planetaria.

Di non minore portata sono le questioni relative alla produzione materiale e alla distribuzione globale del vaccino stesso¹⁰⁰, entrambe strettamente connesse all'entità del prezzo. Nel caso in cui quest'ultimo fosse troppo basso, v'è il rischio che il produttore si trovi disincentivato a porre in essere una fabbricazione di massa, nonché ad apportare la necessaria quantità di investimenti finalizzati al potenziamento della filiera distributiva, che necessita di più magazzini, mezzi di trasporto e ovviamente personale per attuare una fornitura del farmaco su tutto il globo. Com'è stato illustrato, la carenza di provviste di eventuali cure contro il CoViD-19 potrebbe esporre al pericolo di un'impennata speculativa del loro prezzo, così come è accaduto nella fase iniziale della pandemia con le mascherine e gli igienizzanti per le mani¹⁰¹.

⁹⁶ Sul punto si rimanda a T.E. GETZEN, *Health Care Economics*, 2007, 252.

⁹⁷ Si veda T.R. OLIVER, P.R. LEE, *The medicare modernization act: evolution or revolution in social insurance*, in L. ROGNE et al. (a cura di), *Social Insurance and Social Justice: Social Security, Medicare and the Campaign Against Entitlements*, 2009, 68.

⁹⁸ Un recente intervento in dottrina sul tema CoViD-19 ha sistematizzato le teorie bioetiche utili a comprendere la discussione relativa alla necessità di razionare le cure in presenza di scarsità delle risorse. Si veda L. PALAZZINI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1S, 2020, 361-370.

⁹⁹ Sul concetto di equità del prezzo, un recente contributo in dottrina ha ricordato che la complessità e la nebulosità di certi settori di costo, come ad esempio quelli di ricerca e sviluppo, non consentono di definire con esattezza quale sia il valore equo di un farmaco. Così in G. MAZZEI, *Conseguenze economiche della pandemia da Covid-19: necessità di misure coordinate a livello europeo e di un più incisivo ruolo dei poteri pubblici rispetto ai mercati*, in *Amministrativ@mente*, 1, 2020, 30.

¹⁰⁰ Si è detto che il successo della strategia di uscita da questa pandemia dipenderà in grande parte dalla capacità che si avrà di distribuire il vaccino. Così in R. FORMAN et al., *12 Lessons learned from the management of the coronavirus pandemic*, in *Health policy*, 124, 6, 2020, 579.

¹⁰¹ E.K. Choo, S.V. RAJAKUMAR, *Medication Shortages During the COVID-19 Crisis: What We Must Do*, in *Mayo Clinic proceedings*, 95, 6, 2020, 1114.

Infine, sembra incerta la questione della configurazione giuridica del concetto di “bene comune”. Il riferimento a questa categoria è stato frequente in questi mesi nel dibattito mondiale intorno al tema del vaccino. Tuttavia v’è un problema rilevante: se nell’ambito delle scienze economiche¹⁰² la struttura teorico-applicativa dei beni comuni è piuttosto chiara, ciò non pare valere per le discipline giuridiche.

Non potendo in questa sede ripercorrere le tappe del dibattito in materia¹⁰³, risulta tuttavia sensato pensare alla possibilità che la vicenda del vaccino per il CoViD-19 possa innescare un ulteriore livello di discussione sul tema. Ad esempio, qualora si concepisse questo farmaco come “bene comune” nello spazio giuridico internazionale, chi dovrebbe essere il suo produttore? E sotto quali tutele economico-giuridiche dovrebbe operare lo stesso? Inoltre, secondo quali regole proteggere il diritto dei popoli ad una fornitura concreta del bene? Senza una condivisione delle principali questioni tecnico-giuridiche che si pongono in merito, non è escluso uno scenario in cui l’idea di un vaccino nella forma di bene comune possa esaurirsi in una sterile dichiarazione d’intenti da parte della comunità internazionale, senza quindi che possano definirsi nuovi strumenti pubblicistici sovranazionali in grado di orientare un nuovo schema capace di porre in essere un’effettiva tutela del diritto alla fornitura dello stesso.

In fondo, se ci si pensa bene, una riflessione sulla morfologia giuridica dei vaccini antinfluenzali è motivata non tanto da ragioni ideologiche o di predisposizione culturale, ma, più che altro, dal pragmatismo che dovrebbe muovere la presa di coscienza delle particolari regole di mercato che caratterizzano tali beni. Come è stato illustrato, la domanda di questi vaccini è tendenzialmente bassa, perché quando si è in condizioni di relativa normalità, le persone sono più orientate alla richiesta di farmaci per il trattamento, rispetto a quelli agenti in funzione preventiva. Siffatta condizione porta l’offerta, ossia l’industria, a marginalizzare gli investimenti in Ricerca e Sviluppo sui vaccini, a favore di medicinali curativi. A ciò si unisce anche il progressivo calo di redditività della stessa fase di R&S che sta caratterizzando in generale tutto il settore farmaceutico.

Pertanto, un basso *return on investment* e un alto rischio di fallimento clinico nelle prime fasi di sperimentazione stanno creando un comparto particolarmente concentrato, in cui 5 grandi aziende (GSK, Merck, Sanofi, Pfizer e Novavax) si spartiscono il mercato¹⁰⁴.

¹⁰² L’influenza degli studi di Paul Samuelson è stata cruciale sul tema dei beni comuni nella dimensione economica. Le caratteristiche proprie di questi beni sono la non rivalità nel consumo e la non escludibilità nell’aspetto della loro fruizione. Si veda il classico P. SAMUELSON, *The pure theory of public expenditure*, in *Review of Economics and Statistics*, 36, 4, 1954, 387-389.

¹⁰³ Si veda A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, 2013, 62 ss. A pagina 65 troviamo: «beni comuni sono beni che, al di là della proprietà, che è tendenzialmente dello Stato, o comunque delle istituzioni pubbliche, assolvono, per vocazione naturale ed economica, all’interesse sociale, servendo, quali beni di appartenenza collettiva, immediatamente non l’amministrazione pubblica, ma gli stessi cittadini». S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, 2012, 105-138. A pagina 109 si cita espressamente: «[l]a revisione delle categorie proprietarie, dunque, porta con sé anche una revisione delle categorie dei beni, con il riemergere dei beni comuni, che tuttavia assumono caratteristiche anch’esse irriducibili ai modelli storicamente già noti. Ma non nasce solo una nuova categoria di beni. L’astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione»; U. MATTEI, *Beni comuni*, 2011; 47 ss.; R. MESSINETTI, *Beni comuni e nuovo fondamento del diritto soggettivo*, in *Federalismi.it*, 8, 2019.

¹⁰⁴ G.A. YOUNES, et al., *COVID-19: Insights from innovation economists*, in *Science & Public Policy*, 00, 0, 2020, 2. Qui gli autori affermano: «[l]et us not be mistaken. The fact that there is not enough economic demand for

Non pare assurdo, quindi, rilevare come si stia lasciando alle dinamiche di un mercato già di per sé distorto e tendente al fallimento la realizzazione di un diritto fondamentale come quello alla salute. Detto ciò, ritornando ancora sul fronte degli scenari possibili, la soluzione auspicabile potrebbe essere quella in cui la condivisione del carattere comunitario del vaccino attivasse il ripensamento degli strumenti (regolatori, autoritativi, ecc.) a disposizione della comunità internazionale degli Stati. In questo modo si potrebbe affrontare non solo l'emergenza attuale, ma si precostituirebbero le condizioni per affrontare anche quelle future.

La predisposizione di dispositivi pubblicitari posti a garanzia dell'effettività del diritto alla salute pare urgente soprattutto per i Paesi più poveri, che rischiano di non riuscire ad ottenere il vaccino.

Gli attuali accordi TRIPS¹⁰⁵ consentono di azionare il meccanismo delle *licenze obbligatorie* che permette, in caso di gravi emergenze nazionali¹⁰⁶, di limitare l'uso del brevetto di un titolare con lo scopo, ad esempio, di incaricare un produttore genericista della fabbricazione del medicinale in una versione meno costosa¹⁰⁷.

Si tratta di uno strumento potenzialmente utile, ma non in tutti i casi: ad esempio, sarebbe completamente irrealistico pensare che Paesi in cui si vive con meno di 2 dollari al giorno possano disporre di strutture, pubbliche o private, in grado produrre medicinali generici.

La dichiarazione di Doha del 2001 ha riconosciuto la necessità di risolvere questo problema e, con la successiva decisione del Consiglio dell'Organizzazione Mondiale del Commercio adottata il 30 agosto 2003, si è previsto che il Paese povero incapace di provvedere alla produzione del farmaco possa rifornirsi da un soggetto esportatore¹⁰⁸ per il quale non vige più l'obbligo, originariamente previsto nella carta del 1994, di utilizzare la licenza obbligatoria per il solo approvvigionamento nel mercato interno¹⁰⁹. Anche questa ipotesi, tuttavia, non pare del tutto risolutiva. Innanzitutto, sarà necessario vedere se i Paesi industrializzati troveranno la forza di azionare i meccanismi di licenza obbligatoria, e anche qualora lo facessero, vi sarebbe un problema di fornitura verso quelli più poveri. Infatti, è ragionevole pensare che si procederebbe alle esportazioni verso i Paesi meno abbienti solo nel caso in cui si riuscisse a soddisfare il proprio fabbisogno interno.

Inoltre, bisogna anche tenere conto del fatto che gli Stati più poveri tendono ad evitare di adottare le misure di flessibilità previste dal TRIPS, da un lato a causa della mancanza delle competenze giuridiche ed amministrative necessarie all'implementazione di un dispositivo di licenza obbligatoria, e

vaccines does not mean that there is no need for vaccines. The need for vaccines is substantial, notably in developing countries—we know that epidemics go hand in hand with poverty and poor living conditions. But this demand for vaccines falls under the radar of leading pharmaceutical companies as the market segment is not profitable enough».

¹⁰⁵ Per delle indicazioni generali si veda V. DI CATALDO, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità. I disegni e modelli*, 2012, 274-278.

¹⁰⁶ In tal senso si esprime l'articolo 31 intitolato "Altri usi senza il consenso del titolare". Cfr. https://www.uibm.gov.it/attachments/Accordo_trips.pdf.

¹⁰⁷ Sul meccanismo delle licenze obbligatorie si veda A. Cauduro, *L'Accesso al farmaco*, 2017, 95-98; G. MORGESE, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS)*, 2009, 352-361.

¹⁰⁸ A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Trattato di bioDiritto. Salute e sanità*, 2010, 118.

¹⁰⁹ Cfr. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm#fntext4.

dall'altro per paura di ritorsioni commerciali provenienti da Paesi ricchi e aziende farmaceutiche¹¹⁰. Questo stato di cose, pertanto, avvalorava pienamente la tesi di chi ha definito come “*politicamente sensibili*” i meccanismi di flessibilità dell'accordo TRIPS¹¹¹. In tal senso, va tuttavia considerato anche il fatto che, in alcune occasioni, la sola preparazione di una discussione pubblica in merito all'idea di adottare una *compulsory license* da parte di uno Stato membro ha portato il titolare del brevetto ad abbassare il prezzo del farmaco inaccessibile¹¹².

Sul fronte degli scenari possibili, infine, un'altra opzione percorribile sembra essere quella di un accordo commerciale in cui la casa farmaceutica conceda ai Paesi in via di Sviluppo la possibilità di produrre una versione simile del vaccino. Un po' come ha fatto Gilead con l'India in merito al farmaco Sovaldi¹¹³. Come ben si comprende, tuttavia, l'attuazione di questa soluzione verrebbe demandata alla volontà dei produttori e, di certo, risulta impraticabile per i Paesi più poveri, i quali non dispongono di aziende in grado di produrre medicinali generici.

7. Conclusioni

In questo tempo di pandemia, il modello sovranazionale di protezione del diritto alla salute risulta difettare in diversi ambiti.

Alla luce di quanto analizzato, pare chiara la posizione di debolezza dell'Organizzazione Mondiale della Sanità in questa delicata fase di coordinamento delle misure atte ad affrontare la pandemia. L'inadeguatezza dell'Agenzia affiora innanzitutto a causa della sua configurazione giuridica, che non le consente di imporre agli Stati membri l'adozione di politiche contrastanti l'emergenza sanitaria che stiamo vivendo. Di rilievo, inoltre, sono stati i ritardi dimostrati soprattutto nella gestione della fase di dichiarazione della pandemia, mentre desta non poca preoccupazione anche la costante condizione di sottofinanziamento in cui opera l'Agenzia stessa. In tal senso, le perplessità diventano particolarmente spinose quando, di fronte all'arretramento dei finanziamenti pubblici obbligatori, si rileva un'importante consistenza degli apporti finanziari non governativi.

Soprattutto in prospettiva di future emergenze sanitarie globali, sembrerebbe alquanto sensata una riflessione sulla possibilità di intraprendere un percorso di rafforzamento delle prerogative e dei poteri dell'OMS, la quale dovrebbe fungere da cabina di regia globale in grado di indirizzare con mag-

¹¹⁰ H. WONG, *The case for compulsory licensing during COVID-19*, in *Journal of global health*, 10, 1, 3. Tuttavia, l'autrice si riferisce al caso della Thailandia come esempio virtuoso di assimilazione delle competenze necessarie per adottare le misure di flessibilità: «[i]n the case of Thailand, domestic and international public support helped to dampen the retaliatory responses of Western governments as well as pharmaceutical companies that threatened to withdraw new products from the Thai market. To navigate the complicated nature of imposing compulsory licenses, Thai officials diligently educated themselves on the TRIPS Agreement and the Doha Declaration. Notably, conferences with the WHO and non-governmental organizations such as Médecins Sans Frontières and Knowledge Ecology International helped to strengthen Thai officials' capacity to deploy compulsory licenses and TRIPS flexibilities».

¹¹¹ E. FM 'T HOEN et al. *Medicine procurement and the use of flexibilities in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2001-2016*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 96, 3, 2018, 189. Qui troviamo: «[t]hese disputes show that effective use of TRIPS flexibilities remains politically sensitive».

¹¹² H. WONG, *The case for compulsory licensing during COVID-19*, cit., 2.

¹¹³ I. ANDRIEUX-MEYER, J. COHN, E.S. AFFONSO DE ARAÚJO, S.S. HAMID, *Disparity in market prices for hepatitis C virus direct-acting drugs*, in *The Lancet*, 3, 11, 2015, e677.

giore autoritatività gli Stati membri. Ed è proprio da questi ultimi che dovrebbe partire il cambiamento. La comunità internazionale non può permettere che un'Agenzia così strategicamente importante possa diventare il campo di battaglia di conflitti geopolitici o il ricettacolo di interessi privati in sanità. Serve, quindi, riappropriarsi della consapevolezza del ruolo della cooperazione a livello sovranazionale, ponendo particolare attenzione alla necessità di creare una condizione di bilancio in cui gli introiti governativi di natura obbligatoria siano superiori a quelli volontari e, ovviamente, ai contributi delle fondazioni private. Se non si inverte la rotta in questa direzione, l'OMS potrebbe perdere il controllo della propria agenda internazionale, a favore degli indirizzi indicati *ad hoc* dai soggetti finanziatori volontari. Si auspica, inoltre, una revisione della *governance* dell'Agenzia in ordine al raggiungimento di migliori risultati sui temi della trasparenza e della velocità decisionale.

Sul tema della realizzazione di un vaccino, come si è visto, il CoViD-19 sta funzionando da detonatore delle contraddizioni che caratterizzano l'attuale modello di *governance* globale della salute.

L'idea dell'effettiva realizzazione del diritto alla salute, intesa come garanzia all'accesso dei medicinali per tutta la popolazione mondiale, non pare trovare un presidio negli attuali meccanismi di partenariato tra soggetti portatori di istanze ed interessi diversi. Nella sostanza, sta venendo sempre meno l'efficacia di quella concertazione tra attori pubblici e privati, la cui virtuosità, ormai più presunta che vera, sembra affievolirsi di fronte alla necessità reale ed urgente di assicurare un vaccino salvavita a miliardi di persone.

Preoccupa in tal senso l'atteggiamento individualista del governo degli Stati Uniti che, oltre ad aver avviato una corsa solitaria alla realizzazione del vaccino stesso, pare fermamente intenzionato a difendere i vigenti meccanismi brevettuali a tutela dell'industria.

Inoltre, bisognerà vedere fino a che punto si spingerà il dibattito internazionale relativo alla configurazione di un eventuale vaccino come bene comune.

Su questo aspetto, si spera possa partire una riflessione sistemica che prenda atto delle caratteristiche odierne del mercato dei vaccini antinfluenzali, e dell'incapacità del comparto stesso di assolvere al suo ruolo di "produttore di salute". E ciò, purtroppo, per motivazioni strutturali al mercato stesso.

I produttori, non avendo in condizioni normali una domanda in grado di incentivare gli investimenti in R&S, si attivano solo allo scoppio della pandemia. Di certo, bisogna operare affinché ciò non avvenga più. Le soluzioni paiono due: o si agisce, in via preventiva con rilevanti finanziamenti in modo tale che l'industria rimanga attiva sul campo della ricerca, oppure ci si concentra sul fronte dell'accessibilità del farmaco vaccinale, provando a concettualizzare una nuova configurazione giuridica per questa categoria di bene, in ordine ad una sua sottrazione al regime delle private.

Pensare al vaccino anti CoViD-19 come bene comune pare sensato non tanto per motivazioni ideologiche o afferenti all'importanza stessa del bene, quanto per l'inidoneità endemica dell'odierno mercato a fornire un presidio alla realizzazione del diritto alla salute.

Altra questione rilevante è, di certo, anche quella della reazione che l'industria mostrerà in un eventuale processo di compressione dei suoi diritti di esclusività. Pare irrealistico, nella sostanza, che l'attore privato con finalità di profitto possa rinunciare alle sue prerogative senza mettere in moto meccanismi di rigetto. Su questo passaggio sarà necessario trovare un accordo in grado di bilanciare, in misura ragionevole, il diritto di accesso al vaccino con un'adeguata remunerazione degli investimenti implementati dall'azienda produttrice.

Fondamentale, infine, sarà immettersi in un cammino di riflessione sui meccanismi attuali di protezione giuridica del diritto di accesso ai medicinali sorgente in capo ai Paesi più poveri. Il dispositivo TRIPS può risultare sulla carta relativamente idoneo, ma l'adozione dei suoi meccanismi di flessibilità, nella concretezza, richiede a questi Paesi competenze tecniche e strutture di cui non dispongono.

Sperimentazione clinica e minori

Giuliana Amore*

Reviews

CLINICAL TRIALS AND MINORS

ABSTRACT: The EU Regulation n. 536/2014, which regulates all clinical trials conducted in the European Union, attributes legal relevance to the explicit desire of a minor able to form his own opinion on a clinical trial: so, he “participates” in the activity of protection of the relative interest, for which the informed consent of the parents (or of the legal representative) is aimed. However, it does not clearly establish the degree of binding nature of the minor’s opinion. Phrases such as “(his) explicit desire must be respected” contribute to fuel doubts and uncertainties. The article, therefore – also in light of the guidelines, recommendations and opinions issued by national and international bioethics research committees – aims to verify whether the spaces granted to the informed consent of the parents (or the legal representative) change according to the type of experimentation (“non-therapeutic” or therapeutic) and the ability or not of the minor to “form an opinion proper”: this seems necessary in order to guarantee the most appropriate and correct meeting point in the experimentation between freedom of self-determination and the right to health of the minor, between expectations of small patients, ethical needs and law.

KEYWORDS: Informed consent; child’s best interest; therapeutic and non-therapeutic clinical trials; children’s autonomy; parental duty to protect

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Sperimentazione clinica “non terapeutica” e “terapeutica”: il problema della fondatezza e della rilevanza giuridica della distinzione – 3. Il consenso *per* i minori nella sperimentazione clinica “non terapeutica” – 4. *Co-determinazione* del minore capace di discernimento nella sperimentazione clinica “terapeutica” – 5. Il “diritto” del minore incapace di discernimento alla sperimentazione clinica “terapeutica” c.d. *necessitata*.

1. Premessa

Il d.lgs. n. 52/2019, recentemente emanato in attuazione della delega (L. n. 3/2018) «per il riassetto e la riforma delle disposizioni [sulla] sperimentazione clinica [...] con specifico riferimento [...] all’età pediatrica»¹, per quanto deludente nelle aspettative di un riordino della materia²,

* *Ricercatore Universitario e Professore Aggregato di Istituzioni di diritto privato, presso L’università degli Studi di Catania, Dipartimento di Economia e Impresa. Mail: gamore@unict.it. Contributo sottoposto a doppio refereggio anonimo.*

¹ Così, art. 1 L. n. 3/2018, con il quale il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della stessa legge, uno o più decreti legislativi in materia di sperimentazione clinica dei medicinali ad uso umano, introducendo specifico riferimento alla medicina di genere e all’età pediatrica. È nota a tutti la difficoltà di svolgere studi clinici in età pediatrica, soprattutto perché il soggetto coinvolto è un

bambino e in quanto tale necessita di ulteriori garanzie rispetto ad un adulto, volte a tutelare la sua integrità psicofisica e la sua salute; ciò di norma comporta l'esclusione della popolazione infantile dagli studi clinici, la conseguente utilizzazione *off-label* dei farmaci – ossia senza una precisa indicazione autorizzata per l'età pediatrica – e il conseguente rischio per la sicurezza dei bambini medesimi. Sulla sperimentazione e sui trattamenti medici in età pediatrica e sugli incapaci, v. A. ALFONZO, *La sperimentazione clinica "con" il minore: il necessario bilanciamento tra diritti individuali e interessi collettivi*, in *BioLaw Journal-Riv. di Biodiritto*, 2016, 3, 253 ss.; A. BIGNAMINI, *Il consenso di chi non può consentire in sperimentazione clinica: etica e GCP a confronto*, in *Medicina e morale*, 1999, 6, 1087 ss.; S. BRANDANI-G.NAVONE, *Il consenso ai trattamenti sanitari delle persone incapaci*, in *Persona e mercato*, 2011, 3, 209 ss.; G. BUFFONE, *Autodeterminazione terapeutica del minore*, in *Il civilista*, 2009, 40 ss.; A. CECL, *La sperimentazione clinica in pediatria. Aspetti regolatori e metodologici*, in *Riv. it. di Pediatria*, 2001, 27, 446ss.; C. DI COSTANZO, *La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 299 ss. e, in particolare, per l'*excursus* sulle previsioni normative internazionali e sovranazionali in materia di tutela del diritto alla salute del minore; L. FIERRO, *La sperimentazione clinica pediatrica nell'UE: dai diritti della popolazione pediatrica ai diritti di ricerca delle aziende farmaceutiche*, in *Riv.it. Med. Leg.*, 2016, 1, 91 ss.; ID., *L'UE verso la mondializzazione della sperimentazione clinica. Dalla semplificazione delle procedure ai diritti degli arruolati*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2016, 3, 971 ss.; G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Famiglia e diritto.*, 2004, 4, 407 ss.; G. MASTRANGELO, *Il consenso ai trattamenti sanitari su paziente minorenni: ruolo degli esercenti la potestà genitoriale, garanzia dei diritti del minore e tutela del medico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 5, 1462 ss.; M. PICCINI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007; R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2008; A. G. SPAGNOLO-M. CASINI, *La sperimentazione clinica con soggetti incapaci privi di rappresentante legale*, in *Medicina e morale*, 2012, 5, 783 ss.; S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Roma, 2011 G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Minorigiustizia*, 2005, 2, 125 ss. In merito alla sperimentazione clinica, in generale, v. A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983; E. BROVEDANI, *Aspetti etici nella sperimentazione clinica della terapia genica*, in *La civiltà cattolica*, 1995, IV, 135 ss.; F. FORNI, *Consenso informato e sperimentazione clinica nella normativa europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, 2, 215 ss.; G. MARSICO, *La sperimentazione umana. Diritti violati/diritti condivisi*, Milano, 2010; F. MASSIMINO, *I contratti di sperimentazione clinica*, in *I contratti*, 2000, 2, 183 ss.

² La normativa sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano è il risultato di una progressiva stratificazione di fonti eterogenee, da cui è derivato un complesso quadro regolatorio. Il d.lgs. n. 52/2019, emanato in attuazione della legge delega n. 3/2018 (c.d. legge Lorenzin), riguardante il tema delle sperimentazioni cliniche, ha apportato modifiche non significative al d.lgs. n. 200/2007 e al d.lgs. n. 211/2003 sull'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico, il cui art. 4 è dedicato proprio alla sperimentazione clinica sui minori. In particolare, il d. lgs. n. 211/2003 disciplina lo svolgimento della sperimentazione clinica relativa ai medicinali definiti nell'articolo 1 d.lgs. n. 178/1991, per quanto riguarda l'applicazione delle norme di buona pratica clinica: là dove per "buona pratica clinica" si intende un insieme di requisiti in materia di qualità in campo etico e scientifico, riconosciuti a livello internazionale, che devono essere osservati ai fini del disegno, della conduzione, della registrazione e della comunicazione degli esiti della sperimentazione clinica con la partecipazione di esseri umani. Il rispetto della buona pratica garantisce la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti e assicura la credibilità dei dati concernenti la sperimentazione clinica stessa. Il d.lgs. n. 200/2007, poi, ha dato attuazione alla direttiva 2005/28/CE recante principi e linee guida dettagliate per la buona pratica clinica relativa ai medicinali in fase di sperimentazione a uso umano, nonché requisiti per l'autorizzazione alla fabbricazione o importazione di tali medicinali. Orbene, il d.lgs. n. 52/2019 e la legge delega n. 3/2018 per il riassetto e la riforma in materia di sperimentazione clinica dei medicinali ad uso umano, con specifico riferimento anche [...] all'età pediatrica, avrebbero potuto essere una buona occasione per mettere ordine in materia di sperimentazione clinica, con specifico riferimento al minore di età: opportunità andata perduta in quanto il d.lgs. n. 52/2019 fa un timido riferimento all'età pediatrica nella premessa e nell'art. 5, là dove prevede la possibilità di arruolare particolari tipologie di pazienti, quali quelli pediatrici (o

impone comunque una riflessione sui profili etico-giuridici di un ambito estremamente attuale, quello della sperimentazione clinica sui (*rectius*, per i) minori³.

Se è vero infatti che la disciplina al riguardo risulta ad oggi frammentaria⁴, è altrettanto vero che essa sembra senz'altro testimoniare, da un lato, il venir meno dell'impostazione tradizionale alla cui stretta "proteggere" significhi privare di rilevanza giuridica la volontà del "protetto"⁵ (nella specie, il minore) e, dall'altro, l'accresciuto riconoscimento del valore legale (oltreché etico) di tale volontà nel concreto svolgersi della sperimentazione: ciò, grazie sia ad un'interpretazione estensivo-evolutiva del diritto alla salute, progressivamente ampliato nel suo contenuto; sia all'affermazione della capacità dei "minori", là dove possibile, di *co-determinarsi* al fine di partecipare ad una sperimentazione clinica e di beneficiare dei relativi effetti.

Sotto il primo profilo e limitandoci agli aspetti più strettamente inerenti all'indagine, l'ambito del diritto alla salute si è notoriamente dilatato fino ad includere una generale libertà di autodeterminazione⁶ nelle scelte terapeutiche e il diritto ad una piena conoscenza dei trattamenti sanitari. È stata

anche geriatrici). La normativa di riferimento, dunque, rimane ad oggi il Regolamento UE n. 536/2014 operante per «tutte le sperimentazioni cliniche condotte nell'Unione». Tra le modifiche al d.lgs. n. 200/2007, si segnalano l'aggiunta nell'art. 1, comma 1, della lettera *s-bis*) che fornisce la definizione di «approccio metodologico di medicina di genere nelle sperimentazioni cliniche» come «modalità innovativa e multidisciplinare nella conduzione degli studi clinici di fase I che tiene conto delle differenze di genere e delle fasce di età»; all'art. 3, è stato aggiunto il comma *13-bis* in cui si stabilisce una semplificazione delle «procedure per l'utilizzo a scopo di ricerca clinica di materiale biologico o clinico residuo da precedenti attività diagnostiche o terapeutiche o a qualunque altro titolo detenuto, tenendo conto del consenso informato»; è stato inserito il nuovo articolo *21-bis* riguardante i sistemi informativi di supporto alle sperimentazioni cliniche e il ricorso a figure professionali specifiche.

³ Proprio il "consenso" informato rappresenta requisito necessario perché possa parlarsi di sperimentazione *con* o *per* il minore e non *sul* minore: in tal senso, P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Camerino, 1983, 255.

⁴ In particolare, due atti legislativi sono intervenuti in tema di sperimentazione clinica pediatrica al fine di incoraggiare la ricerca clinica in ambito pediatrico: il d. m. del 10 maggio 2001, che ha aperto al pediatra di base e al medico di medicina generale la possibilità di effettuare sperimentazioni cliniche relativamente all'età pediatrica limitatamente alle «affezioni non richiedenti ricovero ospedaliero largamente diffuse sul territorio, nei riguardi delle quali si ritengono opportune sperimentazioni controllate da condurre completamente o parzialmente in sede extra ospedaliera»; il d.lgs. n. 221/2003 (emanato in attuazione della direttiva 2001/20/CE, poi abrogata dal Regolamento UE n. 536/2014) sull'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico ed il cui art. 4 è dedicato proprio alla sperimentazione clinica sui minori. Il Regolamento n. 536/2014 disciplina, all'art. 32, le «sperimentazioni cliniche sui minori»: sulla mancanza e sull'inadeguatezza delle norme in materia di sperimentazione a tutela dei diritti dei minori, cfr. L. FIERRO, *La sperimentazione pediatrica nell'UE*, cit., 102.

⁵ Sull'argomento, cfr. la trattazione approfondita di S. BOSA, *Atti della vita quotidiana e tutela civile dell'incapace*, Torino, 2014. Più precisamente, a seguito della Dichiarazione di Helsinki del 1964 (successivamente emendata fino al 2013), della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina, la Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani dell'UNESCO, vari atti normativi interni, il principio supremo su cui tali fonti risultano imperniate, fondante la sperimentazione clinica, è quello della centralità della persona e la salvaguardia dei diritti costituzionali delle persone incluse nei protocolli sperimentali e loro incondizionata prevalenza su ogni altro interesse.

⁶ Sul diritto all'autodeterminazione e sulla centralità assunta dal consenso informato, v. in particolare P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 2, 27 ss. e, specificamente, 34 s.; ID., *Salute ed autodeterminazione: i principi costituzionali*, in

così riconosciuta – prima in dottrina e giurisprudenza, poi a livello normativo – l'esistenza di un principio per così dire "consensualistico" sull'*an* e sul *quomodo* di un'attività medica, anche sperimentale⁷: ciò, al fine di consentire all'individuo una «consapevole adesione al trattamento (lato sensu) sanitario proposto dal medico», garantendo l'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.) e la non obbligatorietà di un determinato trattamento sanitario, salva diversa disposizione di legge (art. 32 Cost.).

Sotto il secondo profilo, il Regolamento UE n. 536/2014 (artt. 29 co.8 e 32 co.2) – che, ad oggi, nonostante il recente d.lgs. n. 52/2019, rimane comunque il testo normativo di riferimento per «tutte le sperimentazioni cliniche condotte nell'Unione»⁸ – attribuisce rilevanza giuridica al «desiderio esplicito di un minore in grado di formarsi un'opinione propria» in merito ad una sperimentazione clinica, "partecipando" all'attività di protezione del relativo interesse, cui è finalizzato il consenso informato dei genitori (o del legale rappresentante)⁹: il Regolamento, quindi, sulla scia di principi internazionali

Atti di Convegno, Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione, Torino, 2012, 55 ss.

⁷ Così Corte cost. n. 438/2008, come osservato dalla Corte, nella celebre sentenza, anche numerose fonti internazionali prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti sanitari. «L'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con L. 176/91, premesso che gli Stati aderenti «riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione», dispone che «tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore». A sua volta, l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con L. 145/01, prevede che un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato. L'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che ogni individuo ha il diritto alla propria integrità fisica e psichica e che, nell'ambito della medicina e della biologia, deve essere rispettato il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge. La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico — ha ancora precisato la Corte — si evince da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3, L. 219/2005 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall'art. 6, L. 40/2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33, L. n. 833/1978 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge. Sul consenso informato, anche in un'ottica comparatistica, C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, v. 3, 1052 ss.; ID., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 3, 545 ss.

⁸ Così, art. 1, Reg. UE n. 536/2014. Al riguardo, cfr. sin d'ora e in particolare, M. FASAN, *Il Regolamento UE n. 536/2014: la disciplina della sperimentazione clinica tra uniformità e differenziazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017, n. 2, 187 ss.

⁹ Altrettanto dicasi per il d.lgs. n. 211/2003 (art. 4), sul quale prevale il Regolamento n. 536/2014, in quanto normativa "esterna" primaria temporalmente successiva, che ha provveduto a disciplinare *ex novo* l'intera materia della sperimentazione, già regolata dal precedente d.lgs. n. 211/2003 (sperimentazione clinica di medicinali per uso clinico). In particolare, l'art. 4, alle lett. b e c, riconosceva al minore il diritto di ricevere informazioni commisurate alla propria capacità di comprensione sulla sperimentazione, sui rischi e sui benefici, e imponeva allo sperimentatore di tenere in considerazione la volontà esplicita del minore se capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni: presupponendo in entrambi i casi una capacità di discernimento del minore. In generale, le disposizioni in materia di sperimentazione testimoniano il superamento della rigida dicotomia tradizionale capacità/incapacità di agire per le situazioni in generale

affermati da tempo, sceglie un approccio complesso alla salute del minore, cercando di preservare un equilibrio fra il polo della sua protezione e quello della sua autonomia. Esso, tuttavia, non stabilisce con chiarezza quale sia il grado di vincolatività o meno dell'«opinione» del minore e locuzioni come «il (suo) desiderio esplicito [...] (va) rispettato» contribuiscono ad alimentare dubbi ed incertezze.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 32 Reg. n. 536/2014, nessuna sperimentazione può essere condotta su minori senza il *consenso* informato del loro rappresentante legalmente designato (di norma, i genitori) e l'«assenso»¹⁰ del minore stesso «in grado di formarsi un'opinione» o, secondo l'ormai pacifica espressione, «capace di discernimento»¹¹, sempreché vi siano motivi scientifici per ritenere che la partecipazione alla sperimentazione clinica rechi o un «beneficio diretto al minore, superiore ai rischi e agli oneri associati», oppure «determinati benefici alla popolazione rappresentata dal minore interessato [...] con rischi e oneri minimi» per quest'ultimo: il che, da un lato, sembra riproporre e recuperare, in chiave moderna, la tradizionale distinzione tra sperimentazione clinica «terapeutica» e «non terapeutica», ora segnata, rispettivamente, dalla «beneficialità» *diretta* o meno dello studio nei confronti del minore «probando»; dall'altro, muovendo dal principio di uguaglianza sostanziale, alla cui stregua, la legge non solo «può», ma «è tenuta» a trattare fattispecie sostanzialmente diseguali in modo formalmente altrettanto diseguale, induce ragionevolmente a ricercare altrove, e precisamen-

«esistenziali» e l'affermazione della libertà di autodeterminazione, il cui esercizio viene ricollegato all'effettivo e concreto discernimento del minore.

¹⁰ Così, art. 29, co.8, Reg. UE n. 536/2014, che sancisce il principio per il quale «in aggiunta al consenso informato fornito dal rappresentante legalmente designato, anche i minori in grado di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni loro fornite danno il proprio assenso a partecipare ad una sperimentazione clinica».

¹¹ L'art. 32 Reg. UE n. 536/2014 subordina la conduzione di una sperimentazione clinica su minore, tra l'altro, al rispetto del «desiderio esplicito del minore in grado di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni» che gli vengono fornite, ossia sostanzialmente del minore c.d. capace di discernimento. La capacità di discernimento, di diretta derivazione dal diritto penale, viene comunemente definita come il possesso, al momento del compimento di un atto, di un insieme di caratteristiche volitive, intellettive e di personalità tali da consentire ad un soggetto di essere consapevole e responsabile dell'atto stesso. Il «discernimento» viene così collegato al concetto di maturità/imaturità: un minore diviene «capace di discernimento» allorché sia in grado di assumere una decisione che rispecchi un certo grado di maturità di giudizio, uno sviluppo cognitivo in relazione alla capacità per l'appunto di distinguere, di discernere, differenziare tra condotte illecite e lecite, tra comportamenti conformi e non conformi e, con precipuo riferimento al diritto privato, di comprendere ciò che è utile. Si tratta dunque di abilità relazionali e cognitive, di un adeguato sviluppo del minore da un punto di vista cognitivo, emotivo e relazionale. Si parla di una valutazione globale, che non sembra differire da quella di maturità: per un'analisi approfondita dell'argomento, cfr. S. BOSA, *Gli atti della vita quotidiana e tutela civile dell'incapace*, Torino, 2014, 109 ss. e, in particolare, nt. 33 e 34; per un *excursus* storico-evolutivo, v. G. SCARDACCIONE, *La capacità di discernimento del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1319 ss.; F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, nota a Trib. Min. Milano, 15 febbraio 2010, in *Famiglia e diritto*, 2011, 4, 4040 ss.; ID., *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2006, 41 s.; M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, 293 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *NGCC*, 2004, 95 ss.; ID., *La capacità del minore nell'esercizio dei diritti*, in E. PELLECCIA-P. CONSORTI (a cura di), *Diritti, tolleranza, memoria*, Pisa, 2005, 483 ss.; A. D'ALOIA-A. ROMANO, *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione*, in G.F. BASINI-G. BONILINI-P. CENDON-M. CONFORTINI, *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Torino, 2011, 3 ss.

te in una “variabile” interpretazione-applicazione del consenso informato, il criterio di differenziazione per sperimentazioni cliniche *funzionalmente* “disuguali” su minori, a fronte di una disciplina *formalmente* uguale dettata dall’art. 32 Reg. UE.

Il fatto che l’ordinamento conferisca *a priori* al «rappresentante legalmente designato» del minore il potere di esprimere il consenso per la conduzione di una sperimentazione, non implica infatti che l’ampiezza di tale potere sia sempre uguale¹², né la rilevanza giuridica espressamente riconosciuta alla capacità di discernimento del minore comporta *sic et simpliciter* la prevalenza della volontà dello stesso rispetto alla decisione dei genitori (o del legale rappresentante) in merito alla partecipazione ad una sperimentazione¹³.

¹² In tal senso, a proposito del consenso informato del minore per i trattamenti sanitari *ex art. 3*, L. n. 219/2017, M. PICCINNI, *sub Art. 3 L.n.219/2017*, in A. BARBA-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Milano, 2019, 1537.

¹³ Ciò diversamente da come sostiene la gran parte della dottrina: secondo tale orientamento, il principio per cui l’art. 2 c.c. priverebbe di ogni rilevanza giuridica la volontà del minore, costituirebbe un chiaro retaggio di una concezione strettamente patrimonialistica del diritto privato. Si ritiene sicuramente insita nel concetto di incapacità di agire l’incapacità “negoziale”, ossia l’idoneità del minore a compiere atti di disposizione patrimoniale, eccezione fatta per quelli legati al soddisfacimento delle esigenze della vita quotidiana. Muovendo dalla considerazione che l’art. 2 non è regola assoluta né principio inderogabile, rimarrebbero senz’altro fuori da questo contesto gli atti relativi alla sfera esistenziale del minore e, in generale, gli atti a contenuto personale, per i quali il minore potrà essere ritenuto capace, benché non ancora maggiorenne. A sostegno di tale orientamento, rilevarebbero diverse disposizioni del codice civile e di leggi speciali, in materia di adozione, di interruzione volontaria della gravidanza, in materia di stupefacenti e, per l’appunto, di trattamenti medico-sanitari, tutte testimonianze di una diversa posizione assunta dal minore all’interno della propria famiglia e rispetto alla responsabilità genitoriale. Sull’argomento, *ex multis*, cfr. F. D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, 54 ss.; C. M. BIANCA, *La norma giuridica e i soggetti*, Milano, 1978, 214 s.; A. BELVEDERE, *L’autonomia del minore nelle decisioni familiari*, Milano, 1980, 373; L. NANNIPIERI, *Il corpo (ovvero la salute) dei minori: il difficile e dinamico equilibrio tra libertà e potestà, autonomia ed eterodeterminazione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, 270.

In tale contesto, si inserisce altresì l’art. 8 del Regolamento UE n. 679/2016 sulla protezione dei dati personali (GDPR) che definisce “lecito” il trattamento dei dati personali nel caso di minore di 16 anni che abbia prestato il consenso, sia pur limitatamente ai trattamenti che vengono effettuati nell’ambito dei servizi della società dell’informazione; mentre per il minore di età inferiore ai 16 anni subordina la liceità del trattamento alla prestazione del consenso o all’autorizzazione del titolare della responsabilità genitoriale: sicché il compimento degli anni sedici sembrerebbe coincidere con il raggiungimento di quella maturità intellettuale e psicofisica idonea ad esprimere validamente il consenso al trattamento dei dati personali. Peraltro, con precipuo riferimento al trattamento dei dati conseguenti ad una sperimentazione, non si potrebbe prescindere dal consenso esplicito dell’interessato, che, esulando dal circoscritto ambito di cui all’art. 8 Reg. UE n.679/2016, dovrebbe essere manifestato dai genitori (o dal legale rappresentante). Sugli artt. 8 e 9 GDPR, v. in particolare e rispettivamente, M. MONTANARI E R. TUCCILLO, *sub art. 8 e sub art. 9*, in A. BARBA-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 2019, 144 ss. e 150 ss.

In giurisprudenza, si segnalano, tra le altre, Cass. n. 22238/2009 (in www.sentenze-cassazione.com), che ha sottolineato il principio generale della necessità che i provvedimenti riguardanti il minore siano fondati sulla considerazione delle sue opinioni e delle sue esigenze; Cass. n.7282/2010, che individua alcune cautele per impedire interferenze e condizionamenti del minore; sent. Cedu n. 18249/02, *C.c. Finlandia*, ove la Corte nega peso determinante alla volontà dei due figli minori che rifiutavano il rapporto con il padre, perché riconosce che erano stati manipolati: per un approfondimento di questo e di altri casi di “ascolto” del minore, a livello europeo, cfr. M. CAVALLO (a cura di), *Le mille facce dell’ascolto del minore*, Roma, 2012, 69.

Risulta così plausibile un consenso espresso dai genitori (o dal legale rappresentante) non omogeneo, bensì “polimorfo”, che cambia in relazione alla funzione della sperimentazione e alla maturità intellettuale del minore e che sembra progressivamente “indebolirsi”, degradando da atto ponderato e volontario dei genitori, *decisivo* in caso di sperimentazione “non terapeutica” su minore (anche capace di discernimento), ad atto *integrativo* della manifestazione di volontà del minore in grado di formarsi un’opinione nell’ipotesi di sperimentazione “terapeutica” e, infine, ad atto meramente *ricognitivo* e formale, sia pur con il concorso di determinate condizioni, se si tratta di sperimentazione “terapeutica” riguardante un minore inabile ad “esplicit(are) i propri *desiderata*”¹⁴.

Più precisamente, gli spazi concessi al consenso informato dei genitori (o del legale rappresentante) paiono mutare in base alla diversità delle condizioni fattuali nelle quali esso è chiamato ad operare¹⁵: sicché sembra potersi e doversi riconoscere al “consenso” espresso dai genitori (o dal legale rappresentante) una differente natura giuridica e funzione, a seconda del tipo di sperimentazione (“non terapeutica” o terapeutica) e della *capacità* o meno del minore di «formarsi un’opinione propria». Da qui, la necessità di verificare se siffatta *de-escalation* dell’efficacia giuridica del consenso informato manifestato dai genitori (o dal legale rappresentante) del minore – “sostitutivo”, “integrativo” o meramente “ricognitivo” in rapporto al modello di sperimentazione (“non terapeutico” o “terapeutico”) e alla concreta *capacità* o *incapacità* di discernimento del minore – rappresenti la soluzione interpretativa migliore per garantire il più opportuno e corretto punto di incontro nella sperimentazione tra libertà di autodeterminazione e diritto alla salute del minore, tra aspettative dei piccoli pazienti, esigenze etiche e diritto.

2. Sperimentazione clinica “non terapeutica” e “terapeutica”: il problema della fondatezza e della rilevanza giuridica della distinzione

Propedeutica all’indagine sulla funzione e sull’efficacia giuridica del consenso dei genitori (o del legale rappresentante), per la conduzione di una sperimentazione clinica sul figlio minore, appare quindi la distinzione (non pacificamente accolta in dottrina¹⁶) tra sperimentazione clinica “non terapeutica”

¹⁴ L’art. 32 Reg. UE n. 536/2014, tra le condizioni necessarie per la conduzione di una sperimentazione clinica su minori, menziona «il desiderio esplicito di un minore, in grado di formarsi un’opinione propria [...] di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsi in qualsiasi momento». A proposito di minori, v. a titolo esemplificativo GIARDINA, *La condizione giuridica del minore. L’incapacità del minore: dalla tutela individuale alla protezione di un soggetto «debole»*, Napoli, 1984; ID., *La maturità del minore nel diritto civile*, in CINQUE (a cura di), *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei «giovani adulti»*, Supplemento a NGCC, 2004, 95; LENTI, *L’identità del minore*, in NGCC, 2007, 65; SCARDACCIONE, *La capacità di discernimento del minore*, cit., 1319; NANNIPIERI, *Il corpo (ovvero la salute) dei minori: il difficile e dinamico equilibrio tra libertà e potestà, autonomia ed eterodeterminazione*, in BRECCIA-PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, 2007, 269; DELL’UTRI, *Il minore tra «democrazia familiare» e capacità di agire*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 1564.

¹⁵ Il rilievo giuridico del consenso non appare cioè necessariamente uniforme, ma sembra piuttosto conoscere vari gradi in ragione delle specifiche fattispecie.

¹⁶ La contiguità esistente fra le due attività sperimentali non può portare ad ignorarne le differenze. A sostegno di tale distinzione rileva altresì l’art. 35 Reg. UE n. 536/2014, dal quale si evince chiaramente che la disciplina in esso contenuta per le situazioni di emergenza opera soltanto per le sperimentazioni “terapeutiche”. Tuttavia, la distinzione è stata sempre più criticata nella letteratura di ricerca biomedica: visto che la ricerca è orientata, per definizione, all’acquisizione di nuove conoscenze e non alla cura del probando, essa avrebbe sempre uno

e sperimentazione “terapeutica”: in base all’impostazione originaria, la prima prescinderebbe da immediati e diretti effetti terapeutici e mirerebbe esclusivamente all’interesse del progresso della scienza medica, utilizzando persone sane o malate; la seconda coinvolgerebbe persone malate e sarebbe in rapporto diretto con la specifica malattia da cui sono affette, nell’interesse dunque della salute individuale del paziente.

Si tratta, com’è intuibile, di macro-categorie il cui limite di demarcazione risulta tracciato dalla ricaduta diretta o meno sulla salute del paziente (nella specie, minore d’età) degli effetti dell’attività di ricerca. L’utilità di tale distinzione tradizionale appare tutt’oggi condivisibile e valida, specie là dove i destinatari della sperimentazione siano i minori, sebbene, a livello normativo, la sperimentazione clinica sembri *prima facie* definita in modo univoco, senza alcuna differenziazione, come «uno studio clinico che soddisfa *una* delle condizioni» indicate, tra le quali vi è «l’assegnazione del soggetto ad una determinata *strategia terapeutica* decisa anticipatamente»¹⁷. A ben vedere, proprio tale definizione e la menzione della «strategia terapeutica», come *una* delle condizioni alternativamente prescritte per la conduzione di una sperimentazione clinica, sembra legittimare implicitamente e fondare giuridicamente la *summa divisio* in tale materia, a seconda che lo studio clinico rappresenti, per l’appunto, anche una «strategia terapeutica» oppure no¹⁸.

scopo «non terapeutico». Nel senso della non condivisibilità della distinzione, cfr. A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., 11 ss., che dubita dell’esistenza di una netta linea di demarcazione tra sperimentazione “scientifica” e “terapeutica” e sottolinea l’inderogabilità del principio del consenso personale e consapevole sia se la sperimentazione venga effettuata (anche) a fini terapeutici, sia se persegua solo scopi scientifici; M. BARNI-G. SEGRE, *La sperimentazione dei farmaci sull’uomo*, in *Pol. dir.*, 1970, 290. *Contra*, v. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 233 s.; G. DE VINCENTIIS, P. ZANGANI, *Sulla liceità e sui limiti della sperimentazione sull’uomo*, in *Giust. pen.*, 1968, I, 328 s.; G. VIGNOCCHI, *Aspetti giuridici della sperimentazione e utilizzazione degli psicofarmaci nel quadro della legislazione e della deontologia sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1562; recentemente, A. ALFONSO, *La sperimentazione clinica con il minore*, cit., 261 s.; E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Tratt. di biodiritto*, Milano, 2011, 643 ss.; F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Diritto pubblico*, 2002, 629 ss. Sulla sperimentazione in generale, v. anche G. MARSICO, *La sperimentazione umana. Diritti violati/diritti condivisi*, Milano, 2010; S. SICA, *Sperimentazione umana. Disciplina francese e esperienza italiana*, Napoli, 1990.

¹⁷ Così, art. 2, co. 2, Regolamento UE n. 536/2014, alla cui stregua l’assegnazione del soggetto ad una determinata strategia terapeutica, decisa anticipatamente, rappresenta una delle condizioni alternative che uno studio clinico deve soddisfare perché possa parlarsi di “sperimentazione clinica”. Le altre due alternative sono la contestualità temporale della decisione di prescrivere i medicinali sperimentale e quella di includere il soggetto nello studio clinico; oppure l’applicazione ai soggetti di procedure diagnostiche o di monitoraggio aggiuntive rispetto alla normale pratica clinica.

¹⁸ Alla luce di un criterio interpretativo storico, a favore della distinzione tra sperimentazione “non terapeutica” e “terapeutica”, milita anche l’art. 4, d.lgs. n. 211/2003 (da ritenersi implicitamente assorbito dal Regolamento UE n. 536/2014) che consentiva la sperimentazione clinica sui minori se «il gruppo di pazienti» traesse «dalla sperimentazione clinica *qualche beneficio* diretto». Il Regolamento UE n. 536/2014 (art. 32, lett. g) richiede, invece, non un “qualche” beneficio diretto al gruppo di pazienti, ma «un beneficio diretto» per il minore interessato «superiore ai rischi e agli oneri associati». Al riguardo, appare fondato ritenere trattarsi di *abrogazione parziale implicita*, data la mancanza di alcuna dichiarazione espressa al riguardo e dal momento che il Regolamento n. 536/2014, temporalmente successivo, ha provveduto a disciplinare *ex novo* l’intera materia della sperimentazione, già regolata dal precedente d.lgs. n. 211/2003 (sperimentazione clinica di medicinali per uso clinico), che si intende pertanto parzialmente assorbito: sull’abrogazione cfr., per tutti, C. TURCO, *Diritto civile*, I, Torino, 2014, 31 s.

In particolare, il Regolamento UE n. 536/2014 (sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano) sembra richiamare e confermare tale distinzione, sia pur evolutivamente rivisitata rispetto al passato e imperniata essenzialmente sulla probabilità¹⁹ scientifica che la sperimentazione clinica «rechi al minore interessato un beneficio diretto superiore ai rischi e agli oneri associati», oppure si limiti a contribuire al conseguimento di risultati in grado di apportare «determinati benefici alla popolazione rappresentata dal minore» personalmente coinvolto nello studio, «con un rischio e un onere minimi» per quest'ultimo²⁰ (art. 32, co. 1, lett. g).

L'ago della bilancia parrebbe dunque guidare e soppesare l'obiettiva utilità e "beneficialità" diretta della sperimentazione con i rischi cui potrebbero trovarsi esposti i minori; che intendano accedere o essere sottoposti a studi o cure sperimentali. E se è innegabile che l'attività di sperimentazione, in quanto fondata su metodologie empiriche in cerca di validazione nella comunità scientifica, sia di per sé rischiosa a prescindere dal relativo scopo ("terapeutico" o meno) e richieda comunque il consenso informato del rappresentante legale del minore²¹, è altrettanto plausibile la diversità delle implicazioni a seconda che la sperimentazione, al contempo, si ponga o meno quale opzione vantaggiosa o terapeutica per il minore: ciò, alla luce del principio di uguaglianza sostanziale e di quello di matrice essenzialmente comunitaria, noto con la formula del *miglior interesse del minore* (*best interest of the*

¹⁹ Com'è noto, la "possibilità" è categoria più ampia della "probabilità": si dice *possibile* qualcosa che, dati alcuni assunti, è comunque reale che possa accadere per quanto possa essere improbabile; è invece *probabile* qualcosa che non solo non è possibile, ma è più che possibile che avvenga piuttosto che non avvenga.

²⁰ Più precisamente, una ricerca sperimentale si definisce "non terapeutica" o "pura" allorché, pur coinvolgendo una o più persone fisiche determinate (volontari sani o pazienti portatori della stessa patologia per la quale si porta avanti la ricerca), non è finalizzata ad arrecare alle stesse un beneficio diretto: si pensi ad es., alla sperimentazione farmacologica nella fase I, meramente conoscitiva e "non terapeutica", volta a verificare tollerabilità, biodisponibilità, sicurezza e cinetica del farmaco. La sperimentazione "terapeutica", invece, si svolge su pazienti che si suppone possano trarre beneficio diretto dall'utilizzo della terapia per la quale si procede alla sperimentazione: ciò accade normalmente nelle fasi II, III e IV finalizzate a testare il farmaco, rispettivamente, su un numero limitato (fase II), successivamente su un numero più ampio (fase III) ed infine su un numero elevato di pazienti, dopo l'immissione in commercio del prodotto. Sull'argomento, cfr. in particolare, E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, cit., 649; M. DI MUZIO, L. BORGIA, *Le fasi della sperimentazione farmacologica*, in L. BORGIA, *Manuale di Bioetica per la sperimentazione clinica e i Comitati etici. Conformità ai principi nelle normative e nei modelli operativi della ricerca*, Torino, 2008, 201 ss.; G. FERRANDO, *La sperimentazione sull'uomo*, in M. BARNI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto: prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995, 234; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *La sperimentazione medica*, in G. GIUSTI (diretto da), *Tratt. medicina legale e scienze affini*, I, Padova, 1998, 546.

Analoghe considerazioni, *mutatis mutandis*, sembrano valere anche per le sperimentazioni cliniche su soggetti incapaci (art. 31, co. 1, lett. g) e su donne in gravidanza o allattamento (art. 33, lett. b): per i primi, la conduzione di una sperimentazione clinica è ammessa se «vi sono motivi scientifici per ritenere che» essa «rechi al soggetto incapace un beneficio diretto superiore ai rischi e agli oneri associati; *oppure* determinati benefici [...] alla popolazione rappresentata dai soggetti incapaci interessati»; per le seconde il legislatore europeo distingue a seconda che la sperimentazione clinica possa «potenzialmente recare alla donna in gravidanza o allattamento interessata [...] benefici diretti superiori ai rischi e agli oneri associati, oppure» non rechi alcun beneficio diretto alla donna medesima ma contribuisca (tra l'altro) al conseguimento di risultati in grado di recare beneficio in generale alle donne in gravidanza o allattamento.

²¹ Ai sensi dell'art. 32 Reg. UE n. 536/2014, la conduzione di una sperimentazione clinica su minori è consentita esclusivamente se sono soddisfatte tutte le condizioni ivi prescritte e, in particolare, se è stato ottenuto il consenso informato del loro rappresentante legalmente designato

child)²². Più precisamente, il primo impone di trattare fattispecie (sperimentazione clinica “terapeutica”/“non terapeutica”) e soggetti (minore capace/incapace di discernimento) sostanzialmente diseguali in modo altrettanto diseguale, legittimando un “trattamento” formalmente “diverso”, se e nella misura in cui ciò si palesi per l’appunto “ragionevolmente” necessario ad eliminare diseguglianze sostanziali²³ tra minore sottoposto a sperimentazione “terapeutica” oppure “non terapeutica”: ciò, nel rispetto del secondo ed ulteriore principio del *best interest of the child*, che, com’è noto, implica «la necessità di perseguire la “migliore” protezione del minore e la “maggiore” promozione possibile della sua autonomia»²⁴. Orbene, se è certa l’indefettibilità del consenso informato del rappresentante legale del minore (normalmente, i genitori) come presupposto legittimante il coinvolgimento dello stesso in qualunque attività sperimentale (a prescindere dalla funzione terapeutica o meno), risulta parimenti innegabile la ricerca di un equilibrio tra esigenza di “razionalità” di una disciplina che sembra dettare regole formalmente “uguali” (consenso informato) e istanze di protezione indubbiamente

²² L’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, prima, normativa dopo, ha portato al riconoscimento della rilevanza giuridica del principio del c.d. (miglior) interesse del minore. Già Trib. Napoli 10 dicembre 1981 (in *Giurisprudenza di merito*, 1982, I, 361, con nota di G. MANERA, *Il minore come soggetto di diritti, ossia rilevanza della sua volontà nell’affidamento ad uno dei genitori*) affermava che «la preminenza dell’interesse del minore su qualsiasi altro interesse è stata tanto ripetutamente affermata, che può ritenersi ormai un dato assiomatico, che non bisogna di particolare dimostrazione». Trattasi tuttavia di un’espressione “aperta” a contenuti molto diversi, una formula contenitore destinata ad essere riempita in termini sia astratti e generali, sia concreti e specifici. Al riguardo, v. G. LA GRECA, *Evoluzione del concetto di interesse del minore nella legislazione italiana*, in A. DELL’ANTONIO-G. DE LEO (a cura di), *Il bambino adolescente*, Milano, 1986, 29 ss. Per un approfondimento del tema, anche in un’ottica comparatistica tra sistemi di *civil law* e di *common law*, cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini: il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interest of the child»*, in *Riv. dir. intern.*, 2010, 4, 981 ss.; per un *excursus* storico della *best interests of child doctrine*, v. L. LENTI, «*Best interests of the child*» o «*Best interests of children*»? in *NGCC*, 2010, 157 ss. e ID., *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: espansione e trasformismo*, in *NGCC*, 2016, 1, 148 ss. Sull’argomento, nella letteratura straniera, v. P. ALSTON (a cura di), *The best interests of the child*, Oxford, 1994; FREEMAN, *Article 3: the best interests of the child*, Boston, 2007; J. GOLDSTEIN, A. FREUD, A. J. SOLNIT, *The best interest of the child: the least detrimental alternative*, New York, 1998; L. M. PURDY, *In their best interest? The case against equal rights for children*, Ithaca, 1992. In giurisprudenza, degna di nota Corte eur. Dir. Dell’uomo n. 39793/17, in *NGCC*, 2017, 10, 1351 ss., con nota di E. FALLETTI, *Il best interest of the child tra fine vita e sperimentazione medica*. Nello stesso senso, *UK High Court*, 29 gennaio 2018, *Kings College Hospital NHS Foundation Trust v. Thomas*.

²³ Sul principio di uguaglianza formale e sostanziale, cfr. in particolare, C. TURCO, *Diritto civile*, cit., 18 ss.

²⁴ Così, A. ALFONSO, *La sperimentazione clinica “con” il minore: il necessario bilanciamento tra diritti individuali e interessi collettivi*, cit., 270. In particolare, secondo l’A. il “miglior interesse del minore” alla cui realizzazione dovrebbero mirare i genitori nel prestare o meno il consenso alla partecipazione del bambino ad un programma sperimentale, dovrebbe essere il più possibile un interesse *oggettivo*: il che può dirsi quando le scelte compiute in nome e per conto del minore non risultano preclusive di altre o lo sono nella misura minore possibile. È quanto si evince anche dal Parere n. 16/2009 della Commissione Nazionale Svizzera d’etica per la medicina (NEK-CNE), *La ricerca sui bambini*, Berna, 2009, che muove dalla constatazione che i bambini sono particolarmente bisognosi di protezione del loro bene e che anche loro, come gli adulti, hanno tuttavia bisogno di una medicina che poggi su risultati scientifici, ovvero sulle conoscenze e sui meccanismi relativi all’insorgenza delle malattie infantili, sulla salute e sullo sviluppo fisico, psichico e sociale dei bambini, ma anche sui diversi pericoli insiti nella società che costituiscono una minaccia per la tenera età, e ancora sulle possibilità di prevenzione e naturalmente sull’efficacia concreta di metodi possibilmente applicabili in pediatria. Il fatto di condurre una ricerca sui bambini richiede la massima cautela.

te differenti, in base sia al tipo di sperimentazione, sia alla maturità psico-fisica del minore di età: sicché appare legittimo spostare il baricentro dell'analisi dal dato positivo del "consenso", come presupposto *formale* di qualunque sperimentazione, alla "specializzazione" *sostanziale* del consenso medesimo, e cioè alla sua (diversa) natura e rilevanza giuridica a seconda della finalità (terapeutica o meno) dell'attività di ricerca, nonché al dato altrettanto positivo del differente margine di rischio connesso all'accesso a pratiche sperimentali funzionalmente ed oggettivamente "disuguali".

Il principio di uguaglianza sostanziale, coordinato con quello del miglior interesse del minore, sembra cioè imporre di "disegnare" in maniera "diseguale" il consenso del legale rappresentante del minore in funzione della specifica tipologia di sperimentazione e della relazione rischi/benefici connessi al trattamento, oltretutto della capacità di discernimento del minore²⁵. Una diversa interpretazione-applicazione dell'imprescindibile requisito del consenso informato del legale rappresentante del minore (*alias*, i genitori), a seconda del contesto in cui deve essere manifestato, appare quindi la via per riequilibrare e realizzare la parità tra posizioni sostanzialmente diverse, anche se in ogni caso "deboli"²⁶: quella del minore partecipante ad una sperimentazione clinica "non terapeutica"²⁷ oppure "terapeutica"²⁸, da un lato, e quella del minore capace ovvero incapace di discernimento²⁹, dall'altro.

3. Il consenso per i minori nella sperimentazione clinica "non terapeutica"

La ricerca sperimentale sui minori può rappresentare, talvolta, un passo indispensabile per lo sviluppo di nuovi farmaci e di nuove terapie per la cura di malattie tipiche dell'infanzia e/o dell'adolescenza, quanto alla loro genesi e/o manifestazione, rivelando un'indubbia utilità sul piano del progresso scientifico, anche disgiuntamente dall'interesse terapeutico. Trattasi di un'esigenza recepita nel Regolamento UE n. 536/2014, che autorizza infatti la sperimentazione clinica "non terapeutica" sui minori allorché vi siano motivi scientifici per ritenere che la partecipazione a tale tipo di sperimentazione «rechi determinati benefici alla popolazione rappresentata dal minore interessato e [...] un rischio e un onere minimi per tale minore» (art. 32, co. 1, lett. g)³⁰

²⁵ Com'è noto, "uguaglianza" non significa trattare in modo eguale, ma significa "ineguaglianza", «perché espressione d'eguaglianza relativa non staticamente intesa». L'uguaglianza è, cioè, una nozione relativa, nel senso che giustifica una disparità di trattamento a favore di chi si trova in una situazione sperequata. Nella specie, un consenso "differenziato" è richiesto per la presenza di situazioni oggettivamente (terapeuticità o meno della sperimentazione) e soggettivamente (capacità/incapacità di discernimento del minore) diverse: in tal senso, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, 404.

²⁶ Mutuando un concetto espresso da P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., 141, la disuguaglianza è giustificata in funzione di una migliore realizzazione della personalità (nella specie, del minore).

²⁷ V., *infra*, § 3.

²⁸ V., *infra*, § 4.

²⁹ V., *infra*, §§ 4 e 5. Sotto il profilo metodologico, il "consenso" dei genitori deve essere collegato alla situazione contingente e di fatto in cui viene espresso, distinguendo sperimentazione "non terapeutica" da quella "terapeutica", minore capace da minore incapace di discernimento. Secondo la celebre espressione di ? MOECH, *La giustizia in Italia*, Milano, 1970, 39, «non c'è nulla che sia ingiusto quanto far le parti eguali tra diseguali».

³⁰ La sperimentazione "non terapeutica" è altresì consentita allorché essa sia «finalizzata a studiare trattamenti per una condizione clinica che colpisce solo i minori, oppure la sperimentazione clinica sia essenziale in

Muovendo dalla corretta convinzione che opporsi *tout court* alla ricerca sui minori³¹ significherebbe negare loro la possibilità di beneficiare di significativi vantaggi e condannarli a determinati rischi, ci si è chiesti come realizzare una tale ricerca in modo «accettabile e ragionevole dal punto di vista etico», corrispondente alla migliore regolamentazione possibile» sul piano normativo e «nel pieno rispetto degli interessi dei bambini», sotto il profilo interpretativo³²: questo ha condotto il legislatore a riconoscere un coinvolgimento sempre più accentuato del c.d. “grande minore”³³ o minore “maturo” nelle decisioni che riguardano, in generale, la sua salute³⁴.

relazione ai minori per convalidare dati ottenuti da sperimentazioni cliniche su persone in grado di fornire il loro consenso informato o ottenuti con altri metodi di ricerca». Trattasi di una disposizione che ha cercato di porre rimedio all'uso *off-label* sui minori dei farmaci testati sugli adulti, vale a dire in modo diverso dalle indicazioni autorizzate, e a quello addirittura *off-license*, ossia senza permesso.

³¹ Con il termine «bambino», la Commissione NEK-CNE si riferisce a persone in età compresa tra 0 e 18 anni. Tale definizione corrisponde al concetto giuridico di «minorenne», soggetto per sua natura vulnerabile, in quanto avente una maggiore probabilità di subire un torto o un danno. Tuttavia, la vulnerabilità dei bambini non dovrebbe determinare *sic et simpliciter* la loro esclusione dalla ricerca. In questo contesto occorre piuttosto formulare particolari obblighi di diligenza per i genitori o per altri rappresentanti legali, ma anche per i ricercatori.

³² Così, Parere n.16/2019, cit. Secondo la NEK-CNE, il fatto che i bambini possano venire danneggiati in modo duraturo in seguito alla somministrazione di farmaci non idonei che, a causa della mancanza di conoscenze sulle loro esigenze specifiche, siano esposti molto prima degli adulti al rischio di ricevere cure mediche inadeguate o persino insufficienti, spiega la necessità di condurre una ricerca medico-sperimentale su di essi.

³³ Con tale espressione, diversamente da quanto sostenuto da parte della dottrina, ci si intende riferire non soltanto ai soggetti prossimi alla maggiore età (altrimenti ci troveremmo di fronte ad un surrogato o sottocategoria della capacità legale), ma in generale al minore intellettivamente maturo, dotato di capacità di discernimento, che abbia cioè raggiunto un adeguato grado di maturità fisica ed intellettuale, a prescindere dall'età: sull'argomento, cfr. G. BUFFONE, *Autodeterminazione terapeutica del minore*, in *Il civilista*, 2009, 41 s. Già A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., 65, sottolineava come non si possa far coincidere l'effettiva capacità di discernimento con un limite fisso d'età, ma essa dovrà essere accertata caso per caso, in relazione alle condizioni soggettive del minore; G. SCARDACCIONE, *La capacità di discernimento del minore*, cit., 1325 s., precisa che la capacità di discernimento non è agganciata (neanche) dalla normativa internazionale ad alcun criterio cronologico; F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a “supernorme”*, in *Famiglia e diritto*, 404 ss., correttamente motiva l'affermazione per cui la capacità di discernimento sia svincolata da qualsiasi altro riferimento (compresa l'età) che non sia la persona: la capacità di discernimento non è un concetto astratto, né commisurabile in assoluto, ma variabile a seconda delle situazioni e dei soggetti in concreto. *Contra*, E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000, 234 s.; S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, in L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-ZATTI (a cura di), *Trattato di BioDiritto. I diritti in medicina* (diretto da S. RODOTÀ-P. ZATTI), Milano, 2011, 478, secondo cui più ci si avvicina alla soglia della maggiore età, più si riconoscono al minore margini di autonomia. Secondo tali A., andrebbe riconosciuto un diverso valore alla manifestazione di volontà dei minori prossimi alla maggiore età, consapevoli e maturi, rispetto a quella di un bambino o di un adolescente non ancora sufficientemente maturo: ma così ragionando, si continua a collegare, di fatto, la capacità di discernimento ad un'età (prossimità o meno ai diciotto anni) e ad un concetto astratto di consapevolezza e maturità, da verificarsi, invece, in concreto e caso per caso. Per A. TOGNONI, *Il consenso informato del minore. Aspetti generali e casi pratici*, in *Quaderni acp*, 2013, 20, 87, «il consenso è concepibile tra i 7 e i 10/12 anni, da considerare però con quello dei genitori. In età adolescenziale, quando il pensiero diventa progressivamente autonomo, si può ipotizzare l'età limite (14 anni) per prospettare un valido informato».

³⁴ Aperture che, come opportunamente sottolineato da L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto

Se può dirsi dunque acquisito il principio della “partecipazione” del minore *capace di discernimento* alla decisione che lo riguarda su qualunque sperimentazione, non risulta tuttavia chiara la natura giuridica né l’efficacia di tale partecipazione «in aggiunta al consenso informato fornito» dai genitori per la conduzione di una sperimentazione, nella specie, “non terapeutica”³⁵. *Nulla quaestio*, quindi, non tanto nel caso in cui il minore sia *incapace* di discernimento, quanto piuttosto in quello in cui l’opinione espressa dal minore in grado di farlo e il consenso dei genitori (o del legale rappresentante) convergano verso lo stesso risultato (comune accettazione oppure rifiuto della partecipazione alla sperimentazione “non terapeutica”): nella prima ipotesi, la sostituzione nella manifestazione del consenso da parte dei genitori (o dei legali rappresentanti) opera pressoché automaticamente, non essendo il minore in grado di esprimere un’opinione; nella seconda, sussistendo concordia fra i soggetti coinvolti nella sperimentazione “non terapeutica”, cioè il minore stesso e i suoi genitori (o il suo rappresentante legale), appare ininfluente indagare quale sia il peso decisionale da attribuire alla manifestazione di volontà del minore³⁶.

da), *Tratt. di biodiritto*, Milano, 2011, 464, rispecchiano una mutata concezione del minore da oggetto di diritti e di protezione a soggetto di diritti. In tal senso, anche M. PICCINI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., 92 s.

³⁵ Così, art. 29, co. 8, Reg. UE n. 536/2014, alla cui stregua il Regolamento prevede che i minori in grado di formarsi un’opinione propria e di valutare le informazioni loro fornite diano il proprio assenso a partecipare ad una sperimentazione clinica, in aggiunta al consenso informato fornito dal rappresentante legalmente designato.

³⁶ Lo dimostrano alcuni casi giurisprudenziali in cui l’Autorità giudiziaria non ha adottato alcun provvedimento nei confronti dei genitori e ne ha confermato la scelta, non sussistendo un conflitto di interessi tra genitori e figlio minore, accomunati anzi dallo stesso interesse. Ci si intende in particolare riferire al caso in cui un bambino di 9 anni, colpito da osteosarcoma osteoblastico e il cui programma terapeutico prevedeva un trattamento chemioterapico, amputazione della gamba, con prognosi di sopravvivenza a 5 anni dalla scoperta del male pari al 60%, condizionata all’osservanza del programma terapeutico e con esclusione della possibilità di guarigione. I genitori interrompevano tale terapia e optavano per la “cura” sperimentale Di Bella. Il Tribunale per i minorenni limitava in via temporanea e urgente la potestà (ora responsabilità) dei genitori, mentre la Corte d’Appello revocava il provvedimento del Tribunale affermando non solo la natura “non indispensabile” del trattamento chemioterapico e una sostanziale equivalenza con la MDB, ma altresì l’assenza di conflitto di interessi tra genitori e figlio: pertanto la Corte ritenne di non provvedere alla limitazione della potestà genitoriale. Un altro caso giurisprudenziale riguardava una bambina di 10 anni, affetta da leucemia linfoblastica acuta di tipo B: il protocollo seguito dall’Associazione Italiana Ematologia-Oncologia Pediatrica (AIEOP) dava ottimi risultati e assicurava una probabilità di guarigione dell’80%; i genitori, preoccupati degli effetti diretti e collaterali della chemioterapia, optavano per la MDB. Il Tribunale e poi la Corte d’Appello, dopo aver comparato i due protocolli e ordinato la prosecuzione della terapia non sperimentale, dato il rischio di vita derivante dalla sospensione del trattamento chemioterapico, ordinava la prosecuzione della terapia ma, “valutato il grado di dissenso della bambina” in linea con quello dei genitori, concludeva per la non attuabilità del trattamento coattivo. Infine, l’Autorità giudiziaria è stata chiamata a pronunciarsi in merito all’interruzione voluta dai genitori del protocollo chemioterapico per una bambina di 9 anni, affetta da leucemia linfoblastica acuta con buone probabilità di guarigione (70%) condizionata alla puntuale esecuzione-realizzazione, per due anni, del protocollo terapeutico AIEOP 9502, riconosciuto dalla medicina ufficiale. I genitori decidevano di sottoporre la bambina alla sperimentazione “Di Bella”, con conseguente modifica in *peius* del quadro prognostico (probabilità di guarigione pari al 30% e incertezza di sopravvivenza). Il Tribunale interviene dopo l’interruzione ma non provvede alla limitazione della potestà genitoriale perché la decisione dei genitori è stata ritenuta adeguata e diligente nella condotta: per un commento al riguardo, cfr. *ex multis*, A. TOGNONI, *Il consenso informato del minore. Aspetti generali e casi pratici*, in *Quaderni acp*, 2013, 20, 87; S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, cit., 478 ss.

Il problema si pone invece in tutta la sua gravità allorché non vi sia corrispondenza tra la “voce” del minore, capace di partecipare alla scelta sulla sperimentazione clinica “non terapeutica” che lo riguarda, e il consenso dei genitori [o del legale rappresentante]: il primo, cioè, manifesta «il desiderio esplicito di rifiutare la partecipazione ad una sperimentazione» “non terapeutica” accettata dai genitori, o viceversa. Appare, in questo caso, legittimo chiedersi cosa significhi concretamente il riconoscimento legislativo della legittimazione del genitore [o del legale rappresentante] ad “acconsentire” a tale tipo di sperimentazione e, al contempo, del diritto del minore di partecipare alla scelta che lo riguarda [art. 32 Reg. UE n.536/2014].

Orbene, la presenza connaturata alla sperimentazione “non terapeutica” di rischi (sia pur minimi) non compensati da benefici diretti per il minore e la funzione perseguita da tale tipo di sperimentazione – essenzialmente volta al progresso della medicina nell’interesse della salute collettiva, anziché individuale del minore coinvolto – rendono il ruolo dei genitori (o del legale rappresentante), chiamati ad esprimere il consenso, davvero cruciale e “decisivo” per tutelare il minore stesso e garantire la realizzazione del suo (migliore) interesse: la ponderazione circa la natura *minimal* o meno dei rischi connessi alla sperimentazione e la correlativa necessità di proteggerlo da “rischi (sia pur) minimi” stanno alla base di un consenso genitoriale che non può che avere natura “sostitutiva”, degradando l’*assent* o «desiderio esplicito» del minore capace di discernimento³⁷ ad una sorta di “parere necessario ma giuridicamente non vincolante”³⁸, avente un peso “significativo” seppur non “decisivo”, stante l’incertezza e la rischiosità (anche se “minima”) di tale tipo di sperimentazione non controbilanciate da benefici diretti per il minore interessato. Ed è questo tratto differenziatore della sperimentazione clinica “non terapeutica” rispetto a quella “terapeutica” che sembra esigere, da un lato, un (più) rigoroso intervento (per l’appunto “sostitutivo”) da parte dei genitori attraverso la manifestazione del proprio consenso/dissenso sul “chi, cosa e come” sperimenta e, dall’altro, sembra limitare la rilevanza giuridica dell’opinione del minore ai fini della sottoposizione ad una sperimentazione “non terapeutica”³⁹: in tal caso, «la volontà del minore è importante, molto importante, ma non de-

³⁷ Com’è noto, a partire dal Codice di Norimberga, il presupposto legittimante ogni ricerca sull’essere umano è costituito dal consenso libero del soggetto dello studio di partecipare al progetto di ricerca, dopo un’informazione sufficiente (c.d. *informed consent*). Questo principio è motivato nel diritto di autodeterminazione di ogni essere umano e ha assunto importanza, in particolare, grazie alla Dichiarazione di Helsinki dell’Associazione Medica Mondiale. Visto che i bambini, in quanto soggetti di ricerca fondamentalmente incapaci di fornire il proprio consenso, non sono in grado di soddisfare pienamente il requisito dell’*informed consent*, tutte le disposizioni in materia pretendono un consenso “sostitutivo” (*proxy consent* o *permission*) da parte dei rappresentanti legali, vale a dire da parte dei genitori o di altre persone designate dalla legge. In questo contesto il consenso dev’essere dato, di regola, nell’interesse presumibile e per il bene del bambino. Per adolescenti più maturi (c.d. grandi minori) che, pur essendo in grado di valutare uno studio e la propria situazione, a norma di legge sono considerati minorenni, oltre al consenso (*consent*) delle persone autorizzate in alcune disposizioni è richiesto anche il permesso (*assent*) dei minorenni in questione.

³⁸ Tale ricostruzione sembra rispondente alla lettera del testo dell’art. 32 Reg. UE n. 536/2014, che parla di “rispetto” da parte dello sperimentatore del desiderio esplicito del minore capace di discernimento di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsi in qualsiasi momento. La disposizione attribuisce al bambino tale diritto, ma non gli riconosce la possibilità di sottoporsi ad una terapia innovativa senza il consenso dei genitori: in tal senso, F. FORNI, *op. cit.*, 233.

³⁹ In altri termini, nel caso di un progetto di ricerca senza beneficio diretto, i cui rischi e inconvenienti superino il minimo, per la partecipazione ad una sperimentazione è necessario il consenso dei genitori o del

cisiva»⁴⁰. Una piena conoscenza delle modalità e dei rischi relativi alla sperimentazione “non terapeutica” sembra poter condurre soltanto i genitori (o il legale rappresentante) all’adozione di una scelta consapevolmente rispondente e il più vicino possibile al “miglior interesse del minore”⁴¹, preminente su ogni altro ma non necessariamente coincidente con ciò che “desidera” il minore: è proprio l’«inossidabile costrutto del migliore interesse del minore» a sostenere e giustificare anche e soprattutto decisioni *lato sensu* protettive, ancorché implicino di fatto una «sovrapposizione» o «sostituzione» della volontà dei genitori [o del legale rappresentante] al «desiderio esplicito» del minore⁴².

Va qui sottolineato con forza il *discrimen* tra sperimentazione “non terapeutica” e “terapeutica”: la prima potrebbe anche pregiudicare il futuro del minore in quanto potenzialmente idonea a comportare rischi di un qualche rilievo (anche se non minimo) non compensati da alcun beneficio diretto per il minore; mentre la seconda si fonda su un miglioramento o vantaggio (beneficio diretto) per il minore superiore ai rischi e agli oneri associati. Ne consegue che, nel primo caso, diversamente dal secondo⁴³, anche là dove il minore sia capace di discernimento, la decisione potrà essere soltanto *indirizzata* dall’opinione espressa dal minore medesimo, ma dovrebbe comunque spettare ai genitori (o al legale rappresentante), chiamati a salvaguardare il bene fisico (prima che morale) del (figlio) minore, a causa del pericolo di conseguenze negative (sia pur minime) insito nella sottoposizione ad una sperimentazione “non terapeutica” e non bilanciato da alcun beneficio diretto per il minore stesso.

D’altro canto, il Regolamento non ha certo optato per una valutazione “soggettiva” della natura *minimal* dei rischi e degli oneri, perché ciò avrebbe comportato una sostanziale “relativizzazione” o “variabilità” del contenuto e della misura della “minimalità” caso per caso, in funzione del grado personale e soggettivo di accettazione o sopportazione, senz’altro rilevante ma in una fase diversa: quella

rappresentante legale. Questo requisito è volto a proteggere il bambino, il quale non è ancora in grado di riconoscere e far valere da solo e in misura sufficiente il proprio bene e i propri interessi. Una tale misura di protezione dovrebbe tener conto del fatto che il bambino stesso non può dare alcun *informed consent* per partecipare a una ricerca, consenso che porrebbe la realizzazione del progetto di ricerca su una base etica – in quanto rimanda al principio dell’autonomia. Secondo la NEK-CNE, queste riflessioni non dovrebbero avere come conseguenza che il principio di autonomia sia dichiarato irrilevante per la ricerca sui bambini o che questo genere di ricerca sia considerato fondamentalmente illegittimo dal punto di vista etico. Occorrerebbe piuttosto modificare il concetto di autonomia nell’etica pediatrica illustrato sopra: una modifica concettuale consiste nel distinguere nell’etica pediatrica due forme di consenso che possano tenere conto del principio di autonomia – e che dovrebbero anche farlo nella prassi: il consenso “sostitutivo” dei genitori o di altri rappresentanti legali (*proxy consent/permission*) e il permesso che possono dare i bambini capaci di discernimento (*assent/child consent*).

⁴⁰ Così, G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, cit., 137.

⁴¹ Conoscenza che il minore – la cui nozione peraltro comprende tanto il neonato e il bambino, quanto l’adolescente o chi è prossimo a compiere diciotto anni – di norma non ha, per quanto intellettivamente maturo e capace di discernimento. Nella sperimentazione scientifica “non terapeutica”, infatti, non è agevole già per i medici sperimentatori conoscere esattamente, né per i genitori comprendere appieno, la natura e l’entità del pericolo e le possibili conseguenze lesive, men che meno per il minore seppur capace di discernimento.

⁴² Cfr., ancora, G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, cit., 138. Ciò, in quanto il principio del miglior interesse del minore non corrisponde a ciò che il minore “vuole”, ma a ciò che è “meglio” per il bene del minore, a seguito di un giudizio di bilanciamento o di prevalenza operato di volta in volta tra autonomia e autodeterminazione, da un lato, e gestione della sua vita e sostituzione della sua volontà, dall’altro.

⁴³ Sul punto, v. *infra*, § 4.

della accettabilità o meno dei probabili rischi e inconvenienti, manifestata dai genitori o rappresentanti legalmente designati, attraverso il consenso o il dissenso alla partecipazione ad una sperimentazione clinica già giudicata *ex ante* “lecita” dallo sperimentatore, insieme al promotore e al comitato etico⁴⁴, sulla base di una valutazione essenzialmente oggettiva dei rischi e degli oneri, tenendo conto delle conoscenze acquisite in merito ai medicinali sperimentali, delle caratteristiche dell’intervento sperimentale rispetto alla normale pratica clinica e delle necessarie misure di sicurezza⁴⁵. A tali soggetti è cioè riservato il compito di definire in generale e in fase prodromica quali rischi e inconvenienti siano *minimi*, ossia di modesta entità⁴⁶, o per l’incidenza negativa per l’appunto “minima” sul be-

⁴⁴ I comitati etici, in particolare, svolgono un ruolo di garanzia al riguardo, in quanto chiamati ad esprimere pareri tecnici che si traducono, sotto il profilo giuridico, in valutazione dei rischi autorizzati. D’altro canto, non appare sufficiente come garanzia di scientificità né di eticità del protocollo di studio nemmeno l’acquisizione del consenso informato, che conseguentemente non esime il comitato dalla necessità di una valutazione globale del rapporto rischio/beneficio del trattamento sperimentale: cfr., al riguardo, L. EUSEBI, *Comitati etici per la sperimentazione: profili penali*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, 741 ss. Il giudizio richiesto al comitato etico è in particolare volto ad escludere che la sperimentazione clinica, comporti per i soggetti arruolati un rischio non consentito: la legge esige una ponderazione oggettiva del suddetto rapporto fra rischi e benefici, richiedendo il consenso del soggetto arruolabile con riguardo ad un protocollo sperimentale di cui già si siano ritenuti giustificati i rischi rispetto ai benefici previsti. Con precipuo riferimento alla sperimentazione sui minori, ci si è chiesti secondo quale ottica i membri di tali commissioni debbano effettuare le ponderazioni o valutazioni sui progetti. A questo scopo, si discute sul criterio «*in loco parentis*», che esige dalle commissioni una valutazione di rischi e inconvenienti di progetti di ricerca sui bambini dal punto di vista di «genitori scrupolosi e responsabili», chiamati a decidere se il loro bambino può partecipare o meno allo studio in questione.

⁴⁵ Così, art. 6 Reg. UE n. 536/2014.

⁴⁶ Tutto ciò trova espressa conferma anche nel § 2.2 delle Norme di Buona Pratica Clinica (*Guidelines GCP*), alla cui stregua «prima che uno studio abbia inizio, devono essere valutati rischi ed inconvenienti prevedibili rispetto al beneficio atteso sia per il singolo soggetto dello studio che per la società. Uno studio potrà essere iniziato e continuato solamente se i benefici previsti giustificano i rischi». Com’è noto, la Buona Pratica Clinica [*Good Clinical Practice (GCP)*] è uno *standard* internazionale di etica e qualità scientifica per progettare, condurre, registrare e relazionare gli studi clinici che coinvolgano soggetti umani. L’aderenza a questi *standard* di *GCP* garantisce pubblicamente non solo la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti che partecipano allo studio, in conformità con i principi stabiliti dalla Dichiarazione di Helsinki, ma anche l’attendibilità dei dati relativi allo studio clinico. Anche la Convenzione del Consiglio d’Europa del 4 aprile 1997 per la protezione dei diritti dell’uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina), comunemente chiamata “Convenzione sulla biomedicina”, e il Protocollo aggiuntivo del 25 gennaio 2005 sulla ricerca biomedica contengono indicazioni specifiche per la regolamentazione della ricerca sull’essere umano. La Convenzione sancisce a quali condizioni possano essere svolti progetti di ricerca su persone non in grado di consentirvi e in quali casi eccezionali siano ammessi progetti di ricerca i cui risultati non comportino un beneficio diretto per la salute della persona interessata. In linea di principio, la ricerca con questo gruppo di persone è ammessa solo se i risultati attesi comportino un beneficio diretto per la persona interessata, se viene osservato il principio di sussidiarietà come pure se il rappresentante legale ha dato il proprio consenso scritto e l’incapace non rifiuta di prendere parte al progetto. I progetti di ricerca che non comportano alcun beneficio diretto per l’incapace sono consentiti, ai sensi della Convenzione sulla biomedicina, solo se il progetto di ricerca soddisfa il principio dell’utilità collettiva. Ciò significa che mediante il progetto si deve mirare a un notevole ampliamento delle conoscenze mediche sulla specifica situazione del gruppo a cui appartiene la persona che dovrebbe essere coinvolta nella ricerca. Anche secondo la Convenzione sulla biomedicina, in casi del genere, i rischi e gli inconvenienti per i soggetti di ricerca possono essere solo minimi.

nessere del soggetto arruolato, o per la possibilità “minima” di una loro verifica⁴⁷, rispetto al trattamento per così dire *standard* o ordinario: i rischi dovranno cioè essere calcolati sia nella loro entità ed incidenza sul bene salute o vita, sia nella percentuale di probabilità in cui si verifichino⁴⁸. L’accettabilità o tollerabilità di siffatti rischi e inconvenienti attesi dovrà poi essere valutata e manifestata nel singolo caso, per quel soggetto specifico in quella specifica situazione, attraverso il consenso delle persone responsabili del bene dell’incapace, vale a dire i rappresentanti legali o i genitori, nel caso di minori: consenso che non può che riguardare interventi sperimentali in ordine ai quali sia stato già effettuato un controllo scientifico ed etico sul bilanciamento tra rischi da correre e benefici attesi⁴⁹.

Ed è proprio alla luce di tali rilievi che il problema della efficacia e della rilevanza giuridica di un’eventuale partecipazione del minore capace di discernimento alla procedura di acquisizione del consenso informato dei genitori, *ex art. 32, co. 2, Reg. UE n. 536/2014*, sembra allora potersi risolvere ritenendo il diritto all’ascolto del minore inidoneo a trasformare, nell’ipotesi di una sperimentazione “non terapeutica”, la legittimazione dei genitori ad esprimere il consenso in una «potestà [ora responsabilità] co-decisionale»⁵⁰. La volontà dei genitori sembra rimanere, in tale contesto, decisiva al fine di evitare che «non sia il singolo (minore) a pagare il costo del progresso»⁵¹, optando per una soluzione che appaia, in base a tutte le circostanze, la migliore possibile (*best interest of the child*): ciò, in quanto sui benefici della ricerca sperimentale “non terapeutica” riguardanti (non il minore ma) terzi (popolazione rappresentata dal minore interessato), ha il sopravvento la *ratio* di protezione di chi non ha la piena capacità di agire, anche da se stesso⁵². Da un punto di vista sistematico, questa ricostruzione e la *ratio* ad essa sottesa non è estranea al nostro ordinamento, ma ricorre, ad esempio, nella disciplina sul trapianto terapeutico tra viventi, che ammette soltanto i maggiorenni a donare un

⁴⁷ Sull’argomento, v. E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, cit., 672.

⁴⁸ A tale stregua, potranno così ritenersi minimi quei rischi che, sebbene gravi, siano comunque imprevedibili, anomali, al limite del fortuito: così, a proposito dell’obbligo di informazione e dell’*id quod plerumque accidit*, Cass. n. 10414/2016, in www.altalex.it. L’*Alzheimer’s Disease Association* così si esprime a proposito del “rischio minimo”: se il rischio è inferiore al “minimo”, i soggetti possono essere reclutati anche in assenza di beneficio diretto; se il rischio è superiore al “minimo” e se ci si aspetta un potenziale beneficio, i soggetti possono essere reclutati anche se in condizioni tali per cui non possono esprimere il consenso, purché vi sia il consenso di un rappresentante legale, basato sul migliore interesse del paziente o su dichiarazioni anticipate precedentemente espresse; se il rischio è superiore al “minimo” e se non sono attesi benefici diretti, possono essere reclutati soltanto soggetti capaci di dare personalmente il consenso o se vi sono dichiarazioni anticipate. In entrambi i casi vi deve essere anche il consenso di un rappresentante legale.

⁴⁹ Ed invero, «l’acquisizione del consenso informato non è una garanzia sufficiente né di scientificità, né di eticità del protocollo di studio e, pertanto, non esime il comitato dalla necessità di una valutazione globale del rapporto rischio/beneficio del trattamento sperimentale»: così, art. 5, co. 3, d.m. Salute 12 maggio 2006.

⁵⁰ L’espressione, sia pur in un contesto diverso e relativo al giudice tutelare, è mutuata da S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Roma, 2011, 105. La dimensione partecipativa del minore all’interno della decisione presa dai genitori (o dal legale rappresentante) è assicurata dal fatto che la scelta di questi ultimi deve essere effettuata tenendo conto dell’opinione o del desiderio esplicito del figlio minore: così, P. D’ADDINO SERRAVALLE, *op. cit.*, 179.

⁵¹ Così, P. D’ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., 256.

⁵² Cfr. la L. 26.6.1967, n. 458 (Trapianto del rene tra persone viventi), la L. 16.12.1999, n. 483 (Norme per consentire il trapianto parziale di fegato) e la L. 6.3.2001, n. 52 (Riconoscimento del Registro nazionale italiano dei donatori di midollo osseo).

rene, un lobo di fegato o il midollo osseo; la volontà del minore non è considerata rilevante neanche in altre ipotesi particolari come quella della donazione di sangue, la cui normativa prevede, infatti, che il consenso al prelievo sia prestato soltanto da chi esercita la responsabilità genitoriale, dal tutore o dal giudice tutelare (art. 3, co. 2, L. n. 219/2005). In queste ipotesi, come in quella della sperimentazione clinica “non terapeutica”, appare fondato evincere una predilezione normativa per il paradigma di una “potestà” decisionale, su cosa sia “meglio” per il minore, affidata ai genitori (o al legale rappresentante) ed esercitata nell’interesse del minore stesso⁵³. Tale predilezione sembra ispirata proprio al principio del miglior interesse per il minore e giustificata, quindi, dall’esigenza di risolvere il conflitto tra istanze di autonomia e di protezione⁵⁴, tra diritto all’autodeterminazione del minore e obbligo giuridico dei genitori (o del legale rappresentante) di proteggerlo da determinati eventi pregiudizievole (sperimentazione clinica “non terapeutica”, donazione di organi o di sangue)⁵⁵: conflitto risolvibile dunque, (anche) in caso di sperimentazione “non terapeutica”, a favore del secondo. Si tratterebbe cioè di una determinazione adottata non “al posto del” né “insieme al”, bensì “per” il minore⁵⁶ e legittimata dalla considerazione che «gli interventi volti a vantaggio della salute dei ter-

⁵³ L. BIGLIAZZI GERI, voce «*Interesse legittimo: diritto privato*», in *Digesto*, IX, Milano, 1999, 554, parla al riguardo di «interesse legittimo (di diritto privato) dell’incapace».

⁵⁴ Il principio o «la clausola del miglior interesse del minore comprende [...] sia istanze di autonomia sia istanze di protezione» (così G.C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, cit., 139): quanto più si estendono e prevalgono le seconde, tanto più si ridimensionano e si riducono le prime.

⁵⁵ Soprattutto nel settore pediatrico, «emerge con forza la necessità di 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». Secondo l’A., il minore deve essere dunque anzitutto 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; deve essere altresì valorizzata la sua autonomia e la sua capacità decisionale, allorché vi sia la possibilità che il minore dia un contributo all’assunzione della migliore decisione possibile, tenuto conto delle condizioni esistenti, dell’età e del grado di maturazione: la volontà del minore deve cioè essere tenuta in ragionevole considerazione sia dalla famiglia, sia dai servizi sociali e dall’autorità giudiziaria, nel caso questi ultimi siano intervenuti. Così, C. DI COSTANZO, *op. cit.*, 302.

⁵⁶ *Contra*, K. SEELMANN, *Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen*, in DONATSCH-A./FORSTER-M./SCHWARZENEGGER, Zürich, 2002, 576. 2002, secondo le cui riflessioni, un consenso sostitutivo non è sufficiente per legittimare la ricerca sperimentale, in quanto le decisioni del rappresentante legale del bambino devono derivare principalmente dal «bene del bambino» e dagli «interessi del bambino» e la ricerca senza alcun beneficio individuale possibile non serve però al «bene del bambino». In Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Danno e resp.*, 2008, 421 (con note di BONACCORSI-GUERRA), con riguardo alla vicenda relativa ad una persona in stato vegetativo permanente (SVP), si afferma che il rappresentante, «nella ricerca del *best interest*, deve decidere non “al posto” dell’incapace, né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace». In proposito, in dottrina, v. G. GENNARI, *La protezione della autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato all’atto medico*, in *Famiglia*, 2006, I, 748 ss. Secondo la NEK-CNE (Parere n. 16/2009, cit. *supra*), il diritto di veto che i bambini possono porre contro la partecipazione in caso di studi senza alcun beneficio individuale possibile dovrebbe essere subordinato a condizioni meno severe rispetto al caso di studi con beneficio individuale possibile. Per G. LA FORGIA, *op. cit.*, 409, il rappresentante non dovrebbe mai agire semplicemente al posto del minore, ma nell’interesse di questo: quindi, sebbene non si possa escludere totalmente la rappresentanza dei genitori (o del legale rappresentante) in quanto verrebbe meno la potestà stessa nel suo più moderno significato di potere-dovere, la si deve controllare affinché essa venga effettivamente esercitata non “al posto del” ma “per il” minore.

zi»⁵⁷, qual è la sperimentazione “non terapeutica”, esigono una protezione in termini più rigorosi da parte di chi si occupa del minore e che più di ogni altro – si pensi, appunto, al genitore – dovrebbe sapere o almeno “sentire” quale sia la decisione più “giusta”: il riconoscimento normativo, peraltro faticosamente raggiunto, dell’«audizione»⁵⁸ del minore – come strumento di realizzazione del suo interesse ad esprimere liberamente la propria opinione in merito (anche) ad una sperimentazione “non terapeutica” – cede quindi il passo ad un consenso “sostitutivo” o “decisivo” dei genitori quando si tratta di uno studio (per l’appunto “non terapeutico”) dalla cui realizzazione ci si devono aspettare rischi e inconvenienti sia pur anche non superiori a quelli minimi⁵⁹ e non è tangibile un beneficio indi-

⁵⁷ Così, ancora, P. D’ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., 183.

⁵⁸ A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da CICU-MESSINEO-MENCONI), Milano, 2013, 712. A livello internazionale, già la Dichiarazione di Helsinki stabilisce (art. 28) che per un potenziale soggetto partecipante alla ricerca incapace di esprimere il consenso informato, il medico dovrebbe richiedere il consenso ad un rappresentante legale autorizzato. Questa categoria di soggetti non dovrebbe essere inclusa in uno studio sperimentale che non abbia, con massima probabilità, benefici per i pazienti stessi, a meno che lo studio sia stato pianificato con lo scopo di promuovere la salute dei gruppi rappresentati da tali soggetti e la ricerca non possa invece essere compiuta con persone capaci di dare il proprio consenso e comporta solo rischi minimi e con minimo onere; e, ex art. 29, quando un soggetto potenzialmente coinvolto nella ricerca che è ritenuto incapace di dare il consenso informato è in grado di esprimere il suo assenso per le decisioni circa la partecipazione allo studio, il medico deve cercare di ottenere l’assenso del paziente oltre quello del rappresentante legale. I soggetti che dissentono alla partecipazione di uno studio dovrebbero essere rispettati.

⁵⁹ Tra le principali novità apportate dal Regolamento rispetto al d. lgs. n. 211/2003 vi è proprio il rafforzamento della “protezione” dei soggetti “deboli”, in particolare là dove esso, in ossequio ai principi espressi a livello internazionale e diversamente dal d. lgs. n. 211/2003, consente la sperimentazione c.d. “non terapeutica” solo se il rischio sia minimo per il minore o per il soggetto comunque incapace direttamente coinvolto nella ricerca. Mentre gli artt. 4 e 5 d. lgs. n. 211/2003 si limitano a richiedere che le sperimentazioni cliniche sui minori e su adulti incapaci siano concepite in modo da ridurre al minimo i rischi prevedibili, in relazione alla malattia e allo stadio di sviluppo del soggetto, a prescindere dal tipo di sperimentazione, il Regolamento ammette invece la sperimentazione “non terapeutica” soltanto se potenzialmente idonea a comportare un rischio ed un onere minimi per il soggetto legalmente incapace sottoposto a sperimentazione clinica. Altrettanto dicasi per la sperimentazione clinica su donne in gravidanza o allattamento, peraltro non disciplinata nel d. lgs. n. 211/2003 e per la quale, invece, l’art. 33 del Reg. UE n.536/2014 prevede proprio la potenziale sussistenza di un rischio e un onere minimi per la donna in gravidanza o allattamento, per l’embrione, il feto o il neonato, tra le condizioni di liceità di una sperimentazione “non terapeutica” su tali soggetti. È discusso che cosa nella prassi sia considerato «minimo», vale a dire un pregiudizio a breve termine e non grave dello stato di salute. Per determinare i rischi e gli inconvenienti, cui va incontro il soggetto della ricerca partecipando allo studio, si è proposto, innanzitutto, di distinguere tre dimensioni: la probabilità che un soggetto di studio possa subire un danno, il grado di gravità del danno e l’accettabilità del danno. Questa distinzione concettuale non è tuttavia sufficiente per definire esaustivamente che cosa siano i rischi e gli inconvenienti minimi. Anche altre differenziazioni di «*minimal risk*», «*minor increase over minimal risk*», «*more than minor increase over minimal risk*», prese in considerazione per legittimare la ricerca sulle persone incapaci di discernimento, non risolvono il problema di fondo di come possa essere definito un valore soglia o un ambito di «minimalità», bensì lo aggravano ulteriormente. Si è passati allora a confrontare rischi e inconvenienti della ricerca con i pericoli quotidiani: questa misura di confronto non solo può risultare imprecisa, in quanto la determinazione dei pericoli «quotidiani» dipende fortemente dalle condizioni di vita specifiche del soggetto di ricerca; ma essa ignorerebbe altresì una differenza decisiva fra il pericolo nella quotidianità e quello nella ricerca: l’esposizione involontaria a molti rischi e inconvenienti quotidiani, indipendentemente dalla loro portata (esempio: circolazione stradale), non implica *sic et simpliciter* il riconoscimento di tali rischi come legittimi e, d’altro canto, è possibile evitare *volontariamente* i pericoli nell’ambito di uno studio non prendendovi parte: sul punto, cfr. Parere n. 16/2009 della Commissione Nazionale Svizzera d’etica per la medicina (NEK-CNE), *La ricerca sui*

viduale per il minore coinvolto⁶⁰. «I diritti della personalità del bambino vengono così limitati malgrado la capacità di discernimento che gli viene riconosciuta»⁶¹: ciò, in quanto i genitori [o i legali rappresentanti], titolari di una posizione di garanzia e di protezione nei confronti dei figli [minori] hanno l'obbligo giuridico di evitare situazioni per loro pericolose, come quella possibilmente derivante dalla partecipazione ad una sperimentazione "non terapeutica".

Più che il diritto all'autodeterminazione individuale del minore, in tale ambito sembra piuttosto in gioco il potere-dovere dei genitori (o del legale rappresentante) di schivare scelte pregiudizievoli per il figlio minore, impedendogli di partecipare o sottoporsi a trattamenti sperimentali rischiosi e non migliorativi della sua condizione.

D'altro canto, se è vero che la sfida principale consiste, ancora oggi, nel ricercare le condizioni atte a giustificare eticamente il coinvolgimento di un bambino in una cosiddetta ricerca «senza beneficio diretto», è altrettanto vero che la soluzione al problema non possa essere certo rappresentata dal mero riconoscimento normativo della rilevanza giuridica dei "desideri" espressi dal minore capace di discernimento. In questo caso, il giudizio di bilanciamento tra diritto all'autodeterminazione del minore (sacrificato da un consenso "decisivo" del genitore) e diritto alla salute del medesimo (potenzialmente leso dalla sottoposizione ad una sperimentazione "non terapeutica") non dovrebbe dunque che condurre alla prevalenza del secondo⁶², in quanto «valore principale all'interno dello stesso sistema

bambini, Berna, 2009. Qualsiasi paragone con i «rischi quotidiani» risulta quindi improprio: appare preferibile parlare di "accettabilità" del rischio o dell'inconveniente. In questo modo, se un rischio o un inconveniente deve essere «accettabile», la questione etica si pone per ogni singolo caso: il rischio, ossia l'inconveniente concreto per il bambino specifico nella specifica situazione risulta accettabile? Non si tratta cioè di una valutazione secondo uno *standard* generale, ma occorre porsi la domanda se questo rischio o questo inconveniente possa essere sostenibile per il bambino in questione. Non esiste un grado di rischio o d'inconveniente generalmente definibile che può essere ritenuto accettabile. La determinazione dell'accettabilità deve avvenire nel singolo caso da parte delle persone responsabili del bene del bambino, vale a dire i suoi genitori o altri rappresentanti legali, richiedendo giudizio e molta intuizione. Sul concetto di *minimal risk*, cfr. in particolare, nella letteratura angloamericana, K. CRANLEY GLASS-M. SPEYER OFENBERG, *Incompetent Persons as Research Subjects and Ethics of Minimal Risks*, in *Cambridge Quarterly of Health care Ethics*, 1996, vol. 5, 362 s.; R. McCORMICK, *Sharing in sociality*, *Hastings Center Report*, 1970, e ID., *Proxy consent in the experimental situation*, *Perspectives in Biology and Medicine*, 1974, 18 ss.; P. RAMSEY, *The Patient as Person*, New Haven Yale University, 1970; G. DWORKIN, *Legality of consent to nontherapeutic medical research on infants and young children*, in *Archives of Disease in Childhood*, 1978, 53 ss.; W.J. GAYLIN – R. MACKLIN, *Who Speaks for the Child?*, New York, 1982; R.B. REDMON, *How children can be respected as "ends" yet still be used as subjects in non-therapeutic research*, in *Journal of Medical Ethics*, 1986, 77 ss.; A.R. HOLDER, *Constraints on experimentation: protecting children to death*, in *Yale Law & Policy Review*, 1988, 137 ss.; B. FREEDMAN – A. WEIJER FUKS, *In loco parentis: minimal risk as an ethical threshold for research upon children*, in *Hastings Center Report*, 1993, 13; S. GIDDING-D. MANAGAN *et al.*, *A policy regarding research in healthy children*, in *Journal of Pediatrics*, 1993, 852 ss.

⁶⁰ In caso di ricerca «senza beneficio diretto», rischi e inconvenienti non possono essere illimitatamente elevati, bensì tutt'al più «minimi».

⁶¹ Così, ancora, Parere n. 16/2009, cit. *supra*.

⁶² *Contra*, P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., 181, secondo la quale, mancando una disciplina specifica nei trattamenti non finalizzati alla salute del minore, quale la sperimentazione "non terapeutica", ove non si pone alcun problema di conflitto tra diritto del minore e potestà dei genitori dal momento che si esorbita dalla cura del minore e la sostituzione non troverebbe giustificazione nella esigenza di tutela di un interesse dell'incapace, ma andrebbe a realizzare, a scapito di quest'interesse, l'interesse di terzi. Tuttavia, l'ammissibilità normativa della conduzione di una sperimentazione "non

costituzionale, non derivato ma originario e fondante»⁶³: ciò, in ossequio non al dogma, ormai superato da tempo, della considerazione dei figli minori come una proprietà o «semplici oggetti di tutela», bensì al principio della loro qualificazione come individui particolarmente degni di protezione e tenendo conto del ruolo dei genitori (o del legale rappresentante), alla ricerca di un difficile ma costante equilibrio tra potestà e funzione di garanzia⁶⁴.

Ragionando diversamente, e cioè attribuendo all'opposto valore decisivo e vincolante alla volontà del minore si giungerebbe alla irragionevole conclusione di sottoporre il minore medesimo ad una sperimentazione clinica "non terapeutica" sol perché egli stesso abbia manifestato il desiderio esplicito di aderirvi, nonostante il dissenso legittimo dei genitori (o del legale rappresentante)⁶⁵. Per converso,

terapeutica" (art. 32 Reg. UE n. 536/2014), subordinata al consenso informato del rappresentante legalmente designato del minore, mette inevitabilmente in discussione siffatte riflessioni formulate *ante litteram* e pone, invece, ancor più della sperimentazione "terapeutica", una maggiore esigenza di protezione del minore e di bilanciamento tra diritto all'autodeterminazione di quest'ultimo e potere-dovere dei genitori di proteggerlo da eventi pregiudizievoli.

⁶³ Così, a proposito del conflitto tra libertà religiosa dei genitori e diritto alla salute e alla vita dei figli minori, G. FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, nota a Corte Assise, 10/3/1982, in *Foro it.*, 1983, II, 29. Né contro la prevalenza della volontà dei genitori appare utile addurre la "fallibilità dell'amore genitoriale" e cioè il fatto che talvolta questi sbagliano, o i loro interessi non coincidano con quelli della prole o che arrivino a compiere veri e propri abusi psico-fisici sui figli (per tali adduzioni, cfr. G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, cit., 411): trattasi di ipotesi patologiche che non possono essere considerate come parametro di riferimento ai fini di un corretto bilanciamento tra diritto all'autodeterminazione del minore e obbligo giuridico di protezione dello stesso gravante sui genitori.

⁶⁴ Sulla prevalenza della potestà genitoriale, v. V. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 151; *contra*, R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, 167; T. MONTECCHIARI, *La potestà dei genitori*, Milano, 2006.

⁶⁵ Risulta davvero problematico, dal punto di vista etico oltreché giuridico, il caso in cui bambini capaci di discernimento accettino di prendere parte a una ricerca, ma i genitori rifiutino tale partecipazione: mentre alcuni sostengono di seguire la volontà del minore, l'avamprogetto della LRUm (Legge sulla ricerca umana) resta fedele alla condizione del consenso dei genitori o del consenso "sostitutivo" quando si tratta di uno studio dalla cui realizzazione ci si devono aspettare rischi e inconvenienti che superano quelli minimi. In quest'ultimo caso, i diritti della personalità del bambino vengono limitati malgrado la capacità di discernimento che gli viene riconosciuta. Questa limitazione risulta motivata alla luce della vulnerabilità riscontrata ancora in adolescenti già capaci di discernimento: un adolescente potrebbe, ad esempio, partecipare a studi per interessi economici, ma alla lunga compromettere il proprio benessere affrontando maggiori rischi e inconvenienti. Dato che i genitori o altri rappresentanti legali hanno il compito di proteggere l'adolescente contro eventuali pregiudizi al suo benessere, la condizione del consenso "sostitutivo" rappresenta in tal caso il miglior criterio di protezione per il soggetto minore della ricerca. Sulla piena "funzione sostitutiva" dei genitori in età pre-adolescenziale, v. M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, 273. In tal senso, a livello internazionale, rileva la *Guideline n. 17 dell'International Ethical Guidelines for Health-related Research Involving Humans Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS)* in collaborazione con la *World Health Organization (WHO)* che, proprio con riferimento ai minori («*Research involving children and adolescents*»), raccomanda agli sperimentatori, ricercatori e comitati etici di assicurarsi che un genitore o un rappresentante legalmente autorizzato del bambino o dell'adolescente abbia dato l'autorizzazione e che l'*assent* del bambino o dell'adolescente sia stato ottenuto in conformità alla capacità del bambino o dell'adolescente di comprendere anche un'adeguata informazione sulla ricerca: là dove per "*assent*" si intende «*a variation on consent where a person who does not possess full competence to give informed consent gives affirmative agreement to participate in research*. L'*assent*, in ogni caso, non elimina la necessità di ottenere l'autorizzazione (*permission*) del genitore o di altro rappresentante legalmente autorizzato. Analogamente, la

però, non appare legittimo neppure “costringere” un minore capace di discernimento nell’ipotesi (sia pur remota) in cui questi “rifiuti” di iniziare o di proseguire una sperimentazione “non terapeutica” sol perché i suoi genitori (o il legale rappresentante) vi acconsentano⁶⁶.

Orbene, l’incertezza e la non prevedibilità dell’entità delle conseguenze legate ad una sperimentazione “non terapeutica”, l’assenza di un beneficio diretto per il minore “probando” e il dovere dei genitori di tutelare sempre il minore da atti che possano rivelarsi pregiudizievoli per la sua persona, inducono a concludere per un’«autodeterminazione in senso debole»⁶⁷ del minore, «ovverossia non

Guideline n. 16 del medesimo documento, poi, relativa alla «research involving adults incapable of giving informed consent» prevede che gli adulti che non sono in grado di dare il consenso informato possono essere inclusi in una sperimentazione, ma meritano una speciale considerazione da parte dei ricercatori e dei comitati etici della ricerca, proprio in quanto potrebbero non essere in grado di proteggere i propri interessi a causa della loro mancanza di capacità fornire il consenso informato: tutele specifiche a tutela dei diritti e del benessere di queste persone in ricerca sono quindi necessarie. Prima di intraprendere ricerche con adulti che non sono in grado di dare il consenso informato, il ricercatore e il comitato etico della ricerca devono garantire che: un rappresentante legalmente autorizzato della persona che non è in grado di fornire informazioni il consenso ha dato il permesso e questo permesso tiene conto delle preferenze e dei valori precedentemente manifestati. In generale, il rifiuto di partecipare alla ricerca deve essere rispettato, a meno che, in circostanze eccezionali, la partecipazione alla ricerca sia considerata la migliore soluzione.

⁶⁶ Peraltro, in entrambi i casi, il coinvolgimento dell’Autorità giudiziaria, sempreché si ritenga esperibile, dovrebbe comunque limitarsi ai (soli) casi in cui la scelta operata dai genitori appaia deviata da considerazioni estranee alla salute del bambino (come, ad esempio, la promessa di un incentivo o beneficio finanziario in cambio della sottoposizione a sperimentazione clinica), o sia frutto di negligenza rispetto ai doveri di protezione inerenti alla responsabilità genitoriale.

Ed invero, il principio ricavabile dalla normativa in materia e, in particolare, dall’art. 37 del codice di deontologia medica, è quello dell’intervento dell’Autorità giudiziaria in caso di opposizione da parte del rappresentante legale ad un trattamento “necessario” a favore di minori o di incapaci, e non può certo qualificarsi tale una sperimentazione “non terapeutica”; oppure, ex art. 333 c.c., allorché la condotta (in questa ipotesi, la scelta in merito alla sperimentazione) appaia pregiudizievole per il figlio minore. Ma, ogniqualvolta la decisione dei genitori (o del legale rappresentante) sia invece espressione di un atteggiamento profondamente rispettoso del miglior interesse del minore, «la piena potestà decisionale deve» rimanere «ai depositari naturali del potere di dare il consenso», nella specie, alla sperimentazione “non terapeutica”: così, App. Ancona, 26 marzo 1999, in *Fam. e dir.*, 1999,470 (con commento di LENA). Lo dimostrano quei casi giurisprudenziali nei quali l’Autorità giudiziaria, intervenuta per verificare la legittimità della scelta dei genitori in merito a trattamenti sanitari – “sperimentali” o “alternativi” rispetto a quelli “tradizionali” – sui figli minori, ha concluso ritenendo non sussistenti i requisiti per un intervento giudiziario coattivo e ha “rimesso” la piena potestà decisionale ai genitori, quali depositari naturali del potere di dare il consenso, nella specie, ad un intervento terapeutico. Ci si intende in particolare riferire a Trib. Min. Venezia, 2 giugno 1998, in *Dir. fam.*, 1999, 689; App. Ancona sez. min., 26 marzo 1999, in *Famiglia e diritto*, 1999, 467; Trib. Brescia, 22 maggio 1999, in *NGCC*, 2000, I, 204 (con commento di GRIFASI, *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*). Sull’argomento, per un *excursus* giurisprudenziale, cfr. S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, cit., 478 ss.

⁶⁷ Così definita, anche se qui utilizzata in un senso parzialmente diverso, da G. C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, cit., 133 s., perché si tratterebbe di un’autodeterminazione circoscritta al più “debole” potere di veto e non estesa al “forte” potere di dare il consenso, espressione cioè di un diritto di resistenza più che di un diritto di scelta, che richiederebbe pertanto un livello di capacità inferiore a quello richiesto per la manifestazione del consenso informato; nello stesso senso, S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, in LENTI-PALERMO FABRIS-ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. I diritti in medicina* (diretto da S. RODOTÀ-P. ZATTI), Milano, 2011, 478; A. ALFONZO, *La sperimentazione “con” il minore*, cit., 269. F. MASSIMINO, *I contratti di sperimentazione clinica*, cit., 190 s., riconduce l’accettazione della sperimentazione alla



vincolante» né risolutiva, ma «orientativ(a)»⁶⁸ e tutt'al più "persuasiva", in vista di una "decisione" (consenso/dissenso) espressa al riguardo dai genitori (o dal legale rappresentante): l'incapacità (legale) di agire del minore risulta quindi ostativa del riconoscimento di una sua piena autonomia, tale da scavalcare nell'ipotesi in esame la decisione di coloro che sul minore esercitano la "potestà"⁶⁹. Alla base di tale decisione, nello specifico, c'è una ponderazione dei rischi e dei disagi fondatamente scaturenti dalla partecipazione ad un *trial* sperimentale scientifico "non terapeutico", ma non la possibilità di una (migliore) cura e quindi di un vantaggio per il minore: ponderazione rispecchiante il più possibile l'opinione del minore capace di discernimento⁷⁰, ma pur sempre rimessa ai suoi «protettori naturali»⁷¹. Se è vero che la maturità psico-fisica raggiunta dal minore ha come conseguenza una sua partecipazione più attiva alla propria "cura", è altrettanto vero che ciò non si traduce nel riconoscimento *sic et simpliciter* di un'autonomia di valutazione prevalente rispetto alla etero-valutazione spettante ai genitori (o al legale rappresentante), bensì in una maggiore considerazione delle sue opinioni: sicché, nel contesto qui considerato di una sperimentazione "non terapeutica", la "volontà" del minore rende, per così dire, "discrezionalmente vincolato" il consenso dei genitori (o del legale rappresentante)⁷², ai quali comunque spetterà assumere la decisione sulla base della concreta valutazione delle caratteristiche e dell'entità dei rischi connessi alla partecipazione a quella specifica sperimentazione clinica "non terapeutica".

Ed è in quest'ottica che sembra doversi interpretare il dettato normativo, anche là dove prevede che lo sperimentatore "sia tenuto al rispetto" dei *desiderata* esplicitati dal minore in merito al rifiuto di

sfera contrattuale e qualifica la facoltà di ritirarsi dallo studio, in qualunque momento, come diritto di recesso *ad nutum*, nella specie esercitato dal minore: ma, a parte la configurabilità di un diritto di recesso, ciò che non convince è la stessa sussunzione della relazione di cura sperimentale nella sfera contrattuale.

⁶⁸ Così, art. 6, co. 2, Conv. Oviedo, alla cui stregua l'opinione del minore deve essere tenuta in considerazione quale elemento orientativo in vista di qualsiasi decisione.

⁶⁹ In tal senso, G. BUFFONE, *Autodeterminazione terapeutica del minore*, cit., 44. In dottrina (A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2008, 351; L. NANNIPIERI, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra potestà e autodeterminazione*, in *Minorigiustizia*, 2009, 2, 169; G. MASTRANGELO, *Il consenso ai trattamenti sanitari su paziente minorenni: ruolo degli esercenti la potestà genitoriale, garanzia dei diritti del minore e tutela del medico*, cit., 1476), si afferma che non è indispensabile la capacità di agire allorché il compimento di certi atti non comporti lesioni o sacrificio di un interesse, ma ne comporti invece la realizzazione o una situazione comunque favorevole: e di certo la sperimentazione "non terapeutica" non va in questa direzione.

⁷⁰ Del resto, esprimere la propria opinione non equivale a far valere e prevalere la propria volontà, semmai a veicolarla. Tuttavia, è pur vero che rispetto alla malattia, il bambino malato è il testimone più attendibile della propria sofferenza, del proprio dolore, delle proprie paure e del proprio desiderio di vicinanza delle persone care: la corretta riflessione è di G. C. TURRI, *op. cit.*, 142.

⁷¹ L'espressione è di L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., 423 ss. Depone in tal senso il celebre caso Trib. Min. Brescia, 28 dicembre 1998 e App. Brescia, 13 febbraio 1999, in *NGCC*, 2000, 204 ss., là dove la Corte d'Appello respinge il ricorso dei genitori circa il valore discrezionale dell'esercizio della potestà genitoriale e la possibilità di compiere "per" la bambina scelte terapeutiche ritenute più opportune, non perché confuti siffatto potere ma perché la scelta adottata dai genitori costituiva, secondo la Corte, in quel caso specifico, «fonte di potenziale pregiudizio» per la bambina e perciò stesso *ex art. 333 c.c.* «non può essere consentita ai suoi genitori».

⁷² L'espressione, sia pur con precipuo riferimento agli atti della vita quotidiana compiuti dal minore, è mutuata da S. BOSA, *op. cit.*, 157.

partecipare ad una sperimentazione o a ritirarsi dalla medesima⁷³: non si tratterebbe dunque di un obbligo imposto allo sperimentatore di realizzare ed eseguire “meccanicamente” tali desideri espressi dal minore, bypassando la scelta dei genitori (o del legale rappresentante), ma occorrerà verificarne – specie là dove il minore intenda ritirarsi dalla sperimentazione – la ragionevolezza e la fattibilità in relazione alla situazione clinica del minore interessato, attraverso il filtro e l’intervento in ogni caso decisivo dei genitori (o del legale rappresentante) nel connaturale ruolo di protettori e garanti del miglior interesse del figlio minore⁷⁴.

⁷³ La rilevanza giuridica del rifiuto da parte del minore capace di discernimento traspare sia dall’ormai superato) d. lgs. n. 211/2003, che all’art. 4, lett. c, imponeva allo sperimentatore di tenere in considerazione «la volontà esplicita del minore di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento», sia (ora) dal nuovo art. 32, 1, lett. c), Reg. UE n. 536/2014, che subordina la liceità di una sperimentazione clinica su minore al “rispetto” da parte dello sperimentatore del desiderio esplicito del minore, in grado di formarsi un’opinione propria, di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsi in qualsiasi momento dalla medesima.

⁷⁴ Si pensi al caso in cui un minore, capace di discernimento, manifesti il desiderio di ritirarsi dalla sperimentazione clinica “non terapeutica” giunta ad uno stadio tale che il ritiro potrebbe determinare rischi o pregiudizi al minore stesso: trattasi di un’ipotesi contemplata anche dalla *International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use (ICH)*, che ha per l’appunto sottolineato come sebbene il desiderio di ritirarsi da una sperimentazione debba essere rispettato, tuttavia il benessere del minore potrebbe essere compromesso dal fallimento della partecipazione alla sperimentazione medesima: in tali casi, il consenso dei genitori dovrebbe essere sufficiente per continuare la partecipazione alla sperimentazione. Sull’argomento, cfr. L. NEPI, *Ethical Issues Concerning Consent Process in Paediatric Clinical Trials: European Guidelines and Recommendations on Minor’s Assent and Parental Permission*, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 2019, 1, 62. Analogamente, «non va assecondato il desiderio, ma va verificata la scelta consapevole» (così, con riferimento generale alle determinazioni sulla propria vita, S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Roma, 2011, 61): scelta che, dunque, non può che spettare ed essere affidata ai genitori (o al legale rappresentante). Il minore può dunque «esprimere il proprio consenso o rifiuto a partecipare ad una sperimentazione clinica, seppure con il filtro del rappresentante legale che deve tener conto della sua volontà»: così, ancora, S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, cit., 469; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., 286 s. Già A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., 83, sottolineava come un limite al potere di revoca, ossia di ritirarsi dalla sperimentazione, fosse rappresentato per il soggetto incapace proprio dal possibile pregiudizio derivante dall’interruzione di un trattamento sperimentale già intrapreso. Secondo l’A., il soggetto non potrebbe essere costretto a subire il trattamento, ma dovrebbe essergli riconosciuta la libertà di decidere se continuare a sottoporsi alla sperimentazione o meno: l’*impasse* non può tuttavia essere superata obbligando semplicemente lo sperimentatore a fornire un’adeguata informazione sui rischi collegati all’immediata interruzione; va piuttosto riconosciuto ai genitori (o al legale rappresentante) un potere decisionale, che può essere soltanto “indirizzato” ma non “vincolato” dall’opinione del minore capace di discernimento. A livello internazionale, nel 1993, il *Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS)*, organizzazione internazionale non governativa *no-profit* fondata dall’Organizzazione mondiale della sanità (OMS) e dall’Organizzazione delle Nazioni Unite per l’educazione, la scienza e la cultura (UNESCO), ha emanato le proprie Direttive per la ricerca biomedica su esseri umani, rielaborate poi nel 2002. Diversamente dalla Convenzione sulla biomedicina, queste direttive non sembrano avere effetto vincolante dal punto di vista giuridico e, tuttavia, tra esse rileva la n. 14 esplicitamente dedicata alla ricerca sui minorenni e alla cui stregua – specialmente nel caso di bambini più maturi – non sarebbe necessario solo il permesso (*assent*), bensì anche il rispetto di un eventuale rifiuto del minore di partecipare a un progetto di ricerca. Secondo il commento alla direttiva 14, i genitori e il personale medico possono non tener conto del rifiuto espresso dal bambino solo se una cura è ottenibile esclusivamente in un contesto di ricerca, se è realistico aspettarsi che la terapia abbia successo e se non esiste una terapia alternativa accettabile. La prima regolamentazione, a livello internazionale, è notoriamente rappresentata dal

Per scalfire siffatta costruzione, non appare convincente continuare a richiamare a tal riguardo istituti come l'amministrazione di sostegno e negare, in particolare, che «i genitori rappresentino i figli

“Codice di Norimberga”, emanato nel 1949 a seguito della sentenza di condanna dei medici nazisti per i crimini da essi commessi sui prigionieri utilizzati come cavie di esperimenti. Ad esso è succeduta, sempre a causa di “violenze” etiche prima ancora che giuridiche, esercitate attraverso attività sperimentali su soggetti “deboli”, la Dichiarazione di Helsinki del 1964, successivamente e periodicamente aggiornata, che è divenuta il codice deontologico per tutti i ricercatori e medici sperimentatori. Altrettanto degna di rilievo internazionale è ad oggi la c.d. Convenzione di Oviedo del 1996 sui diritti dell'uomo e la biomedicina, il primo Trattato internazionale riguardante la bioetica, che rappresenta una pietra miliare nello sviluppo e nell'orientamento etico-giuridico della regolamentazione (anche) della ricerca scientifica in ambito biomedico, in vista della protezione dei diritti dell'uomo da potenziali minacce sollevate dagli avanzamenti sperimentali biotecnologici. La Convenzione ha sancito i principi fondamentali in materia, riaffermati nel Regolamento UE n. 536/2014 ed essenzialmente consistenti nella “protezione” dei soggetti sottoposti a sperimentazione clinica, nella “beneficialità” e “proporzionalità” o “minimizzazione” dei rischi derivanti dalla medesima. In particolare, limitandoci ai profili strettamente inerenti all'indagine, «per le persone che non hanno la capacità di consentire ad una ricerca», l'art. 17 Conv. di Oviedo prescrive, ai fini della conduzione di una sperimentazione clinica, oltre al consenso informato del rappresentante legale (quale strumento di “protezione”), un beneficio reale e diretto per la salute del soggetto probando (“beneficialità”) oppure, eccezionalmente, un miglioramento significativo della conoscenza scientifica dello stato della persona, della sua malattia o del suo disturbo e l'ottenimento, a termine, di risultati che permettano un beneficio per altre persone della stessa fascia d'età o che soffrano della medesima malattia o disturbo o che presentino le stesse caratteristiche e la ricerca non presenti per la persona che un rischio ed una costrizione minimi (“proporzionalità” o “minimizzazione” dei rischi). Sempre a livello internazionale, il Concilio di Nuffield sulla Bioetica, *Children and clinical research: ethical issues*, 2015, §§ 4.28 e 4.59, relativamente ai minori ma estensibile, in generale, agli incapaci legali rappresenta un recente *report* a cura del centro di ricerca britannico (per l'appunto, il *Nuffield Council di Bioethics*), che ha analizzato il tema della sperimentazione clinica in età pediatrica, con il contributo di un gruppo di lavoro dedicato e oltre 500 diversi interlocutori, fra cui gli stessi bambini, gli adolescenti e i loro familiari, chiamati a discutere su aspetti etici e pratici della ricerca medica condotta sugli *under 18*. Un tema particolarmente sentito in ambito globale, come più volte evidenziato anche dall'AIFA. Secondo tale *report*, una sperimentazione clinica pediatrica disegnata su impostazioni solide, scientificamente ed eticamente valida, dovrebbe essere considerata come parte necessaria di un sistema sanitario: non è tuttavia semplice trovare il giusto equilibrio tra la necessità di non esporre i minori, considerati una popolazione “vulnerabile”, ai rischi di una sperimentazione clinica e allo stesso tempo preservarli da quelli legati ad un uso di terapie su cui non ci sono dati esaustivi provenienti da studi pediatrici. Un grande ruolo è affidato ai ricercatori che disegnano i *trial*, afferma il *report*: a loro e ai medici – e alle agenzie regolatorie, si aggiunge – va il compito di sostenere una ricerca chiara, che individui i risultati attesi in modo trasparente, che infonda fiducia e acquisisca la partecipazione consapevole dei piccoli pazienti e delle loro famiglie. Il rapporto del *Nuffield Council of Bioethics* sottolinea che la ricerca clinica non deve essere fatta “sulla” popolazione pediatrica, ma “con” bambini, adolescenti e familiari in veste di *partner* attivi di iniziative che li vedono pienamente coinvolti: la responsabilità di ricercatori e medici riveste grande importanza, perché spetta a loro adottare una comunicazione aperta e semplice sulle sperimentazioni cliniche proposte e proteggere quanto possibile i soggetti partecipanti, spesso reclutati in condizioni svantaggiate, quando purtroppo un nuovo studio può costituire l'unica strada da seguire. Il Gruppo di Lavoro, autore della relazione, individua a questo proposito tre possibili situazioni che caratterizzano il tipo di adesione che i piccoli pazienti possono dare alla ricerca medica condotta su di loro: bambini molto piccoli che non possono prendere decisioni consapevoli sulla loro salute; bambini che possono esprimere opinioni e desideri ma non in grado di formularli in decisioni indipendenti; adolescenti che hanno già la maturità di elaborare scelte sulla loro partecipazione a studi clinici, ma che non possono farlo in quanto legalmente minori. In questi scenari il ruolo dei genitori è particolarmente significativo: hanno infatti il compito di rispettare i propri figli come individui, riconoscendo loro autonome capacità decisionali e allo stesso tempo proiettando gli effetti di queste scelte sul loro sviluppo futuro come persone adulte. Sull'argomento, cfr. in particolare, L. NEPI, *Ethical Issues Concerning the Informed Consent Process in Paediatric Clinical Trials*, cit., 53 ss.





minori relativamente a scelte mediche», e quindi anche sperimentali, sulla base dell'affermato paradosso cui si giungerebbe e per il quale «il soggetto legalmente incapace ma naturalisticamente capace non potrebbe decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione»⁷⁵. A ben vedere, l'art. 3, L. n. 219/2017⁷⁶, proprio in merito al consenso informato in ambito sanitario, prescrive ormai una disciplina pressoché identica, per il minore e per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno: in entrambi i casi, «il consenso informato è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore» e «dall'amministratore di sostegno, tenendo conto della volontà», rispettivamente, «della persona minore in relazione alla sua età e al suo grado di maturità» e di quella «del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere». Analoghe considerazioni, *mutatis mutandis*, possono valere nella specifica materia della sperimentazione clinica, per la cui conduzione gli artt. 31 e 32 Reg. UE n. 536/2014 richiedono, rispettivamente, per i minori e per i soggetti incapaci in generale (tra i quali, dovrebbe rientrare anche il beneficiario dell'amministrazione di sostegno), il consenso informato del rappresentante legalmente designato e il rispetto da parte dello sperimentatore del desiderio esplicito «del minore» e «del soggetto incapace in grado di formarsi un'opinione propria [...] al fine di rifiutare la partecipazione o ritirarsi dalla sperimentazione».

4. Co-determinazione del minore capace di discernimento nella sperimentazione clinica “terapeutica”

Se il consenso (o il dissenso) dei genitori (o del rappresentante legalmente designato) è da considerarsi “decisivo” in caso di sperimentazione clinica “non terapeutica” su minore, anche là dove questi sia capace di discernimento, esso sembra ridimensionarsi quando investe, invece, la conduzione di una sperimentazione “terapeutica” su minore «in grado di formarsi un'opinione propria»: là dove, come già rilevato⁷⁷, per sperimentazione “terapeutica” deve intendersi quella presumibilmente idonea ad apportare «al minore interessato», sulla base di fondate ragioni scientifiche, «un beneficio diretto superiore ai rischi e agli oneri associati» (art. 32 Reg. UE n. 536/2014). Proprio la «ragionevolezza (potenzialmente) fondata» che il trattamento sperimentale «possa [...] giovare»⁷⁸ al minore sembra restringere quelle esigenze o «istanze di protezione» da parte dei genitori (o del legale rappresentante) ed estendere quelle «di autonomia» del minore, entrambe «(ri)comprese» nel generale principio del miglior interesse del minore e legate da un rapporto di proporzionalità inversa⁷⁹: quanto più si riducono le prime, tanto più si accrescono e prevalgono le seconde e, correlativamente, si ridu-

⁷⁵ Così, Trib. min. Milano, 15 febbraio 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 4, 403, con nota di F. RUSCELLO.

⁷⁶ Per un commento alla legge, v. in particolare A. BARBA- S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, 2019, vol. II, 1447 ss.; G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019; C. CASONATO, *La legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 2018, I, 11 s.

⁷⁷ V. *supra*, § 2.

⁷⁸ L'espressione, sia pur riferita alla sperimentazione in caso di “necessità”, è mutuata da A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., 14.

⁷⁹ Sul punto, v. G. C. TURRI, *op. cit.*, 138 s.

ce il «potere discrezionale dei genitori»⁸⁰. La meritevolezza e l'ampiezza del *munus* genitoriale (o comunque rappresentativo) tende cioè a diminuire là dove il suo esercizio risulti disfunzionale alle ragioni "protettive" che legittimano tale ufficio e il minore abbia acquisito la competenza o raggiunto la necessaria maturità psico-fisica: ciò, anche allorché si tratti di sperimentazione condotta con l'ausilio di un gruppo per così dire di controllo, trattato con un farmaco *standard* o con placebo. Il ricorso a tale modalità di sperimentazione, infatti, non sembra mutare la natura "terapeutica" dello studio, se e nella misura in cui questo sia svolto comunque su pazienti che si presume – data l'incertezza comunque propria di ogni protocollo – che possano trarre beneficio dall'utilizzo della terapia oggetto di sperimentazione⁸¹. Al riguardo, a poco (se non addirittura a nulla) parrebbe rilevare il fatto che alcuni

⁸⁰ Trattasi di affermazioni conformi all'orientamento già espresso da Corte Cost. n. 957/1988, secondo la quale dalla "patria potestà", intesa come diritto soggettivo del *paterfamilias*, si è passati ad una "potestà" preposta alla tutela di un interesse alieno, quello del minore: il potere discrezionale dei genitori va progressivamente riducendosi in rapporto al progressivo accrescersi dell'autonomia e del peso della volontà minorile. In particolare, la potestà (*rectius*, responsabilità) genitoriale si rivela dotata di un elevato carattere di elasticità, presentando il massimo grado di coesione nei primissimi anni di vita del figlio, progressivamente destinata a "scemare" con la crescita della prole, allorché il minore, sin dai dodici anni, ha diritto a confrontarsi con i genitori circa le questioni che lo riguardano, sino al totale dissolvimento al sopraggiungere della maggiore età. L'elasticità dell'istituto, ad ogni modo, non deve misurarsi solamente in una prospettiva verticale, legata allo scorrere del tempo ed alle diverse stagioni di maturità che attraversa il minore, ma anche in una dimensione orizzontale, che valorizzi la concreta individualità e le reali attitudini della prole: così, V. D'ANTONIO, *La potestà dei genitori ed i diritti ed i doveri del figlio dopo l'unificazione dello status filiationis*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 11. In generale, sul rapporto tra responsabilità genitoriale e autodeterminazione dei figli minori, v. in particolare, P. STANZIONE, *Interesse del minore e «statuto» dei suoi diritti*, in *Famiglia e diritto*, 1994, 351 ss. Cfr. anche S. BOCCACCIO, *L'interesse del minore*, I, *La potestà dei genitori*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata.*, 1988, II, 162 ss.; M. DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 301 ss.; F. REALMONTE, *Rapporti fra genitori e figli*, in *Iustitia*, 1974, 87 ss.; P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori: funzione e limiti interni*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, Milano, 2002, 959 ss.; M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, Padova, 1992; P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 447 ss.; N. ZANINI, *La potestà dei genitori*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. La famiglia*, IV, Torino, 2000, 1 ss.; A. BUCCIANTE, voce «Potestà dei genitori», in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 774 ss.; C. COSSU, voce «Potestà dei genitori», in *Digesto/civ.*, XIV, Torino, 1996, 113 ss.

⁸¹ Ciò di norma accade nella fase II e, certamente, nelle fasi III e IV delle sperimentazioni cliniche. Più precisamente, mentre la fase I è meramente conoscitiva e "non terapeutica", comprendendo di norma studi di tollerabilità, biodisponibilità, farmacocinetica e farmacodinamica, su volontari sani o su pazienti portatori della stessa patologia per la quale si porta avanti la ricerca, senza prevedere per gli stessi particolari benefici, le fasi II e III sono altrettanto di norma finalizzate a testare il farmaco o la terapia, inizialmente su un numero limitato (fase II) e successivamente su un numero più ampio (fase III), avvalendosi di un gruppo di controllo destinatario di un placebo o del farmaco non sperimentale. Al riguardo, cfr. E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, cit., 649, in particolare nt.19; cfr. altresì, G. FERRANDO, *La sperimentazione sull'uomo*, in M. BARNI-A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto: prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995, 233; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *La sperimentazione medica*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini* (diretto da G. GIUSTI), Padova, 1998, 546. Nella letteratura internazionale, R. DRESSER, *The ubiquity and utility of the therapeutic misconception*, in *Law and Ethics Medicine*, 2002, 274, nt. 11, sottolinea come «the U.S. Food and Drug Administration divides human studies of potential new drugs into different classifications. Phase I studies are the first human exposure to a new agent and are designed to ascertain "the metabolism and pharmacologic actions of the drugs in humans, the side effects associated with increasing doses, and, if possible, early evidence on effectiveness". Phase II studies continue to assess an investigational agent's safety, but focus

di tali soggetti partecipino alla sperimentazione come individui c.d. di controllo – in quanto destinatari peraltro inconsapevoli⁸² di agenti inattivi – e «confondano erroneamente “terapia” (*therapy*) con “ricerca” (*research*)⁸³, ritenendo (altrettanto) erroneamente che esse siano dirette verso un unico obiettivo: promuovere il miglior interesse del singolo paziente» (c.d. *therapeutic misconception*)⁸⁴. Più precisamente, i partecipanti ad uno studio sperimentale e rientranti nel gruppo c.d. di controllo ricevono sostanze (placebo) prive di alcun effetto diretto sulle loro condizioni e, se si tratta di una sperimentazione c.d. “in doppio cieco”, né i partecipanti né i medici sperimentatori sono a conoscenza dell’agente inattivo che un dato partecipante sta ricevendo: il che induce legittimamente ad escludere la qualificazione della sperimentazione medesima come “non terapeutica” là dove l’obiettivo ufficiale e complessivo del protocollo sperimentale sia l’ottenimento di un beneficio diretto per i probandi, a prescindere dalla *therapeutic misconception* e dalla considerazione che, per raggiungere tale obiettivo (beneficio diretto), ad alcuni di essi debba essere somministrato un placebo, specie se ciò avviene all’insaputa degli stessi partecipanti e sperimentatori (“doppio cieco”)⁸⁵.

explicitly on its effectiveness as well. If the data continue to show promise, Phase III studies involving from several hundred to several thousand participants are conducted to determine whether the drug has an acceptable enough risk-to-expected-benefit ratio to be approved for marketing. Phase III studies are usually controlled trials in which some participants are randomly assigned to receive a standard therapy or placebo rather than the experimental agent».

⁸² «Study participants assigned to placebo control groups receive substances believed to have no direct effect on the individual’s condition. If a trial is “double-blinded” neither participants nor physician-investigators are aware of the agent that a given participant is receiving»: così, R. DRESSER, *The ubiquity and utility of the therapeutic misconception*, cit., 272 s.

⁸³ Laddove «research differs from medical care in numerous respects. Providing the best care to individual patients is not the primary goal of research. Although some research participants may receive a health benefit, research is designed to generate data that could lead to improved care for future patients»: così, ancora, R. DRESSER, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁴ Com’è noto, l’espressione “*therapeutic misconception*” fu coniata nel 1982 da Paul Appelbaum, Loren Roth e Charles Lidz. Appelbaum e i suoi colleghi intervistarono i partecipanti a diversi studi psichiatrici, incluso uno studio farmacologico con un braccio di controllo destinatario del placebo. Il gruppo di Appelbaum scoprì che molte persone non erano consapevoli delle differenze tra la partecipazione a uno studio o ricerca e il trattamento terapeutico. Piuttosto, i partecipanti allo studio tendevano a credere che terapia e ricerca fossero governate dal comune obiettivo della realizzazione del miglior interesse del paziente: il gruppo di Appelbaum etichettò questa credenza errata per l’appunto come “*therapeutic misconception*”. Al riguardo, cfr. P. APPELBAUM-L. ROTH-C. LIDZ, *The Therapeutic Misconception: Informed Consent in Psychiatric Research*, in *International Journal of Law and Psychiatry* 5, 1982, n. 3-4, 319 ss.; R. DRESSER, *The ubiquity and utility of the therapeutic misconception*, cit., 271 ss.; C. LIDZ-P. APPELBAUM-C. LARKIN, *The Therapeutic Misconception: Problems and Solutions*, in *Medical Care*, 1998, 752 ss.; K. FEATHERSTONE-J. DONOVAN, *Random Allocation or Allocation at Random? Patients’ Perspectives of Participation in a Randomised Controlled Trial*, in *British Medical Journal* 317, 1998, n. 7167, 1177 ss.; S. EDWARDS-R. J. LILFORD-J. HEWISON, *The Ethics of Randomised Controlled Trials from the Perspectives of Patients, the Public and Healthcare Professionals*, in *British Medical Journal* 317, 1998, n. 7167, 1209 ss. Sui profili giuridici dell’uso del placebo nella sperimentazione, v. in particolare, S. BONOMELLI, *L’uso del placebo nella sperimentazione clinica farmacologica: dibattito giuridico, scientifico e bioetico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, n. 2, 153 ss.

⁸⁵ Così, ad es., va ritenuta “terapeutica” la sperimentazione a “doppio cieco” alla quale ha partecipato L.R. (affetto dalla Sindrome di Rett) e avente ad oggetto un farmaco presuntivamente in grado di migliorare la capacità respiratoria e l’attenzione o, in generale, gli aspetti cognitivi del paziente.



Ed è così che, riprendendo il filo del discorso in merito alla sperimentazione “terapeutica” sul minore, la “beneficialità diretta” sembra giustificare, da una parte, l’accrecimento della sua autodeterminazione e, dall’altra, il restringimento del potere-dovere decisionale dei genitori (o del legale rappresentante) in merito ad una scelta che tocca la sfera esistenziale del minore, apportandovi presumibilmente un vantaggio o per l’appunto un potenziale «beneficio diretto». In particolare, il riferimento al “rappresentante legalmente designato”, legittimato ad esprimere il necessario consenso informato per la sperimentazione “terapeutica” (art. 32 Reg. UE n. 536/2014), sembra qui doversi intendere in senso atecnico, diversamente da quanto suggerito con specifico riferimento alla sperimentazione “non terapeutica”⁸⁶: i genitori (o il legale rappresentante), nel consentire ad una sperimentazione “terapeutica” o nel dissentire dalla prosecuzione o interruzione della stessa, non si “sostituiscono” al minore capace di discernimento, né decidono “per” lui, ma “con” lui. La funzione dei genitori (o del legale rappresentante) non appare, in questo caso, propriamente “sostitutiva”, bensì “integrativa” della volontà del minore: l’esigenza di protezione di quest’ultimo, pur sempre presente ma in tale contesto, per così dire, in misura “ridotta” – stante il «beneficio diretto» fondatamente atteso dalla sperimentazione “terapeutica” – implica qui non una “sovrapposizione” alla volontà del minore, ma una declinazione a “riconoscimento” e “rinforzo” di tale volontà⁸⁷.

In altri termini, nel bilanciamento “beneficialità diretta” e “rischi”, la netta pendenza dell’ago a favore della prima, connaturata e presupposta in una sperimentazione “terapeutica” (art. 32 Reg. UE n. 536/2014), induce legittimamente a ritenere indebolito il potere decisionale dei genitori (o del legale rappresentante) e ad affermare che, ai fini della partecipazione a tale tipo di sperimentazione, il minore capace di discernimento necessita di essere “assistito” – non sostituito – dai genitori (o dal legale rappresentante), secondo un modello intermedio tra quello della rappresentanza legale e quello della piena autodeterminazione: una sorta di “autonomia assistita” (da figure quali, per l’appunto, i genitori o il legale rappresentante) e improntata ai canoni di un «paternalismo debole»⁸⁸. I genitori (o il legale rappresentante) intervengono nel processo decisionale al fianco del minore ed esprimono all’esterno il consenso “collaborando” con il figlio (minore) e decidendo non *per* lui ma *con* lui⁸⁹.

L’intervento dei genitori (o del legale rappresentante) si combina così con il «desiderio esplicito» del minore capace di discernimento dando luogo ad un atto congiunto o *complesso*, dal momento che essi affiancano il minore, prestando un necessario “consenso” che integra una “volontà” o un “assenso” che il minore è in grado di esprimere⁹⁰: il “consenso” richiesto ai fini della conduzione di una sperimentazione “terapeutica” appare dunque il risultato e l’espressione delle dichiarazioni di volontà

⁸⁶ V., *supra*, § prec., ove, a proposito della sperimentazione “non terapeutica”, il consenso dei genitori (o del legale rappresentante) è stato ricostruito in termini sostanzialmente analoghi alla “rappresentanza legale” propria dell’ambito patrimoniale.

⁸⁷ In tal senso, ancora, G. C. TURRI, *op. cit.*, 139, nt. 12.

⁸⁸ V. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 315 ss.; G. ANZANI, *Capacità di agire e interessi della personalità*, in NGCC, 2009, 509 ss.

⁸⁹ Il consenso, che non è quello espresso semplicemente dai genitori ma manifestato in collaborazione con il figlio, si libera di uno schema di tipo potestativo che vede la volontà dei genitori prevalere su quella del minore: in tal senso, v. G. GRIFASI (nota a Trib. Brescia 28 dicembre 2018 e App. Brescia 13 febbraio 1999), *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*, in NGCC, 2000, 215.

⁹⁰ In tal senso, anche LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari*, Milano, 2005, 152; G. MASTRANGELO, *op. cit.*, 1476.

dei singoli (genitori o legale rappresentante e minore), accomunate da un unico interesse e che si fondono in un unico atto, per l'appunto complesso, conservando peraltro la propria autonoma rilevanza⁹¹.

In tale prospettiva, resta allora da indagare se, nell'ambito del processo decisionale che conduce all'espressione del consenso congiunto, sia ammissibile e necessario l'intervento dell'Autorità giudiziaria⁹² per superare un eventuale conflitto tra la volontà del minore e quella dei genitori (o del legale rappresentante), là dove tale conflitto non sia suscettibile di componimento da parte dello sperimentatore. In particolare, nell'ipotesi in cui il minore rifiuti di partecipare (o di continuare a partecipare) ad una sperimentazione "terapeutica" per la quale invece i genitori siano favorevoli, si ritengono sussistenti gli estremi per un ricorso al giudice *ex art. 333 c.c.*, al fine di verificare la natura pregiudizievole o meno della condotta dei genitori⁹³ e, soprattutto, assicurare la protezione e la realizzazione dell'interesse del minore⁹⁴. Se invece i genitori (o il legale rappresentante) *rifiutino* e si *oppongano* alla conduzione di una sperimentazione "terapeutica" *desiderata* dal minore e ritenuta appropriata dal medico sperimentatore, appare legittimo interrogarsi – nel silenzio normativo – sull'applicazione analogica dell'art. 3, co. 5, L. n. 219/2017⁹⁵ in materia di consenso informato (e di disposizioni anti-

⁹¹ L'eventuale mancanza o vizio di una delle dichiarazioni si rifletterebbe sulla liceità del consenso complessivamente manifestato.

⁹² G. MASTRANGELO, *op. cit.*, 1475; S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, cit., 477.

⁹³ Cfr, sul punto, *ex multis* G. FERRANDO, *Minori e incapaci*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, 50; C. DI COSTANZO, *La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 313 s.

⁹⁴ Com'è noto, l'art. 333 c.c. – diversamente sia dall'art. 334 c.c. precipuamente dedicato alle condotte tenute dai genitori nell'esercizio del potere/dovere di amministrare il patrimonio del minore, sia dall'art. 330 c.c. imperniato su una maggiore gravità del pregiudizio cagionato al figlio – si riferisce soltanto al profilo personale della responsabilità genitoriale e quindi a condotte tenute dai genitori nell'assolvimento dei doveri di natura non patrimoniale su di essi gravanti nei confronti dei figli (come quello di protezione e tutela della salute) e dalle quali siano derivati o possano derivare pregiudizi alla persona e/o alla personalità dei minori: su siffatto ambito di applicazione dell'art. 333 c.c., cfr. PELOSI, *Comm. dir. it. fam.* (diretto da G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI), Padova, 1992, IV, 409; DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2007, 438 s.; M. SESTA, *Potestà dei genitori*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, Torino, 1999, IV, 3, 253. In particolare, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 265, sottolinea come i provvedimenti *ex art. 333 c.c.* vengono adottati esclusivamente per assicurare la protezione e la realizzazione degli interessi del minore e non hanno funzione sanzionatoria nei confronti dei genitori. Ed invero la "convenienza" di tali provvedimenti deve essere valutata esclusivamente in funzione dell'interesse del minore: in tal senso, C. COSSU, *Potestà dei genitori*, cit., 127. In materia di sperimentazione e di consenso informato di minore capace di discernimento, si palesano ispirate a tale principio alcuni casi giurisprudenziali, e precisamente: Trib. Min. Venezia, 2 giugno 1998, in *Dir. fam.*, 1999, 689, ove i genitori di una bambina di otto anni, malata gravemente, dopo aver tentato cure tumorali tradizionali con le quali, verosimilmente, la figlia avrebbe potuto guarire, sottopongono quest'ultima, provata fisicamente e psicologicamente dalla chemioterapia, alla cura alternativa e sperimentale "Di Bella". Il Tribunale non ha ritenuto il comportamento dei genitori pregiudizievole per la figlia, ma ha ritenuto "conveniente" per quest'ultima non costringere la piccola a sottoporsi ancora ad una terapia (quella chemioterapica) dalla stessa respinta. Nello stesso senso, App. Ancona, 26 marzo 1999, in *Fam. dir.*, 1999, 467; Trib. Brescia, 22 maggio 1999, in *NGCC*, 2000, I, 204, con commento di G. GRIFASI, *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*.

⁹⁵ Art. 3, ult. co., L. n. 219/2017, testualmente: «nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno [...] o il rappresentante legale della persona minore *rifiuti* le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al

pate di trattamento), verificando la percorribilità, in tale contesto, della strada del ricorso al giudice tutelare previsto in caso di trattamento sanitario proposto dal medico, ma *rifiutato* o per l'appunto oggetto di *opposizione* da parte del legale rappresentante (o genitore) della persona minore. La questione si sposta, quindi, sulla definizione giuridica di "trattamento sanitario" e, soprattutto, sulla possibilità di ricondurre a tale definizione una sperimentazione clinica "terapeutica": possibilità da ritenersi *condicio sine qua non* per l'estensione analogica della norma citata.

A favore della soluzione affermativa sembrano fondatamente concorrere tanto l'art. 1 della stessa L. n. 219/2017 e il concetto di "trattamento sanitario" da esso implicitamente desumibile, quanto la nozione di "sperimentazione clinica" fornita dall'art. 2, Reg. UE n. 536/2014.

Sotto il primo profilo, com'è noto, l'art. 1 L. n. 219/2017 subordina la liceità di qualunque «trattamento sanitario» al «consenso libero e informato della persona interessata» (1° co.) ed estende tale previsione anche alla «nutrizione [...] e (al)l'idratazione artificiale», in quanto consistenti nella «somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici» (5° co.): da qui, la ragionevole conclusione di intendere per "trattamento sanitario" qualunque somministrazione, purché "indicata", prescritta o proposta dal medico e avente ad oggetto farmaci, dispositivi o, in generale, "cure". V'è di più. Lo stesso art. 1 fa salva l'applicazione delle norme speciali che disciplinano l'acquisizione del consenso informato per determinati atti o trattamenti (11° co.), tra le quali sembra possibile annoverare il Regolamento UE n. 536/2014 sulla sperimentazione clinica.

Ed invero, passando ad esaminare il secondo profilo, l'art. 2 del citato Regolamento definisce la "sperimentazione clinica" come quello studio che prevede una determinata «strategia terapeutica» non rientrante nella normale pratica clinica, oppure la "prescrizione" di farmaci sperimentali o ancora l'"applicazione" di procedure diagnostiche o di monitoraggio aggiuntive rispetto alla prassi⁹⁶. In uno studio sperimentale ("terapeutico" o meno) sull'uomo, dunque, il medico sperimentatore non si limita ad osservare i pazienti e raccogliere dati di interesse⁹⁷, ma propone (*lato sensu*, "prescrive") un intervento⁹⁸, diverso da quello ordinario e finalizzato a valutare l'efficacia di un nuovo farmaco o di un farmaco già esistente, di una cura biologica o di una procedura terapeutica (anche non farmacologica), di un dispositivo medicale e, in generale, di un "trattamento" in grado di curare o limitare una malattia già identificata. La sperimentazione (in particolare, "terapeutica") entra così nell'orbita del trattamento medico⁹⁹, del quale sembra rappresentare una *species* e, perciò stesso, per quanto non

giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

⁹⁶ Sulla nozione di "sperimentazione clinica" umana, v. in particolare, A. BELLELLI, *op. cit.*, 8 ss.

⁹⁷ In tal caso si parla di "studio non interventistico", in quanto tale non definibile come "sperimentazione clinica": così, art. 2, n. 4, Reg. UE n. 536/2014, che definisce per l'appunto «non interventistico: uno studio clinico diverso da una sperimentazione clinica».

⁹⁸ Un intervento può essere un farmaco, un dispositivo o una procedura medica. Nel caso dei farmaci sperimentali, la sperimentazione ne studia in particolare il meccanismo d'azione, l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione per renderli, nella specie, a misura di bambino.

⁹⁹ In tal senso, A. G. SPAGNOLO, M. CASINI, *La sperimentazione clinica con soggetti incapaci privi di rappresentante legale*, cit., 784. *Contra*, E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, cit., 650 ss., che ritiene necessario ed opportuno distinguere tra *sperimentazione terapeutica* e *terapia sperimentale*: in entrambi i casi si tratterebbe comunque di un "trattamento" innovativo, però soltanto la seconda sarebbe riconducibile ad un atto terapeutico in senso stretto o terapia nuova di cui il paziente sarebbe libero di avvalersi e che il medico

espressamente previsto, sottostà alle relative regole e ne condivide le finalità¹⁰⁰: il che induce legittimamente a ritenere l'art. 3, co. 5 della L. n. 219/2017 analogicamente estensibile all'ipotesi di conflitto tra, da una parte, genitori dissenzienti (o legale rappresentante) e, dall'altra, minore e medico sperimentatore favorevoli alla conduzione di una sperimentazione "terapeutica" o, per l'appunto, di un trattamento "terapeutico" sperimentale.

5. Il "diritto" del minore incapace di discernimento alla sperimentazione clinica "terapeutica" c.d. *necessitata*

Spingendoci oltre nell'indagine, possiamo chiederci se la finalità terapeutica, con il concorso di specifiche condizioni, quali (ma non solo) l'inesistenza di altro trattamento sanitario, possa addirittura condurre ad uno "svuotamento" della funzione del consenso da parte dei genitori (o del legale rap-

avrebbe il potere di prescrivere; laddove, per procedere ad un'attività di sperimentazione "terapeutica" sarebbe necessaria un'autorizzazione proveniente da un Comitato Etico che garantisca la scientificità e la fondatezza del protocollo sperimentale. Tuttavia, la stessa A. evidenzia la sottile linea d'ombra che separa un trattamento sperimentale *ad personam* da una vera e propria sperimentazione. Tipico esempio al riguardo sarebbe rappresentato dalla prescrizione ed utilizzazione di medicinali *off-label*, cioè per un'indicazione, o una via di somministrazione o una modalità di utilizzazione diversa da quella autorizzata per l'immissione in commercio. Né al riguardo appare risolutivo poggiare la distinzione sulla considerazione per cui la terapia sperimentale viene adottata nell'esclusivo interesse del singolo paziente, senza scopi dichiarati di ricerca scientifica, mentre l'attività di sperimentazione clinica sarebbe posta nell'interesse dei pazienti che vi si sottopongono ma anche e soprattutto per verificare la fondatezza o meno di un determinato trattamento terapeutico. A ben vedere, tale distinzione ripropone in termini parzialmente diversi la distinzione tra sperimentazione "terapeutica" e "non terapeutica": distinzione fondata sulla "beneficialità", rispettivamente, diretta o meno della sperimentazione in capo al minore interessato. In quanto caratterizzata da un beneficio diretto nei confronti del minore sottoposto a sperimentazione terapeutica, secondo siffatto orientamento, essa dovrebbe ricondursi agli atti o trattamenti sanitari. Sul piano pratico, si pensi a C. A., affetto da SLA e incluso in una sperimentazione clinica "terapeutica" volta a testare un farmaco *off-label*; oppure a L.R., un bambino affetto da una sindrome rara (Rett) al quale è stato somministrato un farmaco sperimentale, su prescrizione o suggerimento del medico sperimentatore, al fine di testarne l'efficacia migliorativa o beneficio diretto sul minore e sugli effetti della malattia: in entrambi i casi, risulterebbe davvero difficile, oltretutto poco utile, distinguere se si tratti di terapia sperimentale o di sperimentazione clinica "terapeutica". È certo che il farmaco sperimentale è stato comunque somministrato su proposta del medico sperimentatore.

¹⁰⁰ Ne è prova il fatto che, al pari di ogni intervento sanitario, anche la sperimentazione che confluisce nel trattamento terapeutico deve essere subordinata al consenso informato del paziente. In particolare, lo scopo di una sperimentazione clinica "terapeutica" è sia accertarsi del trattamento che si desidera testare, sia e soprattutto apportare un beneficio diretto al minore interessato, dimostrando la validità terapeutica di siffatto trattamento. L'interesse della scienza converge con quello del soggetto che partecipa alla sperimentazione: la beneficialità correlata ad ogni tipo di sperimentazione assume qui maggiore concretezza, in quanto la scoperta di nuove tecniche curative o il miglioramento di quelle già esistenti si palesano idonei non soltanto a far progredire la scienza nell'interesse di tutti, ma soprattutto ad avvantaggiare direttamente nella tutela della propria salute il singolo coinvolto nella sperimentazione. L'obiettivo di uno studio sperimentale è quello, tra l'altro, di confrontare gli esiti di un trattamento sperimentale con gli esiti che si osservano durante la normale pratica clinica. Alla conclusione della sperimentazione si avranno informazioni disponibili (risultati dello studio) che permetteranno di valutare se il trattamento o percorso di cura sperimentale è più efficace del trattamento o percorso di cura previsto dalla normale pratica clinica. La sperimentazione si definisce, infatti, come la ricerca scientifica – di una nuova terapia o tecnica medica – indispensabile per un riscontro effettivo dei risultati perseguiti e per precisarne gli effetti (positivi e negativi), i limiti di applicazione e le eventuali controindicazioni.



presentante) in merito ad una sperimentazione “terapeutica” per un minore incapace di discernimento.

Più precisamente, alla luce del progressivo passaggio dall’“interesse” del minore oggetto di protezione al riconoscimento di “diritti propri”, appare tutt’altro che avventato enfatizzare il suo essere “altro” rispetto ai genitori (e al legale rappresentante) ed il conseguente ridimensionamento dei poteri decisionali di questi ultimi, fino a ipotizzare in capo al minore incapace di discernimento un vero e proprio *diritto* alla sperimentazione clinica “terapeutica”, sempreché ricorrano specifiche circostanze: ciò, in ossequio al principio per cui al minore, in quanto paziente, va garantito il diritto ad avere per la propria malattia il miglior trattamento possibile, anche se sperimentale.

Ed invero, posto che la disciplina della sperimentazione clinica sembra poggiare su un continuo e corretto bilanciamento tra più diritti ugualmente inviolabili (autodeterminazione e, quindi, consenso informato, da una parte e diritto alla vita e alla salute del minore, dall’altro) non sembra irragionevole attribuire al minore incapace di discernimento un “diritto” (ed un correlativo “dovere”, anziché “potere”, in capo ai genitori o al legale rappresentante) alla sperimentazione clinica “terapeutica” come specificazione del diritto alla salute e ad una vita migliore, allorché il «beneficio diretto» atteso da tale sperimentazione consista in un miglioramento, se non addirittura nella guarigione, a fronte di rischi minimi: con la conseguenza altrettanto non irragionevole di un consenso informato dei genitori ridotto ad una mera “presa d’atto” o non opposizione alla sperimentazione “terapeutica”¹⁰¹.

In un siffatto contesto, riveste un ruolo senz’altro centrale il principio della “beneficialità” di qualunque trattamento in ambito medico, e *a fortiori* di quello terapeutico-sperimentale, affermato a livello internazionale ed espressamente positivizzato nel Regolamento UE n. 536/2014. Esso, in quanto volto a garantire il “bene” del minore massimizzando i benefici e minimizzando i rischi, sembra rappresentare un valido strumento di ricostruzione e interpretazione della fattispecie in esame. Tale principio consente infatti di individuare le condizioni in presenza delle quali il minore incapace di discernimento non sembra vantare un mero interesse legittimo a che i genitori (o il legale rappresentante) esercitino la potestà (o il proprio ufficio) diligentemente e in maniera rispondente all’interesse del minore stesso¹⁰²; bensì un vero e proprio “diritto” ad essere sottoposto ad una sperimentazione “terapeutica” finalizzata all’attuazione della (sua) salute: sicché, tracciando il *fil rouge* dell’indagine sin qui svolta, da un’“audizione” o ascolto del minore in grado di formarsi un’opinione in merito alla sottoposizione ad una sperimentazione “non terapeutica”¹⁰³, passando per una “partecipazione” o co-determinazione del medesimo in caso di sperimentazione “terapeutica”¹⁰⁴, si giungerebbe infine ad un “rafforzamento” della soggettività e della capacità giuridica del minore incapace di discernimento, nell’ipotesi di sperimentazione “terapeutica” per così dire *necessitata* da specifiche condizioni originate dal principio di “beneficialità”.

Ci si intende riferire, non soltanto alla “sicurezza” del relativo protocollo clinico, nel senso che i rischi – valutati a breve e lungo termine – dovrebbero essere “minimali”, ossia inferiori, secondo un para-

¹⁰¹ Cfr. A. G. SPAGNOLO-M. CASINI, *op. cit.*, 788.

¹⁰² Sull’interesse legittimo nel diritto civile, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 272 s.; L. BIGLIAZZI GERI, voce «*Interesse legittimo: diritto privato*», cit., 554.

¹⁰³ V., *supra*, § 3.

¹⁰⁴ V., *supra*, § 4.

metro di probabilità e di grandezza, rispetto a quelli connessi alle normali pratiche cliniche; ma soprattutto alla c.d. “efficacia terapeutica” o “affidabilità” della sperimentazione per il minore probando, ossia alla sussistenza di sufficienti garanzie di riuscita, intesa come miglioramento se non addirittura guarigione della condizione patologica del minore. La valutazione di siffatta *efficacia* del protocollo potrà (ad esempio) risultare fondata se, in fase preclinica, la sperimentazione su animali (artificialmente malati) oppure su campioni di tessuti coltivati *in vitro* abbia prodotto risultati positivi¹⁰⁵. Decisiva, infine, parrebbe la mancanza di efficaci terapie alternative.

Sarebbero dunque queste le condizioni che potrebbero giustificare legalmente, oltretutto rendere eticamente, accettabile e legalmente giustificato il riconoscimento di un “diritto” alla cura sperimentale¹⁰⁶, in capo al minore non in grado di «esplicit(are) il (proprio) desiderio»: ciò, in termini non dissimili da quanto richiesto dall’art. 35 Reg. UE n. 536/2014 per l’«accettabilità» di una «sperimentazione in emergenza (in) assenza di consenso»¹⁰⁷. Ed invero, se è lecita la sperimentazione clinica “terapeutica” condotta su un minore, senza il preventivo consenso dei genitori (o del legale rappresentante), quando ricorrano i presupposti stabiliti dall’art. 35 e, precisamente, l’urgenza della situazione dovuta ad una condizione clinica grave improvvisa, la fondata possibilità di un miglioramento della sua salute e la presenza di rischi e oneri minimi (art. 35 Reg. UE), sembra *a fortiori* plausibile che anche il minore malato ed “incapace”, che versi in una situazione di “necessità”, stante la gravità della sua patologia e del suo *status* clinico, possa comunque *esigere* – in ossequio al principio per cui *salus aegroti suprema lex est* – quel trattamento sperimentale che soddisfi le condizioni elencate ispirate al principio di “beneficialità” e che si palesi, dunque, in grado di migliorare la sua condizione di vita o addirittura di condurlo verso la guarigione¹⁰⁸.

La sottoposizione ad una sperimentazione “terapeutica” *necessitata*, che sia cioè “sicura” ed “efficace”, nei termini *supra* illustrati, sembra cioè rappresentare un “diritto” per il minore che versi in condizioni gravi e letali, ogniquale volta non esista o non si preveda nell’immediato futuro un’efficace terapia alternativa: è questo che, «nella ragionevole approssimazione dei giudizi umani, va ritenuto più vicino all’interesse del minore»¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Così, ad esempio, la sperimentazione della terapia genica – condotta in fase preclinica sui topi Rett, ai quali è stata cioè artificialmente causata la Sindrome di Rett – ha comportato non soltanto una guarigione dell’animale, ma altresì una reversibilità degli effetti della malattia, anche in stadi avanzati: il che depone senz’altro per un’efficacia terapeutica o buona riuscita della terapia sperimentale anche sull’uomo; di contro, una sperimentazione *in vitro* di un farmaco oncologico che non implichi alcuna reazione positiva delle cellule cancerogene, non potrebbe certo considerarsi “terapeuticamente efficace” in quanto priva di garanzie di riuscita. Sulla sperimentazione clinica della terapia genica, cfr. in particolare, E. BROVEDANI, *Aspetti etici nella sperimentazione clinica della terapia genica*, in *La civiltà Cattolica*, 1995, IV, 135 ss.

¹⁰⁶ In dottrina, F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei Comitati etici*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2002, 630 e Id., voce *Sperimentazione clinica*, in F. GIUNTA (a cura di), *I dizionari sistematici. Diritto penale*, Milano, Sole-24 ore, 2008, 920, si chiede opportunamente e retoricamente se la terapia sperimentale, in ipotesi eccezionali e, in particolare, quando non vi siano alternative terapeutiche, «sia addirittura giuridicamente doverosa»

¹⁰⁷ Sul punto, cfr. A. BIGNAMINI, *Il consenso di chi non può consentire in sperimentazione clinica: etica e GCP a confronto*, cit., 1088.

¹⁰⁸ In tal caso, il “miglior interesse del minore” è in *re ipsa*.

¹⁰⁹ Così, a proposito dell’interesse del minore, G. LA GRECA, *op. cit.*, 38.

Il consenso del genitore (o del legale rappresentante), dal quale *ex art.* 35 Reg. UE n. 536/2014 si può addirittura prescindere in caso di sperimentazione “terapeutica” in emergenza, qui parrebbe scaturire da un’«alternativa bloccata», ossia da una scelta priva di realistici margini di discrezionalità, e quindi sostanzialmente da una «non-scelta» a cui il genitore (o il legale rappresentante) sarebbe chiamato soltanto a prestare la propria “voce”, nel senso che, in quelle circostanze e a quelle condizioni, chiunque, e quindi pure il minore se fosse capace, si autodeterminerebbe senza alcun dubbio in una direzione che è oggettivamente ovvia: il “consenso” sembrerebbe così svuotarsi di potestà decisionale, degradando a mera “presa d’atto” o “ricognizione” delle condizioni dell’attività di sperimentazione e non opposizione alla stessa, in modo sostanzialmente analogo al consenso fornito dai genitori (o dal legale rappresentante) *ex post*, cioè «in seguito» all’inizio di una sperimentazione clinica dettata da una situazione di emergenza.

A favore di tale ricostruzione sembrano militare anche ulteriori riflessioni derivanti dalla concreta applicazione, in materia, dell’istituto del consenso informato da parte dei genitori (o del legale rappresentante). Più precisamente, la decisione dei genitori sull’*an* della sperimentazione clinica “terapeutica” sul minore incapace di discernimento solleva perplessità (etiche e, conseguentemente, giuridiche) là dove si ponga mente al fatto che i genitori, chiamati ad esprimere il consenso per il figlio minore, spesso non riescano ad essere obiettivi, in quanto o indotti a pensare che la partecipazione ad un progetto sia una buona occasione per il figlio gravemente malato, sotto l’influenza di medici talvolta spinti (*rectius* accecati) da un interesse esclusivamente per la ricerca; oppure, all’opposto, siano a tal punto timorosi o culturalmente e socialmente arretrati¹¹⁰ da precludere al figlio minore e malato la possibilità di un’esistenza migliore grazie alla sottoposizione ad una sperimentazione “terapeutica” *necessitata*¹¹¹.

I rischi insiti nell’assegnazione ai genitori del diritto all’autodeterminazione (formale e sostanziale) del minore emergono, poi, se si considera che questi ultimi potrebbero altresì essere condizionati dalla convinzione sociale comune in un determinato contesto e momento storico¹¹² e, conseguentemente, interpretare l’interesse del minore come coincidente per l’appunto con il sentire comune o, ancor peggio, con il loro interesse (egoistico) a mantenere un equilibrio (magari) faticosamente raggiunto e plasmato sulla concreta patologia del figlio: non intraprendendo così strade nuove e rischiando di negare (con miopia) al proprio figlio minore e infermo il diritto ad una vita qualitativamente superiore.

Ma è soprattutto là dove il minore malato e incapace di discernimento sia o rimanga privo dei suoi genitori quali “protettori naturali” ed abbia un rappresentante legale estraneo alla propria famiglia, che la discrezionalità nella manifestazione del consenso ad una sperimentazione “terapeutica” *ne-*

¹¹⁰ Sul consenso dei genitori può cioè incidere il relativo *background* culturale e socio-economico: un basso livello culturale e socio-economico potrebbe facilmente indurre i genitori a rifiutare la possibilità di sperimentazione perché incomprensibile nelle modalità, finalità e nello svolgimento, con conseguente penalizzazione dell’interesse del figlio minore malato. In altri termini, i minori potrebbero, da un lato, essere oggetto di strumentalizzazioni e dall’altro subire discriminazioni alla rovescia venendo esclusi a priori dai vantaggi della sperimentazione: cfr. A. ALFONSO, *op. cit.*, 258.

¹¹¹ L. FIERRO, *op. ult. cit.*, 101.

¹¹² In tal senso e sia pur in un contesto diverso, A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw Journal-Rivista BioDiritto*, 2015, 2, 118.

cessitata mostrerebbe tutta la sua debolezza e rischiosità. Ci si intende riferire alla considerazione che l'idoneità del rappresentante legale a sostituire il minore incapace di discernimento non appare indifferente all'intensità con la quale lo stesso si presenta o meno come suo "protettore naturale", intendendo con tale espressione la persona che «per ragioni affettive ed emotive radicate nella profondità intimità [...] si prende a cuore il [...] bene» del minore¹¹³: quanto più è intenso il legame affettivo ed esistenziale con quest'ultimo, tanto maggiore è l'idoneità del "protettore" a sostituirlo e ad operare scelte il più possibile rispondenti al miglior interesse del minore medesimo. Il rapporto sostanziale e sottostante la qualifica di "protettore naturale" può cioè presentarsi in diversi gradi: dal massimo grado, che è intuitivamente quello che lega i genitori ai figli, fino a quello ben meno intenso che lega il minore ad un tutore estraneo alla propria famiglia.

A ciò si aggiunga, infine, il travisamento dello stesso ruolo del consenso, il più delle volte ormai infastamente degenerato da istituto a garanzia del malato a strumento di precauzione del medico per un'eventuale contestazione di danni e di traslazione in capo al paziente (nella specie, ai genitori del piccolo paziente) dei rischi conseguenti all'esecuzione della sperimentazione¹¹⁴: «l'acquisizione del consenso si (è) così ammantata di contenuti» che ne hanno determinato «la progressiva formalizzazione»¹¹⁵ e identificazione nella mera compilazione di moduli¹¹⁶. Peraltro, il consenso informato dei genitori (o in generale del rappresentante legale) non appare di per sé sufficiente per tutelare il minore "intellettivamente incapace" da sperimentazioni eticamente scorrette, né sembra rendere *sic et simpliciter* legittime sperimentazioni scientificamente non fondate¹¹⁷: ciò che pare emergere, allora, con chiarezza nell'ipotesi considerata, è la debolezza dello stesso schema consensualistico, che finirebbe a salvare più la forma che a tutelare effettivamente ed efficacemente il diritto alla salute del minore in condizioni disperate, alla luce delle quali si presume che i genitori non neghino il consenso ad una sperimentazione "sicura" ed "efficace" e che rappresenti l'unica terapia possibile per il figlio minore¹¹⁸.

In base alle considerazioni sin qui svolte, ricostruire un "diritto" del minore incapace "alla sperimentazione terapeutica" c.d. *necessitata* dalle condizioni sopra elencate, si palesa un valido strumento sia per tutelarlo da un "consenso" sterile, per le ragioni esposte, dei genitori (o del legale rappresentante), sia per rafforzare le obbligazioni e le responsabilità degli sperimentatori nel garantire ed assicurare trattamenti sperimentali scientificamente fondati e verosimilmente migliorativi, piuttosto che

¹¹³ Sul punto, v. L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., 423 ss.

¹¹⁴ Conferma tali riflessioni la stessa modalità con la quale viene manifestato il consenso informato, ridotto ad un mero adempimento formale consistente nella compilazione e nella sottoscrizione di moduli prestampati.

¹¹⁵ Cfr., al riguardo, R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 22, che, correttamente, sottolinea la conversione paradossale del "consenso" da strumento di garanzia per il malato a strumento di difesa del medico contro il rischio di essere chiamato a rispondere del proprio operato.

¹¹⁶ Le ben intenzionate critiche mosse al riguardo hanno portato parte della dottrina a domandarsi se effettivamente il consenso informato, nel quadro della medicina odierna, abbia ancora un significato o non debba invece essere del tutto abolito: sul punto, A. BIGNAMINI, *op. cit.*, 1090.

¹¹⁷ F. MASSIMINO, *op. cit.*, 189.

¹¹⁸ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., 330.

mossi da un mero interesse di ricerca privo di scrupoli¹¹⁹, nonché e soprattutto per evitare ingiustificate e pregiudizievoli esclusioni del minore da legittime possibilità di cura¹²⁰.

Né al riguardo risulterebbe irragionevolmente sacrificata la “potestà” e la conseguente eterodeterminazione genitoriale o comunque rappresentativa. Quest’ultima, infatti, cede il passo per la necessità di tutelare superiori beni costituzionali, come il diritto alla vita e alla salute del minore medesimo¹²¹: se partecipando ad una sperimentazione “terapeutica” è possibile salvare la vita del minore oppure migliorarne notevolmente la qualità, la scelta non dovrebbe essere discrezionale, ma obbligatoria. Più precisamente, nel caso di malati incurabili e incapaci di discernimento, per i quali il trattamento sperimentale si presenta come l’unica possibilità per sottrarli a morte sicura anche se non immediata, prolungarne la vita o cambiarla in meglio, se non addirittura guarirli, la sperimentazione appare giustificata: questa dovrebbe cioè ritenersi lecita allorché il trattamento sia intrapreso per il bene del paziente e, con fondata ragionevolezza, gli possa soltanto giovare. Il diritto alla salute del minore, garantito dalla conduzione di una sperimentazione “terapeutica” *necessitata*, risulterebbe dunque preminente rispetto alla libertà di autodeterminazione dello stesso esercitata attraverso lo *speculum* del consenso informato espresso dai genitori (o dal legale rappresentante), degradando quest’ultimo a mero atto “ricognitivo”.

Tuttavia, pur riconoscendo in capo al minore incapace di discernimento un siffatto “diritto alla sperimentazione terapeutica” c.d. *necessitata*, rimarrebbe comunque il vuoto normativo circa la legittimazione ad agire e a promuovere l’eventuale procedimento volto a tutelare e a far valere tale diritto, nella (sia pur scongiurabile) ipotesi di un’opposizione al riguardo dei genitori (o del legale rappresentante) o in caso di loro inerzia. L’*impasse* potrebbe forse essere superata, ancora una volta, applicando analogicamente l’art. 5, L. n. 219/2017, che, nel caso in cui il rappresentante legale del minore rifiuti il trattamento sanitario “appropriato” e “necessario” proposto dal medico, rimette «la decisione» nelle mani del «giudice tutelare su ricorso [...] (sia) dei soggetti di cui agli artt. 406 e seguenti del

¹¹⁹ Ciò, in vista di una responsabilizzazione altrui, anziché autoresponsabilizzazione: in tal senso, F. MASSIMINO, *op. cit.*, 191.

¹²⁰ Così, L.R., un bambino di dieci anni, affetto da una grave e rara patologia neurologica (sindrome di Rett), disabile al 100% e incapace di discernimento, vanterebbe un “diritto” alla sperimentazione “terapeutica” c.d. *necessitata*, ossia sicura ed efficace o affidabile (quale quella genica), fondatamente in grado di migliorare la sua salute, se non addirittura guarirlo, come hanno dimostrato le sperimentazioni pre-cliniche sugli animali (topi e scimmie). Soltanto il riconoscimento di una tale situazione giuridica soggettiva sembra idoneo a tutelare L.R. (e tutti i minori che versano in analoga situazione) da scelte discrezionali non effettivamente rispondenti al *best interest of the child*, specie se adottate non dai genitori (magari non più viventi o non più in grado di esercitare la responsabilità), ma da un rappresentante legale per di più estraneo alla famiglia: ciò, eviterebbe che la “cura” legittimamente possibile per L.R. non sia oggetto di un “potere”, esercitabile dal rappresentante legalmente designato, ma di un “dovere” e frutto non di una “scelta discrezionale” bensì “obbligatoria”, tale da giustificare in caso contrario l’intervento dell’Autorità giudiziaria.

¹²¹ P. VERONESI, *op.cit.*, 41. La natura meramente ricognitiva del consenso informato dei genitori nella sperimentazione clinica “terapeutica” c.d. *necessitata* sarebbe quindi giustificata e legittimata dal perseguimento del miglior interesse della salvaguardia della vita, integrità e salute del minore, nonché dalla ragionevole presunzione che il minore, se fosse capace di discernimento, acconsentirebbe alla sperimentazione: in tal senso, sia pur con riferimento alla sperimentazione clinica d’urgenza, A. BIGNAMINI, *Il consenso di chi non può consentire in sperimentazione clinica*, cit., 1102.

codice civile», sia «del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria»¹²²: applicazione analogica giustificata dalla possibile qualificazione della sperimentazione “terapeutica” come *species* del trattamento sanitario¹²³, ma in ogni caso carente là dove si ponga mente al fatto che la scelta di rivolgersi al giudice tutelare è lasciata alla valutazione di una pluralità di soggetti (come P.M. o familiari), che potrebbero non essere mai venuti a conoscenza dei fatti, o che (come il medico o il rappresentante legale della struttura sanitaria di riferimento) non intendano assumersi tale responsabilità¹²⁴.

¹²² In alternativa, potrebbero trovare applicazione gli artt. 406 e 417 c.c. che, com'è noto, in materia di «protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia», attribuiscono il potere di azione al pubblico ministero, oltreché allo stesso soggetto “protetto” anche se minore (ma, nella specie, incapace di discernere) e ad altre persone legate a quest'ultimo da rapporti di parentela.

¹²³ Sul punto, v. ancora *supra*, § prec.

¹²⁴ Sull'argomento, anche in un'ottica comparatistica di raffronto tra le decisioni dell'Autorità giudiziaria italiana e di quella inglese, ispirate entrambe al principio del miglior interesse del minore ma approdanti a soluzioni diverse, cfr. R. POTENZANO, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, 3, 1307 ss. Più precisamente, l'A. sottolinea un generale atteggiamento dei giudici inglesi marcatamente interventista, per i quali, diversamente dai nostri, il *best interest of the child* coinciderebbe con la guarigione del minore e non già, come invece dovrebbe essere, con un miglioramento o con la prosecuzione della vita stessa: sicché essi hanno ritenuto futili e non rispondenti al miglior interesse del minore la somministrazione di cure sperimentali incerte o il mantenimento in vita del minore mediante il ricorso a strumenti di ventilazione assistita e nutrizione artificiale.

L'importanza delle risorse inutilizzate: per un sistema penitenziario *antifragile*

Alessandro Albano, Francesco Picozzi*

THE IMPORTANCE OF SLACK: TOWARDS AN *ANTIFRAGILE* PENITENTIARY SYSTEM

ABSTRACT: The shocks that can damage detention facilities are numerous and of varying severity. However, an antifragile penitentiary system may be able to gain from disorder or, in other words, it can thrive even in the most difficult situations. In order to try achieving this goal, it is useful adopting a preventive approach, based on the recommendations contained in international soft law, integrated from the theories, introduced by Sendhil Mullainathan and Eldar Shafir as well as Nassim Nicholas Taleb, concerning the organizations and the complex systems.

KEYWORDS: CoViD-19; scarcity theory; prison overcrowding; human rights; prevention

SOMMARIO: 1. Avere poco significa tanto – 2. Dal micro al macro: applicazioni pratiche della teoria della scarsità – 3. La massima d'esperienza del *Libro bianco sul sovraffollamento carcerario* – 4. Come dotare il carcere di risorse inutilizzate perfezionando il criterio empirico del *Libro bianco* – 5. I sistemi penitenziari *vis-à-vis* con l'emergenza sanitaria – 6. Statistiche sul sovraffollamento vs. spazio reale *pro capite* – 7. Sei punti per un approccio preventivo – 8. Coltivare la ridondanza.

1. Avere poco significa tanto

L'attuale pandemia da CoViD-19 ha investito con forza i più disparati settori della nostra società; nel campo penitenziario essa sollecita una rinnovata e ineludibile riflessione, ispirata al rispetto dei diritti umani¹ delle persone detenute, su di un fenomeno certo non nuovo, quale il sovraffollamento carcerario, e più in generale sulla tenuta dei sistemi penitenziari anche in situazioni di emergenza. A tal fine, nel presente studio, si valutano le possibili applicazioni

* Alessandro Albano: Responsabile Studi e Relazioni internazionali del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, National preventive mechanism dell'Italia in base al Protocollo Onu per la prevenzione della tortura (OPCAT). Mail: alessandro.albano@garantenpl.it. Francesco Picozzi: Dirigente del Ministero della giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – Dottore di ricerca in Tecnica legislativa, Università di Genova. Mail: francesco.picozzi@giustizia.it. Lo scritto è frutto di una comune riflessione ed è integralmente condiviso da entrambi gli Autori. Tuttavia, sono da attribuirsi ad Alessandro Albano i paragrafi 1, 2, 5 e 8, a Francesco Picozzi i paragrafi 3, 4, 6 e 7. Le opinioni espresse dagli Autori non impegnano le Amministrazioni di rispettiva appartenenza. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Non è inutile riportare una risalente ma icastica definizione che si deve a M. IGNATIEFF, *Human right as politics and idolatry*, Princeton, 2001, trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, 8, secondo cui «apparteniamo alla stessa specie, e ognuno degli individui che la compongono è titolare di uguale considerazione morale. L'incarnarsi sistematico di questa intuizione ha un nome: diritti umani; e via via che essa accresce la sua influenza sulla condotta degli individui e degli stati, possiamo dire che stiamo compiendo un progresso morale».

della “teoria della scarsità”² in ambito carcerario, nel tentativo di fornire un contributo tanto alla formulazione di un criterio realistico e condiviso di misurazione della densità detentiva, quanto all’individuazione, nelle fonti internazionali, di regole organizzative utili a prevenire situazioni di crisi. Per più di una ragione, si ritiene utile valutare l’applicabilità ai sistemi penitenziari di una teoria elaborata con riferimento ad altri contesti sociali e organizzativi. Da un lato, infatti, il nostro ordinamento nazionale non stabilisce in modo preciso e cogente come debba essere determinata la capienza degli stabilimenti detentivi, dunque non chiarisce quale sia il livello oltre il quale può tecnicamente affermarsi che una struttura sia affollata oltre il consentito. D’altro canto, le fonti sovranazionali, pur fornendo più ampie indicazioni in materia, allo stato non risolvono pienamente il problema di consentire a ciascun sistema penitenziario nazionale di determinare in maniera oggettiva la propria capienza regolamentare complessiva. Di qui l’opportunità di scandagliare altri settori dello scibile alla ricerca di fondamenti teoretici e di approcci inusuali, privilegiando quella prospettiva interdisciplinare che spesso consente di individuare nessi combinatori inavvertiti.

Saltiamo quindi *in medias res* cominciando con le definizioni che permettono di accedere ai concetti chiave della teoria in parola: in via di prima approssimazione, «scarsità» è «avere meno di quanto pensiamo ci occorra», quindi, in generale si tratta di un «concetto» piuttosto «ampio», adatto a coprire molti fenomeni problematici, dalla «disoccupazione», all’«isolamento sociale», fino all’«obesità», insomma «costituisce un filo rosso che attraversa gran parte dei problemi della società»³. Può dare luogo alla cosiddetta “trappola della scarsità” che «imprigiona la mente [...m]odifica[ndo] il nostro modo di pensare» anche a livello inconscio⁴. Essa infatti, a certe condizioni «[c]attura l’attenzione, che il proprietario della mente lo voglia o meno»⁵. Rileva, inoltre, il concetto di «larghezza di banda» cioè la «capacità mentale»: la scarsità diminuisce le diverse «componenti della larghezza di banda»⁶ come «la capacità cognitiva»⁷ – di cui probabilmente la componente più significativa è «l’intelligenza fluida»⁸ – e «il controllo esecutivo»⁹. Secondo la prospettiva che qui si

² In proposito si veda l’imprescindibile studio di S. MULLAINATHAN, E. SHAFIR, *Scarcity. Perché avere poco significa tanto*, trad. it., Milano, 2014.

³ La disoccupazione può essere *inter alia* letta come «problema di scarsità di mezzi finanziari», il crescente isolamento sociale «è una forma di scarsità sociale», l’obesità «per quanto possa sembrare controintuitivo, è anche un problema di scarsità. Seguire una dieta richiede che si affronti la sfida di mangiare meno di quanto si è abituati: un budget calorico ristretto, ossia scarsità di calorie», *ivi*, 12.

⁴ Nell’esperienza di alcuni ricercatori «quando i soggetti sono assetati», cioè quando si impone loro una situazione in cui non possono avere a disposizione l’acqua (che è quindi il fattore che scarseggia) «sono molto più pronti [...] a riconoscere la parola WATER (acqua)». Gli studi di questo genere vengono condotti su soggetti cui non viene somministrata acqua per un periodo tale da indurre in loro la sensazione di sete. Agli stessi soggetti poi viene mostrato uno schermo su cui improvvisamente lampeggia una parola, in modo rapidissimo. Quando la parola in questione è *water* i soggetti assetati tendono a riconoscerla più rapidamente e meglio rispetto ad altre.

⁵ *Ivi*, 15 ss.

⁶ *Ivi*, 21.

⁷ È «l’insieme dei meccanismi psicologici che stanno alla base della nostra capacità di risolvere problemi, trattenere informazioni, impegnarci in ragionamenti logici e così via», *ivi*, 55.

⁸ Si tratta della «capacità di pensare e di ragionare in maniera astratta e risolvere problemi indipendentemente da qualsiasi apprendimento o esperienza», *ivi*, 55. O anche di «una risorsa che influenza il modo in cui elaboriamo le informazioni e prendiamo le decisioni», *ivi*, 21.

esamina, quindi, la scarsità «riduce direttamente la larghezza di banda»¹⁰. Non la capacità intrinseca della persona, ma il modo in cui essa è effettivamente disponibile all'uso»¹¹.

La scarsità, entro certi limiti, può presentare anche aspetti positivi come il fenomeno del «dividendo di concentrazione»: in presenza di una scadenza imminente si tende a utilizzare al meglio il tempo e tale «risultato positivo [...] deriva dalla cattura della mente da parte della scarsità»¹². Lucrare il dividendo di concentrazione non è, però, privo di effetti collaterali: «[f]ocalizzarsi su qualcosa significa trascurarne altre»; la scarsità induce a concentrarsi, ma contemporaneamente «riduce il nostro campo visivo come se fossimo in un tunnel, portando a focalizzarci unicamente sulla gestione della scarsità presente». Ecco allora che «*effetto tunnel*» indica, in questo contesto, il fenomeno «per cui gli oggetti inquadrati nel tunnel ci appaiono nitidamente a fuoco, mentre siamo ciechi a ogni altra cosa periferica, fuori dal tunnel»¹³. Tale *effetto* modifica «il modo in cui compiamo le nostre scelte»: concentrarsi «su qualcosa inibisce concetti concorrenti». Nella lingua degli psicologi si definisce quest'ultimo fenomeno come «*inibizione dell'obiettivo*» volendo alludere a un'inibizione provocata dal perseguimento esclusivo di un obiettivo: la «scarsità crea un potente obiettivo – affrontare bisogni pressanti – che inibisce altri fini e considerazioni». L'*inibizione dell'obiettivo*, come si sarà compreso «è il meccanismo alla base» sia del *dividendo di concentrazione* (effetto positivo) sia «dell'effetto tunnel» (che produce conseguenze negative definibili *tassa del tunnel*)¹⁴.

⁹ Cioè «una risorsa essenziale che incide sull'impulsività del nostro comportamento», *ivi*, 21. Più precisamente è la componente «alla base della capacità di gestire le attività cognitive, inclusi la pianificazione, l'attenzione, le azioni attivanti o inibitorie e» appunto «il controllo degli impulsi». Insomma, «come un processore, il controllo esecutivo è fondamentale per la nostra capacità di funzionare bene», *ivi*, 55. In via più generale, gli autori chiariscono d'usare l'espressione *larghezza di banda* come formula «ombrello» che copre la «capacità computazionale, la capacità di prestare attenzione, di prendere le decisioni giuste, di essere coerenti con i programmi che si siamo dati e di resistere alle tentazioni». È un concetto correlato «con tutto, dall'intelligenza e dalle performance nei test attitudinali al controllo degli impulsi», *ivi*, 49.

¹⁰ Per comprendere meglio questo concetto è utile portare un esempio: la situazione di scarsità di risorse economiche cioè «[e]ssere povero [...] riduce la capacità cognitiva di una persona più di un'intera notte senza dormire. Non è che i poveri abbiano una minore larghezza di banda come individui. È l'esperienza della povertà che riduce la larghezza di banda, per chiunque», *ivi*, 21.

¹¹ *Ivi*, 54.

¹² Nel suo libro su Winston Churchill, M. HASTINGS, *Finest Years: Churchill as Warlord, 1940-45*, London, 2009, nota che «[l]a mente di un inglese lavora al meglio quando è quasi troppo tardi». Si veda S. MULLAINATHAN, E. SHAFIR, *Scarcity*, cit., 31 ss.

¹³ A proposito dell'ambito fotografico è molto nota l'osservazione di S. SONTAG, *Davanti al dolore degli altri*, Milano, 2003, 35 secondo cui «fotografare significa inquadrare, e inquadrare significa escludere». L'*effetto tunnel* ne è «l'equivalente cognitivo». A chiarire il concetto di *effetto tunnel* – oltre che quello di *dividendo di concentrazione* – sovviene l'esempio dei vigili del fuoco, che devono giungere sul luogo della chiamata nel minor tempo possibile e che, in quel breve lasso di tempo elaborano strategie per affrontare l'incendio. Tali professionisti sono abilissimi nella gestione di tale scarsità, ma il concentrarsi su tali aspetti – il *dividendo di concentrazione* – ha un costo rappresentato dal fatto che spesso, focalizzati su come raggiungere preparati e rapidamente il luogo dell'incendio, non allacciano la cintura di sicurezza e, in caso d'incidente, troppo spesso «perdono la vita venendo sbalzati fuori dai loro automezzi». A causa dell'*effetto tunnel*. Così S. MULLAINATHAN, E. SHAFIR, *Scarcity*, cit., 36 ss.

¹⁴ Nell'esempio dei vigili del fuoco, questi ultimi hanno l'obiettivo di giungere velocemente dove c'è l'incendio e ciò «blocca l'interferenza di altri pensieri». Il che nello stesso tempo è un bene e un male. È un bene perché la mente è centrata sull'obiettivo e ciò consente di lucrare il *dividendo di concentrazione*. È un male perché l'immediato obiettivo inibisce tutto il resto: l'allacciare la cintura di sicurezza e il rischio d'incidenti. Il dover

Appare chiaro a questo punto cosa intendano gli Autori quando affermano che «[a]ttirandoci continuamente nel tunnel, la scarsità opera un prelievo, come una tassa, sulla nostra larghezza di banda e, di conseguenza, inibisce le nostre abilità fondamentali»¹⁵.

Tale ingegnosa costruzione consente di cogliere anche importanti conseguenze nel campo che ci interessa da vicino: quello delle organizzazioni.

2. Dal micro al macro: applicazioni pratiche della teoria della scarsità

Anche per le organizzazioni “avere poco significa tanto”. Infatti, la penuria di risorse, rispetto ai compiti da svolgere, può provocare alcuni degli effetti negativi appena considerati con riferimento ai singoli esseri umani. Esposta con altri termini, la questione appare quasi controintuitiva e consiste nell'accorgersi che «[m]olti sistemi, per funzionare, richiedono risorse inutilizzate».

Si pensi al caso di un ospedale dalle camere operatorie congestionate a causa del gran numero di interventi chirurgici da svolgere quotidianamente¹⁶. In tali ipotesi la teoria suggerisce che il nosocomio sia dotato di almeno una sala, perfettamente funzionante, ma lasciata inutilizzata. Ciò indurrà l'organizzazione al più razionale utilizzo delle camere disponibili, con la consapevolezza, però, che nel caso di reale emergenza, vi è la disponibilità di una risorsa volutamente inutilizzata. Infatti, avere a disposizione risorse inutilizzate consente di non rimanere intrappolati dalla scarsità. Permette al sistema di non arrivare a fine giornata con l'acqua alla gola, di non dover affrettare i tempi d'una dimissione prevenendo possibili ricadute, di non dover stressare medici e infermieri costretti a turni massacranti in un contesto di continua emergenza.

In tutt'altro contesto, alla fine degli anni '90 del secolo scorso l'agenzia governativa degli Stati Uniti d'America che si occupa di ricerca aerospaziale lanciò verso Marte la sonda *Mars Climate Orbiter*. Una volta raggiunta l'orbita del pianeta, a settembre dell'anno successivo al lancio, la sonda spaziale sparì nel nulla. Si trattò di un fallimento costosissimo e imbarazzante. È vero che gli «insuccessi, specialmente quando si tratta di sistemi complessi, hanno di solito molte cause». Ma nel caso di specie era piuttosto chiaro cosa fosse andato storto. «La forza impressa dai propulsori era stata eccessiva. Ma la cosa particolarmente intrigante era la misura dell'errore compiuto». Venne calcolato dalla Nasa «il rapporto tra l'accensione desiderata e quella effettiva» e il numero ottenuto era «curiosamente familiare: 4,45» cioè il «numero usato per convertire le misure della forza tra il sistema metrico decimale e il sistema britannico. L'imbarazzante errore fu presto evidente». Vero è che gli errori sono

raggiungere un obiettivo in condizioni di scarsità (arrivare in poco tempo all'incendio) è una iper-focalizzazione su un pensiero che consente il raggiungimento dell'obiettivo (*dividendo di concentrazione*) ma allo stesso tempo inibisce altri pensieri (*inibizione dell'obiettivo*) ingenerando l'*effetto tunnel* (si vede nitidamente solo l'obiettivo primario); ciò costa all'attore la *tassa del tunnel* la quale a sua volta consiste in un *prelievo sulla larghezza di banda* (l'effetto negativo di non vedere il rischio d'incidenti e di non pensare alle possibili conseguenze nefaste del non allacciarsi la cintura di sicurezza), *ivi*, 37 ss. Tali dinamiche riportano alla mente il pensiero di Antonio Gramsci secondo cui «chi è troppo minuzioso per professione, si burocratizza: vede l'albero e non più la foresta, il regolamento e non più la strategia». Cfr. A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Torino, 2014, vol. I, 113.

¹⁵ S. MULLAINATHAN, E. SHAFIR, *Scarcity*, cit., 49 ss.

¹⁶ L'esempio è riferito al *St. John's Regional Health Center*, ospedale per acuti dello Stato del Missouri, negli Stati Uniti d'America, *ivi*, 185.



inevitabili ma è per questo che più cresce l'importanza di un'impresa e più si praticano controlli e *test*. Cosa era successo? In buona sintesi, il *team* «era in ritardo sulla tabella di marcia» mentre il «personale era stato ridotto». Non potendo gli ingegneri della Nasa ricorrere a una «proroga della scadenza» perché «a stabilire le date di lancio» sono «le orbite celesti», si dovettero allungare gli orari di lavoro del personale. Questo portò gli ingegneri a commettere errori. Concentrati sulla rigida scadenza (*effetto tunnel*), omisero alcuni «controlli decisivi» che «sembravano meno urgenti». Una delle principali «ragioni organizzative dell'insuccesso» fu individuata «nel paradigma “prima, meglio, più a buon mercato” adottato dalla Nasa», un modello che «poneva l'accento sui tagli dei costi e sull'accorciare le tempistiche. I *team* iniziarono a restare a corto di tempo e finivano sotto l'effetto tunnel. E poi trascuravano qualcosa». Così omisero controlli «importanti, ma non urgenti» cioè considerati «non cruciali» per «far sì che il lancio avvenisse puntualmente»¹⁷.

Un diverso esempio può essere colto da tutt'altro ambito: «[l]e strade funzionano meglio se il traffico è sotto il 70 per cento della loro capacità massima: gli ingorghi sono causati dalla mancanza di risorse inutilizzate. In linea di principio, se una strada è occupata all'85 per cento e tutti vanno alla stessa velocità, le auto viaggiano regolarmente con un certo spazio tra l'una e l'altra. Ma se un automobilista accelera, anche lievemente, e poi deve frenare, anche quelli che stanno dietro di lui devono frenare. A questo punto avranno rallentato troppo e, come è noto, è più facile ridurre la velocità di un'auto che aumentarla di nuovo. Questo piccolo shock – qualcuno che ha di poco superato la velocità corretta per poi toccare il freno – ha provocato un rallentamento sostanziale del traffico. Con pochi altri shock la circolazione rischia di bloccarsi». Quindi, la conclusione è che «[q]uando il traffico raggiunge l'85 per cento, c'è abbastanza strada ma le risorse inutilizzate non sono sufficienti ad assorbire i piccoli shock casuali». Perché il sistema funzioni bene, il traffico deve rimanere sotto il 70 per cento della capacità massima delle strade¹⁸.

3. La massima d'esperienza del *Libro bianco sul sovraffollamento carcerario*

Ci si può dunque chiedere se la teoria sin qui riassunta si presti ad essere applicata al sistema carcerario; in altre parole, ci si può domandare se, e in che termini, anche quest'ultimo possa funzionare meglio avendo a disposizione risorse inutilizzate.

Un'affermazione che, almeno *prima facie*, sembra andare in questo senso affiora dagli *standard* internazionali. Pensiamo al *Libro bianco sul sovraffollamento carcerario* del Consiglio d'Europa, in cui si chiarisce che «se un determinato istituto penitenziario è occupato per oltre il 90% della sua capacità, ciò indica un imminente sovraffollamento dell'istituto. Questa è una situazione ad alto rischio e le autorità dovrebbero preoccuparsi e adottare misure per evitare ulteriore sovraffollamento»¹⁹.

¹⁷ *Ivi*, 191 ss.

¹⁸ *Ivi*, 187 ss.

¹⁹ Il *Libro bianco sul sovraffollamento carcerario* – CM(2016)121-add3, è frutto del lavoro del *Drafting Committee on prison overcrowding* composto da esperti appartenenti alle più varie componenti del Consiglio d'Europa: il *Committee of Experts on the Operation of European Conventions on Co-operation in Criminal Matters* (PC-OC), il *Consultative Council of European Judges* (CCJE), il *Consultative Council of European Prosecutors* (CCPE); il *Council for Penological Co-operation* (PC-CP), l'*European Committee on Crime Problems* (CDPC), l'*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (CPT), l'*European*

A ben vedere, però, tale affermazione più che costituire un'applicazione della teoria della scarsità, sembra fondarsi sulla profonda conoscenza del funzionamento delle strutture penitenziarie degli autori della raccomandazione sovranazionale. Questi ultimi, infatti, hanno ben presente il fatto – codificato anche dai più importati documenti internazionali – che un istituto penitenziario di solito ha diverse sezioni che ospitano differenti categorie di ristretti, non intercambiabili fra loro²⁰. Perciò, anche se il numero complessivo di detenuti è inferiore alla capacità dei posti disponibili dell'istituto, alcune delle sue sezioni – come quelle disciplinari, dei servizi sanitari o quelle femminili – potrebbero essere occupate a metà mentre in altre sezioni potrebbero verificarsi situazioni di sovraffollamento. Tale fenomeno può essere ancora più evidente nei sistemi penitenziari che adottano sistemi di raggruppamento e separazione dei detenuti più raffinati e complessi, fondati su molteplici criteri, talvolta previsti direttamente dalle leggi, talaltra stabiliti da circolari delle amministrazioni competenti²¹. Queste forme di organizzazione in molteplici “circuiti penitenziari” riducono ancor più la possibilità di compensare il sovraffollamento in una sezione con gli spazi liberi di un'altra, poiché i detenuti vanno assegnati tenendo conto dei criteri di differenziazione vigenti in ciascun ordinamento.

Il documento del Consiglio d'Europa coglie dunque un aspetto significativo dell'organizzazione delle strutture penitenziarie del vecchio Continente – tutte più o meno caratterizzate dalla presenza di sezioni o reparti destinati a diverse funzioni o a differenti categorie di ristretti – e fornisce un ragionevole criterio prudenziale per evitare che, l'apparente assenza di sovraffollamento nelle statistiche corrisponda, nella pratica e in taluni reparti, a situazioni di forte *stress* dell'organizzazione e di lesione della dignità delle persone detenute. Tale parametro cautelativo consiste, come si è appena visto, nel tenere regolarmente l'occupazione degli istituti penitenziari in modo orientativo non sopra al 90%²².

Court of Human Rights (ECtHR); l'*Office of the High Commissioner for Human Rights* (OHCHR), il *Parliamentary Assembly* (PACE), il *Directorate General Human Rights and Rules of Law*. Il «lavoro del Comitato di redazione si è svolto tra dicembre 2014 e aprile 2016. Il Consiglio per la cooperazione penologica (PC-CP) ha approvato il testo nella riunione del suo gruppo di lavoro a maggio 2016. Il *Libro bianco* è stato infine approvato dal Comitato europeo sui problemi criminali (CDPC) nel giugno 2016». Il documento del Consiglio d'Europa è consultabile in <https://rm.coe.int/white-paper-on-prison-overcrowding-cm-2016-121-add3-e/16807c886b>.

²⁰ Sono in tal senso esemplari le *Regole minime delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti*, dedicate a *Nelson Mandela*, che alla Regola n. 11 affermano che «[l]os reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles».

²¹ Da questo punto di vista, il sistema penitenziario italiano costituisce un esempio significativo, poiché dispone da decenni di varie «specializzazioni interne alla classificazione legislativa» costituite dai «circuiti penitenziari» che consentono di «sviluppare la logica della differenziazione» nell'assegnazione e nel raggruppamento dei detenuti «presente in buona della legislazione penitenziaria». Cfr. F. DELLA CASA, *sub Art. 59*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), Milano, 2019, 59 ss.

²² Può aiutare a chiarire ancor meglio la questione quanto dichiarato da Mauro Palma, in una conferenza stampa intitolata *Le vulnerabilità in carcere. Riflessioni di inizio anno*, in *radioradicale.it*, 17 gennaio 2020, in cui il Presidente dell'Autorità Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, afferma che il «problema è calcolato come media delle medie quando si dice che noi abbiamo il 129% di sovraffollamento, ci sono delle sezioni che sono assolutamente semivuote e quelle incidono nella media, perché io non posso mettere i detenuti dappertutto in maniera uniforme», essendovene alcuni «di alta sicurezza» e altri «di media sicurezza, quindi è un dato che [...] porta alcune sezioni ad avere il 200% dell'affollamento [...], qualcun'altra ad avere il 40% di affollamento ma assolutamente non possono essere vasi comunicanti; è buona norma, questo a livello europeo si dice sempre, che una situazione» venga «considerata

Tale assennata raccomandazione, però, sembra essere tutto sommato poco seguita dagli Stati membri del Consiglio d'Europa; infatti, erano gli stessi autori del Libro Bianco a rilevare, con preoccupazione, che le allora recenti statistiche comparate europee²³ evidenziavano «che solo 16 delle 52 amministrazioni carcerarie indicavano un tasso d'occupazione carceraria al di sotto del 90%»²⁴.

4. Come dotare il carcere di risorse inutilizzate perfezionando il criterio empirico del *Libro bianco*

L'indicazione contenuta nel *Libro bianco*, pur non costituendo diretta applicazione della teoria della scarsità, consente però di mettere a fuoco un elemento di estrema utilità per tentare di riportare, in maniera proficua, tale teoria al contesto penitenziario.

Da un lato, infatti, sembra evidente che, per non incorrere nella *trappola della scarsità* sia necessario disporre in ogni momento di risorse inutilizzate, cioè a dire celle arredate, in buono stato di conservazione, ma non popolate da detenuti. Quindi vuote.

D'altro lato, però, l'applicazione di tale principio, centrale nella teoria della scarsità, sarebbe poco utile se non si tenesse conto della caratteristica degli istituti penitenziari che sta alla base della raccomandazione contenuta nel *Libro bianco*. In altri termini, la predisposizione di camere di pernottamento destinate a non essere utilizzate dovrebbe essere effettuata tenendo conto del fatto che gli istituti penitenziari sono normalmente suddivisi in sezioni, ciascuna delle quali destinata a una categoria di detenuti e del fatto che le valutazioni effettuate in base alle statistiche sono spesso semplicistiche, quando non fuorvianti. Pertanto, l'idea di mantenere una percentuale di camere libere – così da consentire all'organizzazione di non cadere nella “trappola della scarsità” – andrebbe attuata guardando non alla capienza totale della singola struttura, ma meno alla capacità dell'intero sistema penitenziario di una nazione, ma prendendo a riferimento partizioni più contenute, corrispon-

normale non quando ha cento posti per cento detenuti ma quando ha cento posti per novanta-novantacinque detenuti perché così» possono farsi «questi giochi di spostamento».

²³ Il riferimento è al rapporto SPACE per il 2014.

²⁴ «If a given prison is filled at more than 90% of its capacity this is an indicator of imminent prison overcrowding. This is a high risk situation and the authorities should feel concerned and should take measures to avoid further congestion. This is due to the fact that a prison has usually several different sections and even if the overall number of prisoners is less than the capacity of places some of its sections like disciplinary cells, medical unit cells or section for women or juveniles might be half empty while other sections might experience situations of overcrowding. We should note in this respect that SPACE data for 2014 indicate that only 16 of the 52 prison administrations have filled their prison capacity below 90% and this trend is worrying». Si veda, *White paper on prison overcrowding*, cit., par. 20. Per una migliore comprensione di alcuni passaggi cruciali del testo si preferisce rinviare congiuntamente alla versione francese del testo (*Livre blanc sur la surpopulation carcérale*): «[u]n établissement pénitentiaire rempli à plus de 90% de sa capacité connaît un risque imminent de surpeuplement carcéral. Cette situation est très risquée et les autorités devraient s'en alarmer et prendre les mesures nécessaires pour éviter tout engorgement. En effet, en règle générale, les prisons sont divisées en quartiers et, même si le nombre total de détenus est inférieur au nombre de places disponibles, il peut arriver que certains quartiers, à l'instar des cellules disciplinaires, des unités de soins médicaux ou des quartiers réservés aux femmes ou aux mineurs, soient remplis à moitié, alors que d'autres sont surpeuplés. Notons à cet égard que, d'après les statistiques SPACE de 2014, sur 52 administrations pénitentiaires, seules 16 indiquaient un taux d'occupation carcérale inférieur à 90% de la capacité, une tendance inquiétante s'il en est».

denti al massimo alle singole sezioni in cui è suddiviso ciascun carcere²⁵. In altri termini, si dovrebbe disporre di adeguati spazi, tali da consentire all'amministrazione di garantire per ogni reparto detenuto alcuni ambienti, predisposti per l'utilizzo, ma tenuti liberi nelle situazioni ordinarie. Così operando, si garantirebbe che nessuna ripartizione interna del carcere sia congestionata fino al limite della sua capienza e, dunque, a maggior ragione si avrebbe la concreta certezza, non solo a livello statistico, che nessuna categoria di persone ristrette stia subendo condizioni di sovraffollamento. Nel contempo, si avrebbe un margine di azione per fronteggiare eventuali situazioni critiche o emergenziali, rappresentato dalle camere tenute libere.

5. I sistemi penitenziari *vis-à-vis* con l'emergenza sanitaria

Benché il presente studio non nasca precipuamente per studiare gli effetti della pandemia, tuttavia è necessario dedicare un cenno alle peculiari conseguenze di tale complessa evenienza sulla gestione delle carceri.

Sino a un recentissimo passato, gli esempi di emergenze che avrebbero potuto dimostrare l'utilità di camere detentive tenute libere, sarebbero stati molteplici, ma certo non così gravi come la situazione che ci stiamo trovando a vivere in questo periodo.

Infatti, la crisi da pandemia che i sistemi carcerari stanno vivendo con la diffusione del CoViD-19 rappresenta una prova di eccezionale gravità²⁶, in particolare a livello di riduzione (e quindi di accresciuta scarsità) di spazi.

In primo luogo perché, come ad esempio accaduto nel nostro Paese, una serie di agitazioni e rivolte dei detenuti, in più di un quarto degli Istituti penitenziari italiani, ha provocato – oltre a non pochi morti²⁷ – il danneggiamento delle strutture e una riduzione di circa duemila posti²⁸.

In secondo luogo perché una misura preventiva cruciale per limitare la diffusione del *virus* è costituita dal "distanziamento sociale"²⁹, con la conseguenza che molti degli spazi che prima della diffusione del CoViD-19 potevano essere ritenuti, per certi versi, sufficienti, sono diventati inadeguati³⁰.

²⁵ Si consideri che le Corti internazionali, quando si trovano a valutare – ciascuna nell'ambito della propria competenza – la conformità agli *standard* delle condizioni detentive, normalmente prendono a riferimento porzioni ancora più piccole delle strutture detentive, quali le singole celle. È guardando a quanto spazio è assicurato alla persona detenuta nella camera detentiva che, dunque, viene stabilito se il sovraffollamento è stato così grave da divenire "inumano o degradante".

²⁶ Non v'è chi non abbia definito «l'improvvisa crisi pandemica» come «un'apocalisse» ma «[n]on nel senso con cui di solito si usa questo termine, a indicare catastrofe o fine del mondo, ma nel suo significato etimologico, con radici bibliche». In tal senso «apocalisse è un alzare il velo, è la ri-velazione di ciò che, pur sommerso, era già presente». Si veda E. BIANCHI, *A che serve la paura*, in *La Repubblica*, 3 agosto 2020.

²⁷ Sul delicato argomento cfr., tra gli altri, S. VECCHIO, *Lo stigma del tossico e la verità sospesa sulle morti di tredici detenuti*, in *Diritto penale e uomo (web)*, 4, 2020, nonché G. MERLI, *Carceri, Rsa, hotspot e Cpr ai tempi del Covid-19. Intervista a Mauro Palma*, in *Il Manifesto*, 3 settembre 2020.

²⁸ Quarantanove sono stati gli istituti penitenziari interessati da proteste più o meno violente. Si veda Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà, *Il Garante nazionale nei giorni dell'emergenza Covid-19*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl, 11 marzo 2020.

²⁹ Espressione che, secondo G. AGAMBEN, *Una domanda*, in alzogliocchiversoilcielo.blogspot.com, 14 aprile 2020, costituisce un «significativo eufemismo» usato per descrivere quello che «sarà il nuovo principio di organizzazione della società».

In terzo luogo, perché le persone detenute positive al CoViD-19 e quelle che potrebbero essere state esposte al *virus* (o che lo sono state), vanno sottoposte a quarantena o isolamento sanitario³¹ e questo ha creato la necessità di nuovi spazi.

Complessivamente, quindi, tutta una serie di piccoli e grandi *shock* ha intensificato i problemi endemici di scarsità di spazio (o di sovraffollamento, che dir si voglia) carcerario, ulteriormente compromettendo il labile equilibrio e il funzionamento complessivo dei sistemi penitenziari.

L'emergenza ha implicato la necessità di ridurre la popolazione carceraria con provvedimenti variazionali deflattivi, come raccomandato *inter alia* dal Parere adottato dal Sottocomitato per la prevenzione della tortura e degli altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (SPT) il 25 marzo 2020³². Non ci interessa qui esaminare nello specifico le misure prese o valutare la loro efficacia³³, anche se – tornando all'esempio italiano – il sistema penitenziario ha mostrato una capacità di contenere la diffusione dell'epidemia migliore di quanto ci si aspettasse³⁴. Ci preme solo far rilevare che

³⁰ Proprio tale argomento ha spinto taluni, anche in dottrina, a ritenere indispensabile l'adozione urgente di misure clemenziali generali per far fronte alle criticità del sistema penitenziario. In tal senso cfr. V. MAIELLO, *La funzione terapeutico-costituzionale di una misura di clemenza generale nella quarantena dello Stato di diritto*, in *Archivio penale web*, 1, 2020. In senso assai simile v., altresì, P. POMANTI, *La pena nell'emergenza o la pena dell'indifferenza?*, in *Archivio penale web*, 1, 2020.

³¹ In generale, secondo l'Organizzazione mondiale della sanità delle Nazioni Unite, «[t]he quarantine of persons is the restriction of activities of or the separation of persons who are not ill but who may have been exposed to an infectious agent or disease, with the objective of monitoring their symptoms and ensuring the early detection of cases. Quarantine is different from isolation, which is the separation of ill or infected persons from others to prevent the spread of infection or contamination». Si veda *Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19). Interim guidance*, in <https://apps.who.int>, 19 March 2020. Specificamente rispetto al contesto carcerario, si rinvia a un altro documento della *Un World Health Organization*, ovvero *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance*, in www.euro.who.int, 15 March 2020.

³² Si veda *Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic*, in www.ohchr.org, 25th March 2020, par. 9, punto n. 2). Il Parere è consultabile in italiano in www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl. Il Parere spiega come il Sottocomitato stesso e i *National preventive mechanism* debbano continuare a esercitare il proprio mandato durante la situazione d'emergenza determinata dalla diffusione globale del Covid-19. Il Sottocomitato è stato istituito in base al Protocollo opzionale alla Convenzione Onu contro la tortura (OPCAT), così come i *National Preventive Mechanism* (NPM) dei singoli Stati aderenti al Protocollo. Per l'Italia il Meccanismo Nazionale di Prevenzione è il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà. In proposito si veda A. ALBANO, *Il sistema NPM italiano*, in garantedetenuti.consiglio.puglia.it, 2018.

³³ In proposito si rinvia, *ex plurimis*, all'esaustivo articolo di A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3, 7 aprile 2020, 1-21; si v., altresì, D. PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *Archivio penale Web*, 1, 2020, nonché F. MARTIN, *Brevi spunti di riflessione sul c.d. decreto "Cura Italia" – Dall'emergenza carceri a nuove proposte applicative*, in *Diritto penale e uomo (web)*, 4, 2020.

³⁴ Sono in tal senso i dati riferiti di recente dal Ministro della Giustizia, Alfonso Bonafede. Sul punto v. G. PARLATORE, *Antimafia, Bonafede: scongiurata diffusione massiva virus in carcere*, in *Giustizia news online – Quotidiano del Ministero della giustizia*, 21/05/2020. In senso analogo, il Presidente del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, secondo cui «[f]ortunatamente, a oggi, la diffusione interna del contagio è stata contenuta – poco più di 200 persone coinvolte tra i detenuti e altrettante tra il personale – e anche le restrizioni sono state gradualmente accettate, dopo l'introduzione di smartphone e altro». Cfr. M. PALMA, *Fuori dall'angoscia, la paura da superare. Misure per la dignità*, in *Avvenire.it*, 20 maggio 2020.

più si dispone di risorse libere e prontamente utilizzabili e meno si ha bisogno di misure straordinarie quando si verificano *shock* che impattano sul sistema.

Peraltro occorre introdurre un elemento di chiarezza suggerito dalle indicazioni in materia contenute nell'anzidetto Parere dell'SPT, secondo cui considerato «l'aumentato rischio di contagio tra coloro che si trovano nelle strutture di custodia e di detenzione, l'SPT sollecita fermamente tutti gli Stati a: [...] porre particolare attenzione ai luoghi di detenzione in cui la popolazione supera la capienza ufficiale e dove quest'ultima è calcolata sulla base di un numero di metri quadri per persona che non consente la misura di distanziamento sociale in conformità con gli standard dati alla popolazione generale»³⁵. Il Sottocomitato raccomanda le attenzioni maggiori non semplicemente agli Stati genericamente sovraffollati ma a quelli che misurano la capienza ufficiale in base a *standard* che non consentono il distanziamento sociale utile a evitare la diffusione del *virus*. Perché è diverso calcolare la capienza del sistema penitenziario su base 3 mq o su base 9 mq *pro capite*.

Ma c'è un ulteriore cruciale profilo non evidenziato dall'SPT, che a ben guardare, tuttavia, risulta essere un logico corollario di quanto da esso raccomandato. A prescindere da come sono calcolate le capienze, qui diventa nevralgico capire quanto spazio hanno in concreto a disposizione i singoli detenuti. Perché se uno Stato calcola la capienza del sistema sulla base di un criterio largo (come potrebbe essere 9 mq a testa) che poi in concreto non rispetta, a nulla vale la raccomandazione.

In un simile contesto, dunque, sembra ancor più chiaro il valore dell'indicazione del *Libro bianco* a mantenere le presenze in ciascun istituto penitenziario al di sotto della sua capienza, soprattutto se accompagnata dall'accorgimento, suggerito dall'applicazione al contesto carcerario della teoria della scarsità, di garantire che in ogni sezione o reparto vi siano alcune celle libere.

6. Statistiche sul sovraffollamento vs. spazio reale *pro capite*

I richiami sin qui effettuati inducono a soffermarsi su di un concetto solo apparentemente privo di ambiguità: quello di sovraffollamento carcerario. Quest'ultimo, infatti, contrariamente a quanto creduto da molti, varia in maniera significativa in relazione al modo di calcolare la capienza del sistema penitenziario, in connessione con la serietà con cui viene applicato in concreto il parametro adottato³⁶.

Il caso europeo illustra bene la questione. Nell'ambito del Consiglio d'Europa, non esiste un criterio cogente e univoco per stabilire la capienza degli istituti penitenziari, dunque il calcolo dei livelli di affollamento differisce da Stato a Stato. Ma non è tutto, poiché per numerosi Stati addirittura non è possibile conoscere, o comprendere, i parametri in base ai quali misurano la capacità ricettiva delle

³⁵ Cfr. *Advice of the Subcommittee*, cit., par. 9, punto n. 3.

³⁶ «All'ovvietà del fenomeno si contrappone una totale mancanza di chiarezza concettuale». Così BYUNG-CHUL HAN, *Che cos'è il potere*, trad.it., Milano, 2019, 7, su quel «certo caos teorico» che «imperversa» ancora intorno al «concetto di potere». La questione, in un certo senso, ricorda da vicino l'inafferrabilità del concetto di sovraffollamento carcerario, definendo con rigore il quale si potrà privarlo «almeno del potere fondato sul fatto che non si sa esattamente cosa esso sia».

loro carceri³⁷. Ne consegue che le statistiche comparate non sono attendibili e, talvolta, risultano fuorvianti. Può accadere, infatti, che sistemi penitenziari che a livello statistico presentano una contenuta densità detentiva, siano in realtà ben più congestionati di sistemi apparentemente in condizioni peggiori.

Il nostro Paese calcola la capienza del suo sistema penitenziario in base al criterio dei 9 mq per una singola più 5 mq per ogni detenuto aggiuntivo (il c.d. criterio del “9 + 5”)³⁸. Si tratta di un parametro superiore sia a quello minimale di 3 mq *pro capite* indicato dalla Corte Europea dei Diritti Umani sia a quello promosso dal Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura di 6 mq per una singola, più 4 mq per una doppia e così via (fino a massimo una quadrupla che dovrà essere quindi di 18 mq) ed è certamente un criterio differente da quelli utilizzati da molti altri Stati membri del Consiglio d'Europa³⁹. Insomma, anche ipotizzando che per calcolare la superficie detentiva sia universalmente impiegato il metodo del CPT⁴⁰, poi fatto proprio dalla Corte EDU⁴¹ – che esclude la superficie del bagno o dei sanitari di cui è dotata la camera detentiva, ma include tutto lo spazio occupato dagli arredi – il panorama internazionale apparirebbe comunque sufficientemente frammentato. Ma, come dimostrano i risalenti contrasti interni alla giurisprudenza italiana⁴² – tali da avere comportato la sottoposizione della questione alle Sezioni Unite penali⁴³ – la situazione potrebbe essere ulteriormente complicata laddove gli Stati, oltre a indicare ciascuno una propria superficie regolamentare, decidesero anche di impiegare differenti metodi di calcolo (ad esempio, sottraendo dalla superficie della camera di pernottamento lo spazio sul quale insistono gli arredi cd. fissi e i letti⁴⁴).

³⁷ Per un quadro aggiornato della questione cfr. A. ALBANO, F. PICOZZI, “Conoscere per deliberare”? *Lo strano caso delle statistiche europee sul sovraffollamento carcerario*, in *Cassazione Penale*, 3, 2020, 1369 ss.

³⁸ Tali parametri non sono stati adottati con norma primaria, come talora affermato in dottrina (si veda in tal senso AA.VV., *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Archivio penale*, 2, 2013, 3) ma con una lettera circolare dell'Amministrazione penitenziaria del 17 novembre 1988, la n. 649773/1.5.28, intitolata *Rilevamento dati istituti penitenziari*. Inoltre, non si tratta di criteri elaborati specificamente per le strutture carcerarie, bensì «per le camere da letto delle civili abitazioni» (F. CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, in *Questione giustizia*, 1, 2010, 51). In parole diverse tali parametri sono usati solo *faute de mieux* dall'autorità amministrativa; tanto è vero che non vengono considerati giuridicamente cogenti nemmeno dalla stessa Amministrazione penitenziaria (cfr. il comunicato stampa del 2 aprile 2014 del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, che riporta come i parametri in parola siano «stabilit[i] convenzionalmente dal Decreto del Ministero della salute 5 luglio 1975»).

³⁹ Si vedano, a titolo di esempio, le statistiche del Consiglio d'Europa pubblicate nel 2019, M.F. AEBI, M.M. TIAGO, L. BERGER-KOLOPP, C. BURKHARDT, *SPACE I – 2019 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Survey 2016*, Strasbourg, 7 February 2019, 46.

⁴⁰ Si veda in proposito M. PALMA, *I riflessi interni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'esecuzione delle pene* (testo della lezione del 13 gennaio 2015 tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura nel corso di formazione su *I rimedi risarcitori ex art. 35 ter O.P.*).

⁴¹ Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, 7334/13, § 114.

⁴² Per una descrizione di tali contrasti interpretativi, sia consentito rinviare, tra gli altri, ad A. ALBANO, F. PICOZZI, *Il doppio standard della Cassazione in tema di condizioni detentive inumane e degradanti*, in *Cassazione Penale*, 11, 2018, 3641 ss., anche per l'ulteriore dottrina ivi citata.

⁴³ Si veda Cass., Sez. I, ord. 21 febbraio 2020, n. 14260.

⁴⁴ A titolo di esempio, può ben citarsi Cass., Sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, in *Cassazione penale*, 3, 2017, 1180, con nota di F. FIORENTIN, *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione*. In dottrina, in senso adesivo a tale orientamento giurisprudenziale v., tra gli altri, R.G. CONTI, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”*: tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, in F.

Prima delle rivolte di marzo 2020, la capienza ufficiale delle carceri italiane (calcolata in base al criterio del “9 + 5”) era di 50.931⁴⁵, per una popolazione detenuta che ammontava alla stessa data a 61.230 persone. Con un sovraffollamento al 120.2%. C’erano quindi 10.299 persone in più. Quando l’emergenza *virus* è cresciuta si è presumibilmente tenuto come obiettivo programmatico quello di abbassare il numero dei detenuti per riportarli all’anzidetta capacità ufficiale. Ma in realtà, se vogliamo sviluppare sempre in concreto la raccomandazione relativa al rispetto del distanziamento sociale, questi dati non dicono molto.

Sappiamo anche che dopo le rivolte di marzo i posti disponibili sono diminuiti per via dei danneggiamenti provocati dai detenuti stessi. Per cui ci è noto che, ad esempio, al 22 maggio 2020, il numero dei detenuti è sceso a «52.636», a fronte di una disponibilità reale di posti che al 28 aprile era di «46.731»⁴⁶. È certo significativo che il numero dei detenuti si sia ridotto di circa 8.000 unità in più o meno due mesi e mezzo, ma i numeri in questione sono sempre delle medie e come tali continuano a non dirci molto rispetto allo spazio in concreto concesso ai detenuti, che è l’unico dato rilevante, *a fortiori* quando si deve comprendere se negli istituti sia possibile il distanziamento sociale come misura preventiva.

7. Sei punti per un approccio preventivo

Considerato quindi che, come vedremo a breve, neppure una situazione di gravità estrema come la pandemia in corso può essere ritenuta un evento irripetibile, è utile riepilogare per punti alcune importanti indicazioni rinvenibili nella *soft law* internazionale – integrabili con la teoria della scarsità – volte a migliorare il funzionamento dei sistemi penitenziari e a prevenire eventuali *shock*, da quelli più piccoli a quelli più grandi.

1) Innanzitutto, come auspicato anche dal Parlamento europeo⁴⁷, sarebbe utile fissare un parametro spaziale *pro-capite* assennato e uniforme. Il modello in proposito può essere rappresentato dal criterio promosso dal CPT (c.d. “6 + 4”). Una tale iniziativa, pur non avendo effetti immediati sulla vivibili-

FIORENTIN (a cura di), Torino, 2019, 609 ss. In senso critico v., A. ALBANO, F. PICOZZI, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfoosi della sentenza “Muršič”*, in *Cassazione Penale*, 2017, 287. Nelle more della pubblicazione del presente contributo, è stato reso noto che le Sezioni Unite penali della Suprema Corte (informazione provvisoria n. 17 del 24.09.2020) hanno fatto proprio l’orientamento che propende per detrarre, dalla superficie utile per il detenuto, l’area occupata dagli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra i quali i letti “a castello”.

⁴⁵ Tale capienza ufficiale risalente al 29 febbraio 2020 è riportata nel *World Prison Brief*, che è un noto *online database* che fa capo all’*Institute for Crime & Justice Policy Research* (ICPR), presso la *Birkbeck, University of London*, in www.prisonstudies.org.

⁴⁶ Si veda Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà, *Il Garante nazionale nei giorni dell’emergenza Covid-19*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl, 22 maggio e 28 aprile 2020. Da osservare che qui il numero di posti si intende al netto di quelli indisponibili.

⁴⁷ V. la *Risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione (2015/2062(INI))*, ove, al n. 5), si sottolinea il fatto che «che gli Stati membri calcolano la capacità delle carceri e, di conseguenza, il tasso di sovraffollamento secondo parametri spaziali che differiscono radicalmente da uno Stato membro all’altro, il che rende difficile, se non addirittura impossibile, compiere raffronti a livello di Unione europea»; conseguentemente, al n. 9), si esortano «tutti gli Stati membri ad adottare una definizione comune di “spazio minimo” da garantire a ciascun detenuto».

tà delle nostre carceri, gioverebbe senz'altro all'immagine del nostro Paese che, come detto, al momento, calcola l'affollamento delle proprie strutture secondo il più impegnativo criterio del "9 + 5"; inoltre contribuirebbe a depurare il dibattito pubblico da continui errori e sovrapposizioni di significati diversi del termine "sovraffollamento" delle carceri; infine, renderebbe confrontabili i dati degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

2) Una volta affermato il nuovo criterio di calcolo della capienza degli istituti penitenziari, occorrerebbe osservarlo rigorosamente (il che, come la prassi mostra, non è affatto scontato). Anzi, come suggerito dal *Libro bianco* sul sovraffollamento, integrato con gli strumenti concettuali offerti dalla teoria della scarsità, sarebbe opportuno dotare il sistema di una capacità superiore rispetto al numero di ristretti che si ritiene questo sia destinato a ospitare, mantenendo ogni sezione o reparto detentivo, al di sotto del pieno utilizzo degli spazi disponibili. Ciò, permetterebbe alle strutture di funzionare meglio nell'ordinarietà e di disporre delle risorse per fronteggiare eventuali fasi critiche. In altri termini, si tratterebbe di sfuggire alla "trappola della scarsità", consentendo al sistema di non ridursi allo stremo, di non tendere verso la violazione sistematica – in termini di prossemica – dell'*intimate* e del *personal space* delle persone detenute⁴⁸ e di non costringere il personale a lavorare in condizioni difficili in strutture sempre al limite delle loro possibilità⁴⁹. Beninteso ciò vale per chi sia incline a ritenere preferibile la logica preventiva, da Prometeo, piuttosto che quella agli antipodi che abitualmente si fa risalire a Epimeteo⁵⁰.

⁴⁸ Si veda E.T. HALL, *La dimensione nascosta. Il significato delle distanze tra i soggetti umani*, trad. it, Milano, 1968, 147 ss. Si vedano, in particolare, i paragrafi dedicati alla *distanza intima* e a quella *personale* sia in *fase di vicinanza* che in *fase di lontananza*, in cui l'Autore specifica come la *distanza intima*, quantitativamente, arrivi fino a 45 cm, la seconda, nella sua declinazione di *vicinanza*, vada dai 45 ai 75 cm, mentre in quella di *lontananza* vada da 75 a 120 cm. Si veda anche la *Joint partly dissenting opinion of Judges Sajó, López Guerra and Wojtyczek*, allegata a C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, 7334/13, in cui i giudici dissenzienti specificano che «[t]he standard of 3 sq. m per prisoner means in practice that the inmates constantly breach their so-called personal distance and often enter into the so-called intimacy zone».

⁴⁹ Non è inutile evidenziare che il miglioramento delle condizioni complessive del sistema penitenziario, è un fattore che si riverbera non solo sulla popolazione detenuta ma anche sul personale che vi lavora. Che non sempre ne è perfettamente consapevole. Tale aspetto non è insignificante. Si pensi, a titolo di esempio, a quando in Norvegia un incombente sovraffollamento carcerario, in quel Paese consistente nel rischio di non riuscire a conservare il tendenziale principio della cella singola, fece la sua comparsa. Tale rischio provocò la reazione di molte parti sociali, a cominciare «dal personale carcerario – e dai loro sindacati – che nell'incipiente *overcrowding* colse immediati rischi, non solo per la sicurezza, ma anche d'un possibile deterioramento dell'ambiente detentivo, con conseguenze degradanti, per le persone ristrette, ma pure per i dipendenti del carcere. Il grido d'allarme proveniente dal personale, dalla maggioranza delle persone detenute e da voci tradizionalmente sensibili alle criticità dell'esecuzione penale, venne ascoltato ed il principio di mantenere le camere singole conservato». Così, A. ALBANO, *Nota redazionale* a M. PALMA, *L'idea della pena nel mondo globalizzato*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2, 2015, 207 ss. Si veda anche, più diffusamente, Nils Christie, *Crime Control as Industry. Towards Gulags Western Style*, London, 3 ed., 2000, 41 ss.

⁵⁰ La notazione è di stampo etimologico: «*Prometheus*» è «il provveggenete», il «provvido» (su questa etimologia si veda anche F. CORDERO, *Trattato di decomposizione*, Bari, 1970, 154), qualcuno che vede e riflette prima, come si addice a chi coltivi l'approccio preventivo, mentre il fratello «*Epimetheus*», è «colui che impara solo dopo», «l'imprudente», appellativi che «implicano già un riferimento ad esseri bisognosi di precauzione e minacciati dall'imprudenza». Secondo una versione del mito riportata in Esiodo, «[q]uando fu pronta l'insidia minacciosa, contro la quale non vi è difesa», Zeus «inviò il celebre veloce messaggero da Epimeteo, con il dono. Questi non si preoccupò di ciò che Prometeo una volta gli aveva detto, cioè di non accettare alcun regalo da

- 3) Per avere un'idea del congestionamento degli istituti, più realistica di quella fornita dalle statistiche, sarebbe utile che tutti gli Stati si dotassero – prendendo esempio dall'Italia, elogiata nel 2016 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – di strumenti di monitoraggio informatici tali da consentire di comprendere in tempo reale quanti metri quadri abbia a disposizione la singola persona detenuta⁵¹. Altri Stati, non di rado presi a modello per la trasparenza dei loro poteri pubblici, sembrano invece costituire esempi negativi quanto a mancanza di chiarezza circa la reale situazione degli spazi intramurari di cui dispongono le persone ristrette. È questo il caso della Gran Bretagna⁵².
- 4) Inoltre, nei sistemi penitenziari che ne sono meno dotati⁵³, potrebbe essere utile incrementare il numero di camere detentive singole⁵⁴, e comunque seguire l'indicazione del CPT, evitando il ricorso a dormitori che ospitino più di quattro persone⁵⁵.
- 5) Ancora, occorre dedicare le giuste energie a elaborare e aggiornare costantemente la «pianificazione strategica» riguardante il parco delle strutture detentive, così come suggerito dalle Nazioni

parte di Zeus, bensì di rimandargli tutto, affinché nessuna male derivasse ai mortali. Prese il dono e solo in seguito si accorse del male. Prima il genere umano era vissuto sulla terra senza alcun male, senza fatiche e malattie che dovessero portare la morte agli uomini. Ora invece la donna levò il coperchio del grosso vaso e le lasciò diffondersi dappertutto, a triste preoccupazione degli uomini. Soltanto Elpis, la Speranza, rimase dentro il carcere indistruttibile, sotto l'orlo del vaso, e non volò fuori. Davanti a lei la donna chiuse il coperchio, secondo la volontà di Zeus. Il resto dello sciame, innumerevole e triste, circola da allora dappertutto [...] Le malattie colpiscono gli uomini di giorno, vengono inattese di notte, fatali e mute, poiché Zeus astuto negò loro la voce». Si veda K. KERÉNYI, *Gli dèi e gli eroi della Grecia*, trad.it, Milano, 2009, 182 ss.

⁵¹ Qui l'esempio virtuoso è fornito dall'Italia, che nella fase di esecuzione degli obblighi derivanti dalla nota sentenza *Torreggiani* della Corte EDU, si è dotata di un applicativo informatico – il cui nome burocratico è *Applicativo spazi detentivi*, in acronimo *Asd* – che consente tale tipo di controllo. Per un approfondimento sul funzionamento di tale applicativo v. E. NANNI, *L'applicativo informatico spazi/detenuti: la nuova cabina di regia dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 2014, 36.

⁵² Depongono in tal senso i recenti rilievi del CPT rispetto alla relativa opacità di taluni dati riferibili al sistema penitenziario Britannico. Infatti, nel *Report to the Government of the United Kingdom on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 30 March to 12 April 2016*, pubblicato il 19 aprile 2020, 9, 27 ss. e 36 ss., il Comitato deplora il sovraffollamento carcerario riscontrato, sebbene non sia messo in grado di quantificarlo precisamente a causa dei criteri adottati nel Regno Unito, quali la citata *Certified Normal Accommodation* (CNA) – ovvero «the good, decent standard of accommodation that the Prison Service aspires to provide to all prisoners» – che nulla dice riguardo allo spazio detentivo *pro capite* spettante in media o in concreto. Sulla varietà di criteri usati nel Regno Unito per misurare il sovraffollamento carcerario, si rinvia a C.R. PISCITELLO, A. ALBANO, F. PICOZZI, *Avvertenze per la lettura delle statistiche europee sul sovraffollamento delle carceri*, in *Cassazione penale*, 6, 2015, 2146 ss.

⁵³ Infatti stando alle statistiche del Consiglio d'Europa, solo 13 Amministrazioni rispondono positivamente alla domanda formulata dai ricercatori sulla possibilità che la capacità del sistema penitenziario consenta la sistemazione in camere singole per la notte; e l'Italia non è tra queste. Si veda M.F. AEBI, M.M. TIAGO, *SPACE I – 2019 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*, Strasbourg, 7 aprile 2020, 72.

⁵⁴ Come il caso della Norvegia ha dimostrato. Si veda *supra*, nota 39. Si tenga presente, comunque, che in dottrina è prevalente l'idea che le strutture debbano avere tanto camere singole quanto multiple, posto che vi sono individui che per varie ragioni, anche transitoriamente, è più opportuno assegnare a camere di pernottamento a più posti. In tal senso, tra gli altri, G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 69.

⁵⁵ È questa l'indicazione contenuta nei citati standard del CPT del 2015.

Unite⁵⁶. La scelta di tarare il sistema penitenziario su una capienza maggiore o minore è naturalmente influenzata anche da ragioni politiche e culturali, dunque varia nei diversi Stati e nelle differenti epoche. Tuttavia, è opportuno che tale scelta sia operata tenendo conto dei reali bisogni del Paese interessato⁵⁷ nonché, nei limiti del possibile, dell'evoluzione futura del numero di persone detenute. È chiaro infatti che l'efficiente «gestione di un sistema penitenziario» richiede «una previsione delle quantità di popolazione di cui il sistema si deve e si dovrà occupare»⁵⁸. Esercizio predittivo tutt'altro che semplice, che non può essere lasciato soltanto a studiosi del diritto, considerato che il numero dei detenuti è influenzato non solo da opzioni legislative e amministrative, ma anche da fattori sociali, demografici ed economici⁵⁹.

6) Infine, la pianificazione strategica di cui si è appena detto, dovrebbe tenere conto dell'esigenza di organizzare il sistema penitenziario in modo da favorire, come prescritto dalle *Regole penitenziarie europee*, l'assegnazione dei detenuti «vicino alla famiglia o al loro centro di reinserimento sociale»⁶⁰. Le ricadute positive di sistema scaturenti dal recepimento delle indicazioni appena considerate, sarebbero non solo in termini di dignità umana: per le persone detenute, per il personale penitenziario e, più in generale, per chiunque graviti intorno ai luoghi di privazione della libertà – tale profilo è certo più immediatamente percepibile quando il distanziamento sociale, e quindi gli spazi, diventino forzatamente fattore primario. Ma anche, come potrebbero facilmente riconoscere i cultori della “ragion pratica”, in termini di risparmi derivanti dall'abbattimento del numero dei contenziosi da sovrappollamento carcerario.

Un esempio positivo in tal senso sembrerebbe essere costituito dall'organizzazione penitenziaria della Germania che, a settembre 2019 ospitava 63.851 detenuti, per una capacità ufficiale pari a 72.953, quindi, un tasso di affollamento un poco al di sotto del 90% (precisamente all'87.5%)⁶¹. Il che, *mutatis mutandis*, appare accadere anche nel campo più al centro della cronaca recente: quello sanitario;

⁵⁶ UNODC – Ufficio delle Nazioni Unite Contro la Droga e il Crimine, *Manuale sulle strategie di riduzione della sovrappopolazione carceraria*, Vienna, 2013, 172 ss.

⁵⁷ *Ivi*, 42.

⁵⁸ Così si esprimevano, in uno degli studi italiani pionieristici sull'argomento, G. VASSALLI, F. FERRACUTI, G. MARBACH, *Le proiezioni della popolazione penitenziaria italiana*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2-3, 1983, 2.

⁵⁹ In tal senso, tra gli altri, cfr. l'opinione di un'esperta delle Nazioni Unite, P. BARZANÒ, *Il sovraffollamento carcerario: un problema diffuso*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1, 2015, 320, ove si afferma: «[s]econdo la mia esperienza di assistenza tecnica in varie regioni, il problema della sovrappopolazione carceraria necessita di un'analisi approfondita per individuarne le cause proprie di ogni Paese e può essere risolto solo con un approccio deciso e multidisciplinare che preveda scadenze e ruoli ben precisi per i vari attori coinvolti».

⁶⁰ Cfr. Raccomandazione R (2006)2 sulle regole penitenziarie europee, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006, reg. 17.1. Sullo stato di applicazione di tale regola, si veda *Intervista a Mauro Palma, Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, in www.extremaratioassociazione.it, 22 maggio 2020, che si è espresso nel senso dell'attuale «abbandono di un principio un tempo vigente, quello della “territorialità dell'esecuzione penale”».

⁶¹ Cfr. *World Prison Brief*, in www.prisonstudies.org. Si vedano anche le statistiche commissionate dal Consiglio d'Europa all'Università di Losanna, quindi M.F. AEBI, M.M. TIAGO, *SPACE I – 2019 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*, cit., 72, secondo cui al 30 novembre 2018, la Germania aveva 63.643 detenuti per 74.386, con un tasso di affollamento all'85.6%.

ambito nel quale il Servizio sanitario tedesco sembra disporre di abbondanza di risorse, con conseguenti effetti positivi sul suo funzionamento⁶².

Orbene, astenendosi da ogni considerazione sul tema dell'organizzazione ospedaliera germanica, occorre chiedersi se – quanto al sistema penitenziario – a Berlino non sia più chiara la logica dell'utilità intrinseca delle risorse inutilizzate. I numeri sembrerebbero chiari, ma è ragionevole maneggiarli con prudenza⁶³, vista l'eterogeneità dei criteri nazionali in materia. Infatti, dalle statistiche del *Birkbeck College* e da quelle dell'Università di Losanna elaborate per il Consiglio d'Europa, non emerge come i tedeschi calcolino la capienza del proprio sistema penitenziario. Cioè non solo non consta quanti metri quadri abbiano realmente a disposizione i detenuti in Germania, ma neanche quanti metri quadri *pro capite* dovrebbero avere (anche se poi non li hanno, come è il caso dei “9 +5 mq” dell'Italia), o se misurino la capienza del sistema penitenziario in base ai posti letto presenti o in base alla *design capacity* (che corrisponde al numero di detenuti che un istituto penale era destinato ad ospitare quando è stato costruito o ristrutturato) o in base alla *operational capacity* (che rappresenta il numero di detenuti che un carcere può di fatto ospitare rimanendo funzionale). Mentre, come abbiamo cercato di spiegare, quello del sapere quanti metri quadri abbia in concreto a disposizione ogni singola persona detenuta è un profilo irrinunciabile del discorso che abbiamo provato a sviluppare⁶⁴.

8. Coltivare la ridondanza

La possibile obiezione, che, in fin dei conti, il CoViD-19 sia un “cigno nero” e che quindi si sia trattato di un evento del tutto imprevedibile, merita di essere messa in discussione.

⁶² È stato infatti rilevato che, al 5 aprile 2020, il tasso di letalità del CoViD-19 in Germania è apparso più basso che altrove, essendo all'1.3%; in Italia, invece, era al 12%, in Spagna, Francia e Gran Bretagna era al 10%. Le spiegazioni sono state varie (l'età media più bassa dei contagiati che in Germania è 49 anni mentre in Italia e Francia è 62 anni oppure i tamponi eseguiti a tappeto in Germania, come più o meno in nessun altro Paese, «al ritmo di quasi 400 mila test la settimana») ma una è quella apparsa più in diretta connessione rispetto al tema *de qua*: la «forte capacità di assorbimento del suo sistema ospedaliero. All'inizio della crisi c'erano 28 mila stazioni di terapia intensiva nei nosocomi tedeschi, pari a 34 per 100 mila persone. Al confronto in Italia ce n'erano 12, in Olanda 7 ogni 100 mila. Un mese dopo però, il sistema sanitario tedesco dispone di 40 mila posti di terapia intensiva». Così P. VALENTINO, *Coronavirus, perché la Germania ha così pochi morti?*, in *Corriere della sera*, 5 aprile 2020.

⁶³ A tale proposito non può non tenersi conto di una ricerca risalente ad aprile 2018, che evidenziava come, al di là delle medie nazionali, la situazione sia molto diversa tra un *Land* e l'altro. Infatti nel 2017 nel «Baden-Württemberg, occupant capacity exceeded 101.3 percent for male prisoners» mentre in «Rhineland-Palatinate, it jumped from 99.99 to 100.6 percent in January. Prisons in other states, including Bavaria, Berlin, Hamburg and North Rhine-Westphalia, surpassed 90 percent of occupant capacity». Cfr. L. SANDERS IV, *German prison system buckling under threat of overcrowding*, in www.dw.com/en/german-prison-system-buckling-under-threat-of-overcrowding/a-43548583, 27 April 2018. Si veda inoltre anche l'articolo *German jails are at maximum capacity nationwide: report*, in www.thelocal.de/20180425/german-jails-max-capacity, 25 April 2018, in cui si sottolinea come secondo alcuni esperti citati nell'anzidetto «report, “full occupancy” is defined as the point when a jail's occupancy rate is at 85 to 90 percent. This puts most German jails in 2017 at or over full capacity». A ulteriore conferma di quanto stiamo cercando di chiarire.

⁶⁴ Va qui osservato, però, che tra le 13 Amministrazioni il cui sistema penitenziario consente la sistemazione in camere detentive singole per la notte, figura la Germania. Si veda *supra*, nota 43. E questo è significativo.

E qui occorre aprire una parentesi. Il recupero (non l'invenzione), dell'espressione «cigno nero» si deve a una stravagante e influente figura intellettuale, Nassim Nicholas Taleb.

Si tratta secondo alcuni della «espressione più usata in tutto il mondo in questo momento per indicare l'evento inatteso che travolge tutto e tutti cambiando la storia». Ma a ben guardare è proprio Taleb a mettere in guardia sull'opportunità di spendere tale concetto per definire il Coronavirus.

In primo luogo, avverte l'autore, a proposito del "cigno nero", già «Aristotele ne parlava come sinonimo di impossibilità, poi divenne un modo di dire diffuso nella Londra del XVII secolo, infine quando nell'800 il naturalista inglese John Latham svelò che in Australia i cigni sono davvero neri, ha assunto la connotazione secondo me più appropriata: una fattispecie non impossibile ma rara, inconsueta, sorprendente». Poi, in una sorta di interpretazione autentica, Taleb precisa che «il coronavirus non è un cigno nero». Infatti «[m]anca una connotazione essenziale: l'imprevedibilità [...] erano anni che la comunità scientifica avvertiva che prima o poi sarebbe scoppiata un'epidemia globale»⁶⁵.

E in effetti, è noto che solo nel secolo scorso tre sono state le pandemie influenzali, nel 1918, nel 1957-58 e nel 1968 «identificate comunemente in base alla presunta area di origine» quindi rispettivamente «Spagnola, Asiatica e Hong Kong»⁶⁶. Solo che «la probabilità che un evento raro si verifichi è semplicemente impossibile da calcolare»⁶⁷. Però sappiamo che si verificherà, magari quando meno ce lo aspettiamo. In fin dei conti già «nel 2012, il divulgatore scientifico e autore David Quammen ha scritto nel suo libro *Spillover* (Adelphi, 2014), una storia dell'evoluzione delle epidemie, che la futura grande pandemia ("the Next Big One") sarebbe stata causata da un virus zoonotico trasmesso da un animale selvatico, verosimilmente un pipistrello, e sarebbe venuto a contatto con l'uomo attraverso un "wet market" in Cina». E non si è trattato certo «di una profezia», essendo Quammen «arrivato a

⁶⁵ E. OCCORSIO, Taleb "Dal coronavirus una scossa al sistema, ma questo non è il mio Cigno Nero", in *Repubblica*, 4 marzo 2020. Taleb introduce il concetto in *Fooled by Randomness. The Hidden Role of Chance in the Markets and in Life*, New York – London, 2001, uscito in Italia con il titolo *Giocati dal caso. Il ruolo della fortuna nella finanza e nella vita*, trad. it., Milano, 2013. In tale sede, l'autore, spiega che per «cigno nero» intende un «evento raro», *ivi*, 34. Poi, in altra parte (*ivi*, 127) specifica che nel suo «*Trattato sulla natura umana*, il filosofo scozzese David Hume pose il problema nel modo seguente (nella versione che ne diede John Stuart Mill con l'ormai famoso "problema del cigno nero"): *nessun numero di osservazioni di cigni bianchi autorizza l'inferenza che tutti i cigni siano bianchi, ma l'osservazione di un solo cigno nero è sufficiente per confutare tale conclusione*». Più tardi, nel 2007, dedica un intero libro al *cygnus atratus*: *The Black Swan*, in versione italiana divenuto *Il cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, trad. it., Milano, 2009. Qui, Taleb spiega che il "cigno nero" «è un evento che possiede le tre caratteristiche seguenti. In primo luogo, è un evento isolato, che non rientra nel campo delle normali aspettative, poiché niente nel passato può indicare in modo plausibile la sua possibilità. In secondo luogo ha un impatto enorme. In terzo luogo, nonostante il suo carattere di evento isolato, la natura umana ci spinge a elaborare a posteriori giustificazioni della sua comparsa per renderlo spiegabile e prevedibile». Quindi, «rarietà, impatto enorme e prevedibilità retrospettiva». In più, «[a]l fenomeno in sé si aggiunge il fatto che noi tendiamo a comportarci come se il Cigno nero non esistesse». Infatti, il concetto «centrale» del libro è «la nostra cecità al caso, e in particolare alle grandi deviazioni» (*ivi*, 11 ss.).

⁶⁶ Cui devono aggiungersi due «[e]venti quasi pandemici» nel 1947 e nel 1977. Si veda *Il portale dell'epidemiologia per la sanità pubblica*, a cura dell'Istituto superiore di sanità in www.epicentro.iss.it.

⁶⁷ «Sappiamo molto meno sulle inondazioni che avvengono ogni cento anni che non su quelle che avvengono ogni cinque: quando la probabilità è così bassa, l'errore nel modello risulta amplificato. *Più è raro l'evento, meno è gestibile e meno sappiamo sulla frequenza con cui accade*». Si veda N.N. TALEB, *Antifragile*, cit., 2012 nella versione italiana *Antifragile*, trad. it., Milano, 2013, 25.

queste conclusioni attraverso ricerche, inchieste e interviste accompagnate dai dati scientifici degli esperti»⁶⁸.

Se siamo in cerca di conferme all'impostazione che abbiamo cercato di sviluppare è utile esplorare un altro concetto, sempre teorizzato da Taleb e rilevante per il discorso sul tappeto. Quello di «antifragilità», cioè l'opposto della fragilità, che è qualcosa di più della «robustezza»⁶⁹. Nella visione di Taleb, quando si verificano degli *shock*, se un sistema va in rovina è fragile, se resiste è robusto⁷⁰, se torna come prima è resiliente, se prospera è antifragile (la situazione inversa rispetto a ciò che è fragile). In parole ancora diverse «[l']opposto di fragile è», secondo il pensatore libanese, «ciò che rimane integro *nel peggiore dei casi*»⁷¹.

Nella ricerca di «risposte antifragili» agli *shock*, emerge che queste ultime «altro non sono che una forma di ridondanza» cioè «il metodo con cui i sistemi naturali gestiscono il rischio. Noi esseri umani [...] abbiamo due reni, pezzi di ricambio e capacità aggiuntive in moltissimi organi e sistemi (come i polmoni, il sistema nervoso, l'apparato circolatorio). Lo stesso non si può dire dei progetti umani, che tendono a essere ridotti all'osso e caratterizzati dall'opposto della ridondanza»⁷². Infatti, secondo Taleb, rispetto ai sistemi progettati dall'uomo, la ridondanza viene percepita in maniera «ambigua, per-

⁶⁸ S. LEVANTESI, *David Quammen: «Questo virus è più pericoloso di Ebola e Sars»*, 25 marzo 2020, *il Manifesto*, in *ilmanifesto.it*.

⁶⁹ «Certe cose traggono vantaggio dagli scossoni: prosperano e crescono quando sono esposte alla volatilità, al caso, al disordine e ai fattori di stress [...] Eppure, nonostante l'onnipresenza del fenomeno, non esiste una parola che descriva l'esatto opposto di fragile. Chiamiamolo allora "antifragile". L'antifragilità va al di là della resilienza e della robustezza. Ciò che è resiliente resiste agli shock e rimane identico a se stesso; l'antifragile migliora. Questa qualità è alla base di tutto ciò che muta nel tempo: l'evoluzione, la cultura, le idee, le rivoluzioni, i sistemi politici, l'innovazione tecnologica, il successo culturale ed economico, la sopravvivenza delle aziende, le buone ricette [...], lo sviluppo di città, civiltà, sistemi giuridici» e così via. «L'antifragilità ci fa capire meglio la fragilità. Così come non possiamo migliorare la salute senza attenuare la malattia, né accrescere il patrimonio senza prima ridurre le perdite, l'antifragilità e la fragilità rappresentano gradi diversi del medesimo spettro [...] È molto più facile capire se una cosa è fragile che prevedere il verificarsi di un evento che potrebbe danneggiarla. La fragilità può essere misurata, il rischio non è misurabile. Ciò costituisce una soluzione» al «"problema del Cigno nero"» cioè «l'impossibilità di calcolare il rischio che si verifichino eventi rari di grande impatto e di predirne l'occorrenza. È molto più facile gestire la sensibilità ai danni provocati dalla volatilità che prevedere l'evento che potrebbe causare quel danno. Pertanto la mia proposta è di capovolgere completamente il nostro attuale approccio alla previsione, ai pronostici e alla gestione del rischio. In ogni ambito o area di applicazione, propongo regole per spostarsi dal fragile all'antifragile, o riducendo la fragilità, o sfruttando l'antifragilità». Peraltro, per «individuare l'antifragilità (e la fragilità)» Taleb propone «un semplice test di asimmetria: qualunque cosa tragga più vantaggi che svantaggi dagli eventi casuali (o da alcuni shock) è antifragile: in caso contrario è fragile». Si veda N.N. TALEB, *Antifragile*, cit., 21 ss.

⁷⁰ Philippe Kourilsky, biologo e immunologo d'oltralpe, in un suo recentissimo libro – P. KOURILSKY, *Di scienza e democrazia. Crisi della politica e speranza della ragione*, trad. it., Torino, 2020 – tenta di «applicare alla democrazia "la scienza della complessità" con cui di solito analizza proteine e sistemi per saggiarne la robustezza», che descrive come «la capacità di continuare a funzionare adeguatamente anche in caso di eventi imprevisti». Si veda G. MILANI, *La robustezza del sistema*, in *Internazionale*, 1354, 2020, 76.

⁷¹ N.N. TALEB, *Antifragile*, cit., 49.

⁷² Taleb cita a titolo di esempio le seguenti situazioni: «cinquantamila euro di risparmi in banca o, meglio, sotto il materasso sono ridondanti; la stessa somma dovuta alla banca costituisce un debito e quindi è il contrario della ridondanza». In generale, invece, può dirsi che «l'intero operato di Madre Natura» tende alla ridondanza «perché alla natura piace sovra-assicurarsi». *Ivi*, 62.

ché se non ci sono imprevisti sembra uno spreco. Il punto è che le cose insolite accadono, di solito»⁷³. Come la diffusione dell'attuale pandemia ha dimostrato.

Il concetto di ridondanza come profilo di risposta antifragile dei sistemi complessi agli *shock* improvvisi, riporta al corollario della teoria della scarsità, secondo cui occorre fare uso di risorse inutilizzate per assicurare il buon funzionamento di un sistema “in tempo di pace” e la sua tenuta “in tempo di guerra”. Quelle stesse risorse inutilizzate che quando tutto fila liscio appaiono uno sperpero (pur non essendolo⁷⁴), ma non appena accade qualche imprevisto, soprattutto quelli dall'impatto peggiore, rivelano appieno la loro utilità. In fin dei conti, possiamo leggere anche queste riflessioni come un invito a essere «pronti a pensare al futuro», metabolizzando l'idea «che prevenire un problema non è uno spreco, anzi è vantaggioso»⁷⁵.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Si consideri a tale riguardo quello che Christian Drosten – «direttore dell'Istituto di Virologia presso il Charité Hospital di Berlino, esperto di riferimento del governo tedesco per la gestione della crisi sanitaria» – chiama il «paradosso della prevenzione». In una recente intervista al *Guardian*, Drosten ha chiarito che attualmente «la metà dei posti letto in terapia intensiva in Germania sono liberi» per via del «fatto che abbiamo iniziato a diagnosticare la malattia molto presto e su grande scala, e così facendo abbiamo bloccato l'epidemia [...] le persone vedono che gli ospedali non sono sotto stress e non capiscono come mai i loro negozi hanno dovuto chiudere. Osservano solamente quello che succede qui da noi e non la situazione, per esempio, a New York o in Spagna. È questo il “paradosso della prevenzione”». Si veda *Il paradosso della prevenzione: dove le misure hanno bloccato l'ondata, si tende a mettere in dubbio l'utilità delle misure stesse*, in www.valigiablu.it/approfondimenti, 6 maggio 2020.

⁷⁵ Così A. D'ALOIA, *Il parere del CNB su CoViD-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale: osservazioni a margine*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 7. Nello stesso ordine di idee, lo *Statement by Michelle Bachelet, UN High Commissioner for Human Rights*, in www.ohchr.org, 14 September 2020, nel cui *incipit* l'Alta Commissaria sottolinea che «[i]n a context of sharply escalating suffering and turmoil across the world, human rights principles, norms and actions offer effective solutions to build stronger resilience to shocks, and counter despair, by preventing social, economic and political instability».

Laicità e servizi pubblici. Il caso della sanità

Nicoletta Vettori*

SECULARISM AND PUBLIC SERVICES. THE CASE OF NATIONAL HEALTHCARE SYSTEM

ABSTRACT: The essay analyzes the implementation of the principle of secularism in the national health system, focusing on three themes: religious assistance services provided in health facilities, the issue of male ritual circumcisions and the conscientious objection for healthcare professionals. The analysis carried out by the author shows that to identify how the health administration must respond to the needs for the protection of freedom of conscience and religion, which emerge in contemporary society, it is necessary to relate the principle of secularism with the other fundamental principles of public services.

KEYWORDS: Principle of secularism; national healthcare system; religious assistance services; male ritual circumcisions; conscientious objection

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il principio di laicità del servizio sanitario: un valore non isolato – 3. I servizi di assistenza religiosa nelle strutture sanitarie pubbliche – 3.1. *L'an*: tutela della salute, «personalizzazione dell'assistenza» e laicità «positiva» dell'amministrazione sanitaria – 3.2. Il *quomodo*: principio di imparzialità del servizio pubblico e garanzia di «pari protezione delle coscienze individuali» – 4. La circoncisione rituale maschile nelle strutture sanitarie pubbliche – 4.1. Tutela della salute, protezione dell'infanzia e riconoscimento del pluralismo culturale – 5. L'obiezione di coscienza in ambito sanitario tra istanze di laicità «positiva» (a garanzia della libertà di coscienza del personale) ed esigenze di «laicità-neutralità» (a tutela della libertà di salute degli utenti) – 5.1. L'ago della bilancia è il principio di buon andamento del servizio pubblico – 6. Notazioni conclusive: per una laicità «dialogante».

1. Premessa

Obiiettivo del presente scritto è verificare quali tracce della sentenza della Corte costituzionale 11-12 aprile 1989, n. 203 e dei suoi sviluppi è possibile rinvenire nel sistema sanitario e, dunque, se e in che misura le norme sull'amministrazione sanitaria, la sua organizzazione e la sua prassi si conformano al principio di laicità².

* Ricercatrice t.d. b) di diritto amministrativo presso l'Università di Siena. Mail: nicoletta.vettori@unisi.it. Il contributo riproduce il contenuto della relazione svolta al convegno sul tema "30 anni di laicità dello Stato. Fu vera gloria?" organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze (27 - 28 settembre 2019) ed è destinato agli Atti in corso di pubblicazione a cura di A. Cardone e M. Croce. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

² Sul principio di laicità, nell'ambito di una letteratura molto vasta, v. S. LARICCIA, *Coscienza e libertà. Profili costituzionali di diritto ecclesiastico*, Bologna, 1989; ID., *Principio di laicità dello Stato*, in *Enciclopedia Treccani - Diritto on line*, 2014 (cfr. http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-laicita-dello-stato_%28Diritto-online%29/); R. BIN, Art. 7 e Art. 8 in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990; F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995; C. PINELLI, *Principio di laicità, libertà di*

Come noto, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale³ «il principio di laicità quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia per la salvaguardia della libertà di coscienza⁴ e di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»⁵.

Nella prospettiva della Corte costituzionale, dunque, compito della Repubblica è garantire le condizioni che favoriscono l'espansione «della libertà di coscienza in relazione all'esperienza religiosa» la quale «rappresenta un aspetto della dignità della persona umana, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2 Cost.»⁶, assicurando l'uguaglianza di ogni individuo senza distinzioni di religione e l'«equidistanza e imparzialità della legislazione verso tutte le confessioni religiose»⁷.

Calando questa prospettiva nell'ambito in esame, interessa considerare se e come le istituzioni sanitarie adempiano a questi compiti, prendendo come punto di osservazione privilegiato il rapporto tra persona e amministrazione e quindi, in particolare, la funzione di garanzia che il principio di laicità spiega nei confronti dei singoli⁸.

Al riguardo merita precisare che tale garanzia sembra derivare non soltanto dal principio per cui «la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello stato»⁹, ma anche dall'affermazione dell'impegno dello Stato nel senso della «salvaguardia della libertà di coscienza e di religione» in condizioni di eguaglianza e di «pari protezione delle coscienze individuali».

La convinzione, infatti, è che in un sistema costituzionale che offre ampio riconoscimento al fenomeno religioso, individuale e collettivo, e che delinea una forma di Stato caratterizzato in senso pluralistico «entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse»¹⁰,

religione, accezioni di "relativismo", in Dir. pubbl., 2, 2006, 821 ss; A. TRAVI, Riflessioni su laicità e pluralismo, ivi, 2, 2006, 375 ss; M. LUCIANI, La problematica laicità italiana, in Democrazia e diritto, 2, 2008, 105 ss; N. COLAIANNI, La fine del confessionismo e la laicità dello Stato (il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina), in Pol. dir., 1, 2009, 45 ss; P. CAVANA, Laicità dello Stato: da concetto ideologico a principio giuridico, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale (<https://www.statoechiase.it>), 2008, 1 ss; B. RANDAZZO, Le laicità, ivi, 2008, 1 ss; M. CROCE, La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano, Pisa, 2012; P. CARETTI, Art. 8, Roma 2017.

³ Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale v., tra gli altri, P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2011, 761 ss; B. RANDAZZO, *Le laicità*, cit., 26-39; S. SICARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, ivi, 2, 2007, 501 ss; M. CROCE, *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, 2, 2006, 387 ss; A. GUZZAROTTI, *Laicità e giurisprudenza*, 2012, 1-16 reperibile all'indirizzo http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Commento_Guazzarotti.pdf.

⁴ Cfr. Corte cost. 2 ottobre 1979, n. 117 e 16-19 dicembre 1991, n. 467 e, in dottrina, v. G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione: i limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000.

⁵ Corte cost., 11-12 aprile 1989, n. 203, *Considerato in diritto* n. 4.

⁶ Corte cost. 30 settembre- 8 ottobre 1996, n. 334 punto 3.1. del *Considerato in diritto*.

⁷ Corte cost. sent. 13-20 novembre 2000, n. 508 punto 3 del *Considerato in diritto* del 2000; 1-9 luglio 2002, n. 327 del 2002, punto 2 del *Considerato in diritto*; 10-14 novembre 1997, n. 329 del 1997 punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁸ Sul punto si veda M. LUCIANI, *La problematica laicità italiana*, cit., 121, «Per la giurisprudenza costituzionale, comunque, il principio di laicità offre una triplice garanzia reciproca: alle confessioni religiose, allo stato, ai singoli». I singoli, in particolare sono garantiti nella misura in cui «la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello stato».

⁹ Così v. M. LUCIANI, *op. cit.*, 122.

¹⁰ Cfr. Corte cost., 13-20 novembre 2000, n. 508 punto 3 del *Considerato in diritto*.

la laicità delle Istituzioni pubbliche si misura anche sulla loro capacità di riconoscere il medesimo grado di «libertà» e di «dignità» al «convincimento personale di ciascuno»¹¹ ovvero alla pluralità di sistemi di senso e di valore che coesistono nella società.

Il che significa prestare considerazione e (nei limiti del possibile¹²) tutelare tanto la libertà religiosa dei credenti quanto la libertà di coscienza di chi non si riconosce nell'orizzonte di senso proprio dell'esperienza religiosa, quali che siano i contenuti e le forme di manifestazione che entrambe le libertà assumono in concreto.

2. Il principio di laicità del servizio sanitario: un valore non isolato

Chiarita la prospettiva da cui sarà condotta l'analisi è possibile considerare i profili dell'organizzazione del servizio sanitario che possono rilevare.

Se la questione dei simboli religiosi¹³ in questo contesto appare meno problematica, non essendovi nessuna norma che ne legittimi la presenza nelle strutture sanitarie pubbliche, meritano invece attenzione i profili che riguardano il tipo di prestazioni che possono essere erogate agli utenti (§§ 3, 3.1, 3.2., 4) e i diritti che possono essere riconosciuti al personale sanitario (§§ 5. 5.1).

Le questioni sono molte e, come vedremo, non omogenee rispetto al valore di riferimento.

In termini generali, tuttavia, l'analisi delle stesse mostra che per individuare come l'amministrazione debba conformarsi per rispondere alle esigenze di tutela della libertà di coscienza e di religione che emergono nella società, il solo principio di laicità spesso non basta, ma occorre considerare anche gli altri principi fondamentali del servizio pubblico.

Questo perché la laicità – per quanto valore supremo – non vive isolato, perciò non può essere declinato a partire da un significato interamente definito in solitudine, senza considerare i principi che caratterizzano i diversi contesti in cui deve trovare applicazione e i diritti individuali (altri rispetto alla libertà di coscienza e di religione) eventualmente coinvolti.

Il tema è ampio e non può essere svolto nella sua interezza. In questa sede interessa intanto considerare alcune questioni che emergono nell'organizzazione del sistema sanitario e che sembrano confermare l'impostazione proposta.

¹¹ In questo senso, anche nella prospettiva del rapporto tra laicità e pluralismo, v. P. BELLINI, *L'«idea di laicità» e la «fede degli altri»*, ora in *Id.*, *Tre scritti su laicità, pluralismo, sentimento religioso in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2, 2015, 1 ss (spec. pp. 4-5, 7-8).

¹² Nei limiti in cui sia possibile a valle del bilanciamento con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti.

¹³ Sul tema, da ultimo, v. G. DI COSIMO, *Gli spazi pubblici e la religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<https://www.statoechiese.it>), 6, 2020, 1 ss; S. BALDASSARRE, *Brevi considerazioni a margine della proposta di legge n. 387 del 2018 "Disposizioni concernenti l'esposizione del Crocifisso nelle scuole e nelle pubbliche amministrazioni"*, *ivi*, 12, 2019, 1 ss; M. CROCE, *Sul significato costituzionale dell'atto di rimozione di un crocifisso da un seggio elettorale. Nota a Trib. Modena, 20 dicembre 2016*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3, 2018, 931 ss; P. CARETTI, *Art. 8*, cit., 88-96; F. CORTESE, *«Il giudice crocifisso»*, in *laCostituzione.info*, giugno 2017 (cfr. www.lacostituzione.info).

3. I servizi di assistenza religiosa nelle strutture sanitarie pubbliche

La disciplina dei servizi di assistenza religiosa è dettata da un intreccio di disposizioni, unilaterali e pattizie¹⁴.

A livello nazionale, l'art. 38 l. n. 833/1978, al comma 1, prevede che «presso le strutture di ricovero del servizio sanitario nazionale è assicurata l'assistenza religiosa nel rispetto della volontà e della libertà di coscienza del cittadino» e, al comma 2, affida l'organizzazione del servizio all'Unità Sanitaria Locale «d'intesa con gli Ordinari diocesani o con le altre autorità religiose competenti per territorio». In questo modo il legislatore conferma, anche per questo settore, il metodo della negoziazione bilaterale come strumento ordinario di regolazione dei rapporti tra le istituzioni pubbliche e le confessioni religiose.

Tra le fonti pattizie, dunque, va ricordato, da una parte, l'art. 11.1 dell'Accordo di Villa Madama del 1984 – ove è sancito l'impegno della Repubblica affinché la degenza all'interno di «ospedali, case di cura o assistenza pubbliche [...] non possa dare luogo ad alcun impedimento nell'esercizio della libertà religiosa e nell'adempimento delle pratiche di culto dei cattolici». Dall'altra parte, rilevano le intese stipulate dallo Stato con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, nelle quali si prevede che i ministri incaricati dell'assistenza possano accedere alle strutture sanitarie liberamente e senza limitazioni di orario¹⁵.

Per quelle confessioni che non hanno stipulato intesa, invece, la “base giuridica” è ancora da rintracciarsi nell'art. 5 del r.d. n. 289 del 1930 il quale statuisce che i «ministri dei culti ammessi» possono essere autorizzati a «prestare l'assistenza religiosa ai ricoverati che la domandino», mediante un'autorizzazione della direzione amministrativa che deve indicare, altresì, «le modalità o le cautele con cui l'assistenza deve essere prestata»¹⁶.

Va considerato, inoltre, che a seguito del processo di “regionalizzazione” dell'ordinamento sanitario¹⁷, la materia è stata disciplinata anche da fonti normative regionali, unilaterali e pattizie, quest'ultime concordate con le articolazioni territoriali della Chiesa cattolica, con le rappresentanze regionali degli altri culti¹⁸ e, in alcuni casi, con associazioni filosofiche non confessionali, quali in particolare l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UUAR)¹⁹.

¹⁴ Sul tema, tra gli altri, si veda P. CONSORTI, *L'assistenza spirituale nell'ordinamento italiano*, in P. CONSORTI, M. MORELLI (a cura di), *Codice dell'assistenza spirituale*, Milano 1993, 1 ss (spec. 3); A. VITALE, voce *Assistenza spirituale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, 472 ss.

¹⁵ Cfr. il testo delle intese è reperibile al seguente indirizzo: <https://bit.ly/3mvVM1G>.

¹⁶ L'art. 5 del r.d. n. 289 del 1930 (*Norme per l'attuazione della L. 24 giugno 1929 n. 1159, sui culti ammessi nello Stato e per il coordinamento di essa con le altre leggi dello Stato*). In dottrina v. L. M. GUZZO, *Prime osservazioni sul Protocollo d'intesa tra la Regione Calabria e la Conferenza Episcopale Calabria per la disciplina dell'assistenza religiosa cattolica nelle strutture sanitarie*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<https://www.statoe Chiesa.it>), 25, 2017, 4.

¹⁷ Come noto avviato con i d.lgs. n. 502/1992 e n. 229/1999 e definito con la previsione della competenza legislativa regionale concorrente in tema di «tutela della salute» (ex art. 117, co. 3 Cost.), da parte della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 di riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione.

¹⁸ Sul punto v. G. GIOVETTI, *Commento a margine delle più recenti intese regionali di disciplina del servizio di assistenza religiosa cattolica nelle strutture di ricovero*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2003, 385 ss; V. TURCHI, *Le ultime intese regionali in materia di assistenza religiosa cattolica nelle strutture sanitarie*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2005, 426 ss; I. BOLGIANI, *L'assistenza spirituale nelle strutture sanitarie toscane: nuove prospettive*

In questo quadro si inseriscono alcune recenti iniziative dirette a creare ‘stanze di preghiera multi-religiosa’ e spazi di riflessione ‘plurali’, cioè non connotati dai simboli di nessuna religione e rivolte anche ai non credenti²⁰.

Se questa – in estrema sintesi – è la disciplina giuridica, gli aspetti su cui riflettere riguardano sia l'*an* che il *quomodo*. In primo luogo, infatti, viene da chiedersi se la previsione – in sé – di servizi di assistenza religiosa nelle strutture sanitarie pubbliche sia conforme al principio di laicità dello Stato; in secondo luogo, occorre valutare il modo in cui sono concretamente organizzati tali servizi.

3.1. L'*an*: tutela della salute, «personalizzazione dell'assistenza» e laicità «positiva» dell'amministrazione sanitaria

L'offerta di servizi di assistenza religiosa da parte delle strutture sanitarie pubbliche si presta a valutazioni discordanti.

Per un verso, una tale previsione potrebbe sembrare in contrasto con i corollari di non confessionalità e «neutralità» della sfera pubblica²¹ nonché con il principio della separazione «dell'ordine delle

evolutive, in *Le Regioni*, 6, 2006, 1203 ss; ID., *Assistenza spirituale nelle strutture sanitarie lombarde: l'Accordo tra Regione e Comunità Ebraica di Milano*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2009, 457 ss. Per un elenco dettagliato e aggiornato v. L.M. GUZZO, *Prime osservazioni sul Protocollo d'intesa tra la Regione Calabria e la Conferenza Episcopale Calabria per la disciplina dell'assistenza religiosa cattolica nelle strutture sanitarie*, cit., 2-3.

¹⁹ Dal 2009 è stato previsto un servizio di *assistenza morale non confessionale* per i degenti dell'Ospedale Molinette di Torino, in collaborazione con l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), mediante una convenzione. La convenzione definisce l'assistenza morale non confessionale come un «aiuto competente e accurato fornito agli individui atei e agnostici che, all'interno del nosocomio, si interrogano sulle domande esistenziali, come il senso della malattia, della vita e della morte». La stessa assistenza non confessionale è assimilata, dal punto di vista giuridico, all'assistenza religiosa, in quanto «le convinzioni non confessionali in materia di religione sono anch'esse estrinsecazione della libertà di religione protetta dall'articolo 19 della Costituzione [...]». La convenzione specifica che «l'assistenza morale agli atei e agli agnostici, pertanto, dev'essere considerata come parte integrante dell'assistenza sanitaria generale». Nel 2010 il servizio è stato esteso allo IEO di Milano, nel 2011 al CTO e al Maria Adelaide di Torino, nel 2013 all'ospedale di Cona (Ferrara) e al San Camillo-Forlanini di Roma, nel 2014 all'ospedale Careggi di Firenze. Sul punto v. <https://www.uaar.it/uaar/assistenza-morale/>.

²⁰ V. il progetto del 2018 dell'ASL Roma 1 per la progettazione e la realizzazione di uno spazio interconfessionale per la preghiera e la meditazione nelle strutture ospedaliere di S. Spirito e S. Filippo Neri di Roma 1. (cfr. <https://www.aslroma1.it/concorso-di-idee-curare-lo-spirito>); Il protocollo di Intesa stipulato tra Azienda USL di Ferrara e le Comunità religiose, Fedi Viventi, Associazioni ideologiche e morali per la realizzazione della Stanza dei culti e del silenzio (<https://www.ausl.fe.it/home-page/news/la-stanza-dei-culti-e-del-silenzio-negli-ospedali-di-lagosanto-argenta-e-cento>). V. altresì la realizzazione della sala multi-religiosa nell'ospedale di Livorno inaugurata nel settembre 2019 (<https://www.uslnordovest.toscana.it/notizie/3863-ospedale-di-livorno-presentata-la-nuova-sala-multi-religiosa>).

²¹ In questo caso, utilizzata nel senso di indifferenza delle istituzioni pubbliche verso il fenomeno religioso. Sul punto si veda M. LUCIANI, *La problematica laicità italiana*, cit., 116-119 che rileva come «il principio di neutralità (che, pure, è da moltissimi ritenuto l'essenza stessa della laicità) è ambiguo» potendo assumere sia la forma di «un disinteresse delle istituzioni civili per il fenomeno religioso, con la conseguenza che l'ordinamento non conosce alcuna disciplina» sia esprimersi mediante «la soluzione dell'isolamento del fenomeno religioso dagli altri fenomeni sociali e della sua specifica e differenziata regolazione» nel rispetto del principio di eguaglianza e imparzialità, ovvero di «neutralità dello stato indirizzata al trattamento paritario (o di diritto comune) delle confessioni religiose». Sulla neutralità come indifferenza nei confronti del fenomeno religioso, oltre allo stesso M. LUCIANI, *op. cit.*, 132-133, v. R. BIN, *Libertà dalla religione*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di G. Guarino*, I, Padova

questioni civili da quello dell'esperienza religiosa»²² che si pongono a garanzia della libertà di coscienza anche del non credente.

Per altro verso, invece, la previsione potrebbe risultare coerente con la declinazione «positiva» del principio di laicità, intesa come «garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione» che «si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa»²³ dei cittadini-utenti del servizio pubblico.

Come si valuta, dunque, la conformità del SSN al principio di laicità? Qual è l'accezione di laicità cui deve conformarsi?

Come anticipato, la convinzione è che per rispondere a questa domanda il riferimento al valore della laicità di per sé non basta, ma è necessario considerare i principi e le regole che informano l'amministrazione sanitaria, a partire dal suo primario dovere di tutela del diritto alla salute.

Sebbene non sia possibile – in questa sede – ricostruire l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia²⁴, si può però considerare che in base alle acquisizioni della scienza medica e ai dati di diritto positivo, il concetto di salute non coincide con l'assenza di malattia ma richiama uno stato di benessere complessivo, che comprende la sfera fisica, psichica ed esistenziale e che si definisce a partire

1998, 365-373; S. LARICIA, *Principio di laicità dello Stato*, cit., 8; F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, cit., 5, secondo il quale lo Stato laico davanti alle molteplici istanze religiose dovrà essere improntato a quella neutralità «che in campo confessionale come rispetto a qualsiasi istanza esclusiva e tendenzialmente integralista, si concretizzerà in una forma progressiva di indifferenza assai vicina al vecchio regime della totale separazione». Sulla neutralità come imparzialità si veda L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in Aa.Vv., *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Annuario 2007 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 2008, 4; ID., *A proposito del principio di laicità dello Stato e delle difficoltà di applicarlo*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, II, 1070 -1073; S. SICARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, cit., 530.

²² Corte cost. 30 settembre-8 ottobre 1996, n. 334 punto 3.1. del *Considerato in diritto*.

²³ Le citazioni sono tratte da Corte cost. sent. 203/1989, punto 7. Sull'accezione «positiva» di laicità fatta propria dalla Corte costituzionale si veda, tra gli altri, M. CARTABIA, *Il crocifisso e il calamaio* e E. ROSSI, *Laicità e simboli religiosi*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004, rispettivamente 63 ss e 337 ss; N. COLOIANI, *Laicità tra Costituzione e globalizzazione*, in *Questione giustizia*, 6, 2008, 115-137 secondo il quale «l'accezione privilegiata dalla Corte fin dalla sentenza 203 del 1989», declina l'imparzialità «come pari attenzione, partecipazione attiva» in coerenza con l'attitudine dello Stato-comunità «a porsi a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini». In senso critico v., tra gli altri, R. BIN, *Libertà dalla religione*, cit., 365-373; M. LUCIANI, *La problematica laicità italiana*, cit., 121-133; A. GUAZZAROTTI, *Laicità e giurisprudenza*, cit., 5; G. BRUNELLI, *La laicità italiana fra affermazioni di principio e contraddizioni della prassi*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, 1 ss.

²⁴ Sul contenuto e sull'evoluzione del diritto alla salute, nell'ambito di una lettura estremamente ampia, si veda B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 28-30; M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute - dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, 1990, XVI, Roma, 1991, 9-10; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XIII, 1997, 514 ss; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5393 ss; A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32 in Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 664-665; P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2011; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 87 ss; L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

dai bisogni del singolo paziente²⁵. L'“apertura” alla dimensione esistenziale rende perciò doverosa anche la considerazione del vissuto, delle esperienze e dell'identità del singolo individuo.

Ne deriva che garantire il diritto alla salute significa assicurare l'erogazione di «una prestazione complessa che va dall'accoglimento del malato alla comprensione delle sue esigenze e dei suoi bisogni, dall'ascolto delle sue richieste alla diagnosi del male, dall'incontro medico/paziente all'elaborazione di una strategia terapeutica condivisa e all'attuazione delle cure previste e volute, nella ricerca di un percorso anzitutto esistenziale prima ancor che curativo ... che abbia nella dimensione identitaria del malato, nella sua persona e nel perseguimento del suo benessere psico-fisico, il suo fulcro e il suo fine»²⁶.

Ebbene, in un sistema giuridico in cui l'obbligo di tutelare la salute assume questi connotati, è del tutto coerente che l'istituzione responsabile del servizio si faccia carico anche della dimensione spirituale e religiosa delle persone malate e dei loro familiari, quale profilo che può essere particolarmente significativo proprio rispetto alle situazioni e alle esperienze che si trovano a vivere.

Non pare un caso, infatti, che le finalità dei servizi di assistenza religiosa siano cambiate nel tempo proprio in assonanza con questa evoluzione.

Come è stato considerato, la *ratio* originaria dell'istituto era «da farsi risalire all'interesse che i gruppi confessionali, hanno sempre manifestato nei confronti di quello che, [...] in particolare nella tradizione cristiana, era qualificato come *ministero* per gli infermi»²⁷.

D'altra parte, la previsione della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale intendeva assicurare «il pieno esercizio del diritto di libertà religiosa da chiunque si trovasse costretto all'interno di una comunità separata, così mettendo al centro le esigenze religiose [della persona] che dovevano sempre essere libere da imposizioni e da vincoli»²⁸.

Oggi, invece, la lettura dei protocolli di intesa siglati dalle istituzioni sanitarie con le confessioni religiose e con le associazioni filosofiche non confessionali fa emergere come tale servizio sia anche direttamente collegato agli obblighi primari dell'amministrazione sanitaria: garantire considerazione alla sfera spirituale delle persone ricoverate significa (anche) prendersi cura della loro salute²⁹.

²⁵ Su cui v., in particolare, P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2000, 1 ss.

²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2014, n. 4460 punto 57. 5 del *Diritto*. I corsivi sono aggiunti. Per le implicazioni derivanti da questa nozione di salute sull'organizzazione dei servizi sanitari v. A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 156-162 e N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute ai tempi delle biotecnologie*, Milano, 2017.

²⁷ L. M. GUZZO, *op. cit.*, 5.

²⁸ I. BOLGIANI, *L'assistenza religiosa nelle strutture sanitarie toscane: nuove prospettive evolutive*, cit., p. 1206. Si veda, tra gli altri, R. BERTOLINO, *Assistenza religiosa, obiezione di coscienza e problemi morali*, in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, Milano, 1989, 97 ss. dove si rileva come l'art. 38 della l. n. 833/1978 ha determinato il «passaggio dalla semplice previsione di un servizio a un riconoscimento più diretto della centralità della persona umana e delle sue opzioni religiose, che debbono andare esenti da imposizioni e da vincoli».

²⁹ Cfr. l'art. 2 del Protocollo di intesa stipulato tra la Regione Calabria e la Conferenza Episcopale Calabria il 3 agosto 2016 (riportato da L.M. GUZZO, *op. cit.*, 15) il «servizio di assistenza religiosa concorre al miglioramento dei servizi erogati dalle Aziende Sanitarie e Ospedaliere e al processo terapeutico dell'ammalato». Cfr. altresì il Protocollo d'intesa tra Provincia di Parto Azienda Asl 4 di Parto e i rappresentanti di varie comunità religiose, associazioni e filosofie di vita presenti sul territorio, siglato il 26 giugno 2014 cfr.

Questa prospettiva spiega anche come siano mutati nel tempo i destinatari del servizio: non più solo «i pazienti e i ricoverati, impossibilitati, per la loro particolare condizione di degenza, a ottemperare in altro modo ai loro obblighi confessionali», ma anche «i loro familiari» «nonché quanti operano a qualsiasi titolo nelle strutture sanitarie»³⁰.

Pertanto, la presenza di ministri del culto all'interno delle strutture sanitarie, così come la disponibilità di spazi di riflessione e di preghiera, si inseriscono nel processo di «personalizzazione ed umanizzazione dell'assistenza sanitaria»³¹ che intende mettere al centro la persona e la specificità dei suoi bisogni³².

Questo non significa, a parere di chi scrive, che i servizi di assistenza religiosa siano da ricondurre sotto l'ambito di applicazione dell'art. 32 Cost., quale pretese direttamente azionabili nei confronti dell'istituzione sanitaria. Si tratta piuttosto di forme di esercizio della libertà di coscienza e di religione, di cui all'art. 19 Cost., la cui garanzia in ambito sanitario si giustifica quale strumento che concorre ad assicurare una miglior tutela del benessere e del libero sviluppo della persona.

In definitiva, sono l'idea di Persona³³ e i contenuti del diritto alla salute che si ricavano dal quadro costituzionale a rendere ammissibile che tra gli obblighi di servizio pubblico rientrino anche attività di assistenza (che sarebbe più corretto qualificare) spirituale³⁴.

Ne deriva che, sotto questo profilo, la laicità delle istituzioni legittimamente assume un'accezione «positiva», di tutela attiva della libertà di coscienza dell'individuo, e «aperta»³⁵ a forme di manifestazione visibile del proprio sentimento religioso negli spazi di cura.

<https://www.provincia.prato.it/attachments/article/688/Protocollo+d%27Intesa+Ospedale+Plurale.pdf>. V., altresì, la Premessa dei protocolli di intesa siglati dall'Azienda universitaria ospedaliera di Careggi (AUOC) di Firenze ove si evidenzia che poiché la libertà religiosa è fondamentale per l'utente che «affronta e vive il disagio e le paure che insorgono al manifestarsi delle malattie», l'AUOC si impegna a favorire e al contempo disciplinare con «i gruppi religiosi più rappresentativi [...] il libero esercizio dei culti all'interno delle proprie strutture», in funzione non soltanto della tutela della libertà religiosa dell'individuo, ma anche, più in generale, di una rinnovata sensibilità per il diritto alla salute, quale risultato di una molteplicità di fattori concorrenti. V. al riguardo I. BOLGIANI, *L'assistenza religiosa nelle strutture sanitarie toscane: nuove prospettive evolutive*, cit., 1239-1240.

³⁰ Cfr. il Protocollo di intesa stipulato tra la Regione Calabria e la Conferenza Episcopale Calabria il 3 agosto 2016.

³¹ Cfr. l'art. 14, co. 1, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 *Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*.

³² Una mirabile attuazione di questo approccio emerge dal progetto della Asl E di Roma che in collaborazione con CEV Lazio ha portato all'elaborazione di raccomandazioni per gli operatori sanitari volti ad assicurare attenzione alle specificità religiose e culturali degli utenti nell'erogazione delle prestazioni. Cfr. http://www.volontariato.lazio.it/documentazione/documenti/55005500AccoglienzaDifferenzeReligiose_Opuscolo.pdf.

³³ Su cui, per tutti, v. S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di) *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 169 ss; Id., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

³⁴ Cfr. V. TURCHI, *Le ultime intese regionali in materia di assistenza religiosa cattolica nelle strutture sanitarie*, cit., 429 precisa che la dottrina suole distinguere tra assistenza spirituale e assistenza religiosa, assegnando alla prima locuzione un contenuto più ampio rispetto alla seconda, includente oltre le attività strettamente attinenti alla manifestazione della libertà religiosa e all'esercizio del culto anche compiti che possono complessivamente definirsi di «benessere spirituale», di «qualità della vita». V. altresì P. CONSORTI, *L'assistenza spirituale nell'ordinamento italiano*, in *Codice dell'assistenza spirituale*, cit., 4 ss.



Al contrario, un atteggiamento ispirato alla laicità «negativa», teso ad imporre la neutralità dello spazio pubblico in termini di indifferenza dell'organizzazione rispetto alle esigenze spirituali degli utenti, potrebbe risultare incoerente con gli obblighi primari al cui adempimento l'amministrazione è chiamata.

3.2. Il quomodo: principio di imparzialità del servizio pubblico e garanzia di «pari protezione delle coscienze individuali»

Acquisito che la previsione dell'assistenza spirituale nelle strutture di ricovero può essere considerata coerente in astratto, occorre considerare il modo in cui questa è organizzata.

Sotto questo profilo, come vedremo, la sinergia tra il valore della laicità e gli altri principi del servizio pubblico porta in evidenza la palese illegittimità dell'assetto vigente.

Il richiamato art. 38 della l. n. 833/1978 sembra garantire «uguale protezione delle coscienze» degli utenti del servizio sanitario nella misura in cui riconosce libero accesso all'assistenza religiosa ai credenti di tutte le confessioni e precisa che tale forma di assistenza deve essere assicurata «nel rispetto delle volontà e della libertà di coscienza del cittadino», a salvaguardia anche della sensibilità dell'ateo e del non credente.

Nondimeno, dalla lettura delle disposizioni regolamentari e dei protocolli di intesa emerge che esistono delle significative differenze nell'organizzazione dell'assistenza religiosa offerta agli utenti cattolici rispetto a quella offerta agli altri utenti.

Infatti, i ministri di culto cattolici costituiscono personale inserito nella pianta organica degli enti ospedalieri³⁶, in base a un vero e proprio rapporto di impiego³⁷, e dispongono di spazi entro i quali possono offrire assistenza spirituale ed esercitare il culto.

Diversamente, i ministri degli altri culti non sono dipendenti dell'ente ospedaliero ma possono accedere solo previa autorizzazione, e nelle intese stipulate con lo Stato è (opportunamente) previsto che i costi del servizio siano a carico della confessione religiosa di appartenenza.

Inoltre, come ricordato, sono pochi i casi in cui le Aziende ospedaliere hanno stipulato apposite convenzioni anche con associazioni filosofiche, offrendo anche un servizio di assistenza spirituale non confessionale rivolto ai pazienti atei o non credenti.

Ne deriva un sistema «a doppio binario» che determina una netta disparità di trattamento tra i pazienti di fede cattolica e tutti gli altri pazienti: per i primi è previsto un servizio in forma stabile a spese della fiscalità generale; mentre ai secondi è riconosciuto la possibilità di un'assistenza spirituale «a chiamata», con spese a carico della confessione di appartenenza.

³⁵ Cfr. L'espressione è di M. LUCIANI, *La problematica laicità italiana*, cit., 115.

³⁶ Cfr. l'art. 1, co. 8, d.P.R. n. 130 del 1969 sullo *Stato giuridico dei dipendenti degli enti ospedalieri* che stabilisce che «Il personale di assistenza religiosa è costituito da ministri del culto cattolico», rientra nel «ruolo professionale», iscritto in una separata tabella, e deve rendersi reperibile «per i casi di particolari esigenze di servizio» (art. 3 e art. 27 del d.P.R. n. 761 del 1979).

³⁷ Tale assetto risale alla prima normativa organica in materia di assistenza religiosa, l. n. 132 del 12 febbraio 1968, la quale – all'art. 19, lett. l) che indicava espressamente questo servizio tra i requisiti necessari per la classificazione degli enti ospedalieri. Già questo testo normativo prevedeva, all'art. 39, quale personale di assistenza religiosa solo i ministri di culto cattolico.

È vero, infatti, che si sta diffondendo la tendenza a creare spazi di riflessione e di preghiera interreligiosi e 'plurali'; tuttavia si tratta di buone prassi rimesse alla (buona) volontà delle aziende sanitarie e comunque diffuse 'a macchia di leopardo', senza nessuna garanzia di uguaglianza sul territorio nazionale.

In ogni caso, tali iniziative non eliminano il principale elemento di differenza legato al fatto che i ministri di culto cattolici sono dipendenti degli enti ospedalieri e che il (solo) servizio in favore dei pazienti cattolici non è soltanto messo a disposizione, ma interamente finanziato a spese della collettività.

Un tale assetto, com'è evidente, oltre che al principio di laicità, è contrario al principio di imparzialità del servizio pubblico (ex art. 97 Cost.), che vieta che siano operate disparità di trattamento – anche per motivi di religione – nell'organizzazione dei servizi e nell'erogazione delle prestazioni.

Sotto il profilo in esame, dunque, l'interazione con gli altri principi sull'amministrazione (in particolare con quello di imparzialità), rende doverosa la declinazione della laicità in termini di «pari protezione della coscienza di ciascuna persona»³⁸ nonché di «equidistanza e di imparzialità nel trattamento delle confessioni religiose»³⁹.

4. Le pratiche di circoncisione rituale maschile nelle strutture sanitarie pubbliche

Un altro interessante banco di prova della prospettiva proposta è offerto dalla questione della erogabilità da parte delle strutture sanitarie pubbliche degli interventi di circoncisione maschile con finalità culturale o religiosa.

Tale pratica è diffusa in alcune comunità presenti in Italia (come quelle ebraica e quella islamica) e a differenza delle mutilazioni genitali femminili, la cui esecuzione è penalmente perseguibile⁴⁰, è generalmente ammessa nel nostro ordinamento⁴¹.

³⁸ Corte cost. sent. 18 ottobre 1995, n. 440 punto 3.2. del *Considerato in diritto*.

³⁹ Sul legame tra laicità e principio di imparzialità della pubblica amministrazione v. A. GUAZZAROTTI, *Laicità e giurisprudenza*, cit., 5-11 che rileva, criticamente, come «la dimensione della laicità come "equidistanza e imparzialità", non abbia fatto breccia neppure nei giudici comuni nonostante sia stata ripetutamente avanzata dalla Corte costituzionale». In termini analoghi v. S. SICARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, cit., 553-569.

⁴⁰ Cfr. la l. 9 gennaio 2006, n. 7 che ha introdotto gli art. 583-bis e 583-ter c.p.. Anche prima dell'entrata in vigore della citata legge, le mutilazioni genitali femminili erano considerati atti illeciti ex art. 5 c.c., in quanto comportanti una lesione permanente dell'integrità psico-fisica, lesivi del diritto alla salute nonché del diritto di autodeterminazione terapeutica quando eseguite contro il consenso della persona interessata, e pertanto passibili anche di sanzione penale in base agli artt. 582 e 583 c.p.. Merita ricordare che, nel 2004 presso il Centro di riferimento per la prevenzione e la cura delle complicanze delle MGF dell'ospedale Careggi di Firenze (diretto dal medico di origini somale Dott. Abdulcadir Omar Hussien), era stata avanzata la proposta di utilizzare un rito simbolico alternativo, quale strumento da inserire tra le azioni di sensibilizzazione da svolgere nei confronti delle comunità che continuavano a fare ricorso a tale pratica. La pratica alternativa consisteva in un intervento non lesivo dell'integrità fisica della donna che però avrebbe mantenuto la carica simbolica e culturale del rito; inoltre, nelle intenzioni dei proponenti, sarebbe stata proposta alle famiglie (o direttamente alle donne) soltanto quando ogni strategia di informazione per prevenirla si fosse dimostrata inutile. La proposta, seppur ritenuta ammissibile dalla Commissione Regionale di Bioetica della Regione Toscana, con parere del 9 marzo 2004, (v <https://bit.ly/3oAktw0>) fu respinta dal Consiglio Regionale e, sotto vari profili, criticata in dottrina. Sul punto v. G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili*:

Si tratta di un atto medico senza specifica finalità terapeutica⁴² che – se correttamente eseguito – non comporta rischi per l'integrità psico-fisica né determina alterazioni nella funzionalità sessuale e riproduttiva, perciò rientra tra gli atti di disposizione del corpo giuridicamente leciti nei limiti degli artt. 32, Cost. e 5 c.c.⁴³.

Sul piano formale, la conformità della pratica circoncisoria ebraica ai principi del nostro ordinamento è stata sancita dalla l. 8 marzo 1989, n. 101, che ha approvato l'intesa tra lo Stato Italiano e l'Unione delle Comunità Ebraiche italiane.

D'altra parte, il Comitato Nazionale per la Bioetica, in un parere del 1998, ha avallato l'estensione dei principi stabiliti in quella intesa a tutte le altre confessioni religiose sul presupposto per cui, in attuazione dell'art. 19 della Costituzione, «le comunità, che per la loro specifica cultura praticano la circoncisione rituale maschile (CRM), meritano pieno riconoscimento della legittimità di tale pratica» la quale può essere ricondotta entro «i margini di "disponibilità" riconosciuti ai genitori dall'art. 30 della Costituzione in ambito educativo»⁴⁴.

genealogia (e limiti) di una legge, in *Quad. cost.*, 3, 2007, 567 ss; e diffusamente E. GHIZZI GOLÀ, *Multiculturalismo e diritti delle donne. Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili in Europa: casi giurisprudenziali e soluzioni normative*, in *ADIR- l'altro diritto*, 2012 (<http://www.adir.unifi.it/rivista/2012/ghizzi/cap4.htm#1>).

⁴¹ Più in particolare, a fronte della prevalente accettazione della liceità di tale pratica, espressa anche dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La circoncisione: profili bioetici*, 25 settembre 1998, (reperibile su: <http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-e-risposte/la-circoncisione-profilo-bioetici/>) non mancano posizioni critiche per le quali si rinvia alla dottrina citata nelle note che seguono. Sul tema, in termini generali, v. M.C. VENUTI, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile* e G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale* in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, in . RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, rispettivamente 657-713 e 715-727.

⁴² Sulla qualificazione in termini di atto di competenza medica v. il parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La circoncisione: profili bioetici*, cit., 6 secondo il quale l'intervento medico è irrinunciabile quando è praticato «su un adulto (nell'ipotesi ad es. di una sua conversione ad una professione di fede che la richieda), di un bambino o di un adolescente (come è frequentemente il caso degli aderenti all'Islam)», mentre qualora sia effettuato su neonati, trattandosi di un intervento semplice, secondo alcuni membri del CNB potrebbe essere praticato «anche da appositi e riconosciuti ministri che, indipendentemente da una loro professionalità specifica in campo sanitario, possiedano adeguata competenza» come avviene nel caso degli aderenti alla confessione ebraica. V. però in senso critico P. CATTORINI, *La professione medica oggi. Dilemmi etici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 6, 2008, 1205 ss secondo il quale sarebbero da considerare «generalmente ingiustificate le esecuzioni di prestazioni tecniche prive di scopi sanitari, che "medicalizzano" azioni "lesive" legate a meri desideri individuali o a pratiche rituali di gruppo».

⁴³ Sul punto v. M.C. VENUTI, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile*, cit., 692-713; S. GARETTI, *Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minorenne: il caso della circoncisione rituale infantile*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), 4, 2017, 1421 ss. In senso contrario alla liceità della circoncisione rituale in quanto atto che incide sull'integrità corporea, con possibili conseguenze negative sulla salute psico-fisica, tanto più se effettuato su soggetti minori privi della capacità di esprimere un consenso libero e consapevole v. D. ZOLO, *Infibulazione e circoncisione*, in *Jura Gentium*, I, 2005, 1 (consultabile su <https://www.juragentium.org/forum/mg/sunna/it/zolo.htm>); A. VARZAN, L. MIAZZI, *Circoncisione maschile: pratica religiosa o lesione personale?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2, 2008, 67 ss; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 97, nota 75.

⁴⁴ Cfr. il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La circoncisione: profili bioetici*, cit., 5. In senso critico v. però R. BOTTA, *La condizione degli appartenenti a gruppi religiosi di più recente insediamento in Italia*, in *Dir. eccl.*, 2001, I, 362 ss (spec. 399) secondo il quale l'eventuale pregiudizio che la circoncisione rituale può arrecare

Resta però un intervento con finalità non terapeutica; per questo il Comitato Nazionale per la Bioetica ha ritenuto che sarebbe auspicabile fosse eseguita da medici privati, ovvero in ospedali pubblici ma in regime di attività libero-professionale, quindi non a carico della fiscalità generale.

In effetti il D.P.C.M 29 novembre 2001, recante la definizione dei Livelli Essenziali di Assistenza sanitaria (c.d. LEA), non includeva la circoncisione tra le prestazioni offerte dal servizio sanitario nazionale⁴⁵ e il DPCM 12 gennaio 2017, che ha aggiornato l'elenco dei LEA, menziona soltanto quella terapeutica⁴⁶.

Nondimeno, negli ultimi anni il rito ha assunto sempre maggiore diffusione in seguito all'aumento di famiglie straniere appartenenti alle comunità che lo praticano. Allo stesso tempo si sono fatti sempre più numerosi drammatici fatti di cronaca che hanno visto protagonisti bambini che hanno riportato complicanze gravi, se non addirittura letali, a seguito di interventi di circoncisione "casalinga", effettuati da soggetti privi delle adeguate competenze mediche in ambienti non adeguati da un punto di vista igienico-sanitario⁴⁷.

La necessità di prevenire i rischi per la salute dei minori appartenenti a queste comunità ha quindi indotto il Ministero della Salute e la Federazione Italiana dei Medici Pediatri a stipulare un protocollo d'intesa finalizzato a orientare comportamenti omogenei su tutto il territorio nazionale⁴⁸.

In particolare, si è ribadito che la circoncisione rituale maschile è a tutti gli effetti un intervento chirurgico che deve essere praticato da un medico, in ambiente ospedaliero o ambulatoriale, e si è sancito l'impegno ad attuare un percorso comune che coinvolga i professionisti del settore nell'attività di informazione sui rischi di tali pratiche e di orientamento verso le strutture sanitarie deputate a effettuarle in condizioni di sicurezza.

Tuttavia, ad oggi, la questione trova soluzioni molto diverse nell'ambito dei sistemi sanitari regionali. In Toscana la CRM è compresa tra i livelli essenziali di assistenza sanitaria sin dal 2001 e, dunque, erogata a totale carico del servizio sanitario regionale⁴⁹; soluzioni analoghe sono state adottate in Friuli Venezia Giulia⁵⁰ e, di recente, nelle Marche⁵¹.

all'integrità fisica del minore potrebbe costituire un limite al diritto dei genitori di educare i figli in coerenza con i dettami della propria fede, sul presupposto che anche la libertà religiosa deve essere esercitata in aderenza al paradigma «della tutela della dignità umana e della reale crescita individuale».

⁴⁵ È noto il caso di un medico che avendo praticato nel sistema sanitario pubblico la circoncisione rituale, dichiarando falsamente il carattere terapeutico dell'intervento, è stato condannato per truffa, cfr. Cass. pen., sez. V. dell'8 maggio 2007, n. 17441.

⁴⁶ D.P.C.M. 12.01. 2017 *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502.*

⁴⁷ Infatti, mentre la comunità ebraica ha sempre provveduto a far eseguire le circoncisioni mediante proprie strutture e «appositi riconosciuti ministri», i credenti di fede islamica non sempre hanno un'analogha forma di organizzazione, perciò è frequente che tali pratiche siano eseguite in modo clandestino da parte di "circoncisori tradizionali" privi di competenze mediche e in ambienti non adeguati.

⁴⁸ Cfr. il *Protocollo di intesa per la prevenzione della circoncisione rituale clandestina*, stipulato il 18 settembre 2008 tra il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e la Federazione Italiana Medici Pediatri, FIMPI. Il testo è reperibile all'indirizzo: <https://bit.ly/3oK798m>.

⁴⁹ Delibera, Regione Toscana, *Definizione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) – Determinazioni applicative*, 3 giugno 2002, n. 561.

⁵⁰ Delibera della Giunta Regionale del Friuli Venezia Giulia n. 600 del 31 marzo 2010 reperibile all'indirizzo http://www.regione.fvg.it/asp/delibereinternet/reposit/DGR600_4_2_10_12_29_55_PM.pdf.



È invece offerta negli ospedali pubblici (o privati convenzionati), come prestazione extra Lea (*i.e.* a carico dei richiedenti), nei servizi sanitari del Piemonte⁵² e del Lazio⁵³.

4.1. Tutela della salute, protezione dell'infanzia e riconoscimento del pluralismo culturale

Se questo è il quadro normativo di riferimento, occorre a questo punto valutarlo nella prospettiva che ci interessa: le soluzioni adottate nel nostro ordinamento sono conformi al principio di laicità? E quale delle alternative possibili è preferibile in questa prospettiva: lasciare la CRM all'iniziativa dei singoli e alla regolamentazione delle confessioni religiose? Far effettuare l'intervento negli ospedali pubblici ma con spese a carico dei richiedenti? O erogarlo a totale carico del servizio sanitario pubblico?

Ebbene, anche in questo caso, considerando soltanto il valore della laicità si potrebbero avanzare considerazioni in entrambi i sensi⁵⁴.

In una certa prospettiva l'assunzione da parte dello Stato degli oneri economici relativi alla circoncisione rituale potrebbe essere considerata contraria ai principi di «equidistanza e imparzialità» cui è tenuto uno Stato laico, dal momento che si tratta di interventi che non sono diretti a tutelare la dimensione religiosa dei membri della collettività, indipendentemente dalla loro appartenenza confessionale, bensì a garantire l'interesse religioso proprio dei fedeli di determinate confessioni.

D'altra parte, si potrebbe sostenere che l'organizzazione di prestazioni di questo tipo risponde ad un'esigenza di laicità «positiva» e di apertura nei confronti del pluralismo culturale che caratterizza la società contemporanea.

In questo quadro, dunque, ad orientare (nell'uno o nell'altro senso) la scelta delle istituzioni pubbliche entrano necessariamente in gioco i doveri dell'amministrazione sanitaria e gli altri principi giuridici che devono informare la sua azione.

Del resto, come è emerso dall'analisi, la questione si è posta all'attenzione delle istituzioni quando ha assunto le forme di un problema di ordine sanitario. È stata dunque la necessità di adempiere ai doveri di tutela della salute e di protezione dell'infanzia a spingere le Regioni ad organizzare l'erogazione di pratiche con finalità religiose e culturali nelle strutture del servizio sanitario, così facendosi promotrici di istanze di laicità «positiva».

⁵¹ Delibera della Giunta della Regione Marche n. 795 del 29 giugno 2020 reperibile all'indirizzo: https://www.regione.marche.it/portals/0/ODS/2020%20Sito%20ODS/DGR_795_29_6_20_circoncisione-RITUALE_MARCHE.pdf.

⁵² V. Deliberazione della Giunta regionale del Piemonte, *Aggiornamento del nomenclatore tariffario regionale delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale – D.G.R. n. 73-13176 del 26.07.2004 e s.m.i. – ed ulteriori indicazioni. Circoncisione rituale*, 2 novembre 2009, n. 49-12479. V. anche Deliberazione della Giunta regionale, *Approvazione della sperimentazione relativa alla circoncisione rituale in day surgery presso l'A.S.O.OIRM/S. Anna di Torino*, 20 marzo 2006, n. 39-2418.

⁵³ V. il *Progetto clinico culturale "circoncisione rituale" nella popolazione di religione ebraica e nella popolazione di religione musulmana* avviato nell'Azienda ospedaliera universitaria Policlinico Umberto I, reperibile all'indirizzo: https://st.ilssole24ore.com/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/Oggetti_Embedded/Documenti/2016/11/23/FIRME%20Progetto%20Circoncisione%20Rituale.pdf.

⁵⁴ Non a caso, la duplice prospettiva emerge anche nel parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La circoncisione: profili bioetici*, cit., 7-9.

In termini analoghi, rispetto alla scelta delle modalità di erogazione (a carico del SSR o a spese dell'utente) hanno assunto rilievo esigenze di eguaglianza sostanziale, legate alla considerazione della situazione economica dei potenziali destinatari delle prestazioni⁵⁵, così come potrebbe entrare in gioco il principio di sostenibilità dei bilanci pubblici.

Pertanto, alla luce dell'interazione tra tali principi, se pare legittimo, in conformità ad esigenze di tutela della salute e di uguaglianza sostanziale, che tale servizio sia offerto a totale carico del sistema sanitario da parte di Regioni 'virtuose' sul piano finanziario e contabile; una tale scelta sarebbe più problematica da giustificare per quelle Regioni sottoposte a piani di rientro⁵⁶ o, comunque, in situazioni finanziarie tali da mettere a rischio l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria⁵⁷.

Come si vede, anche rispetto al profilo in questione, il valore della laicità è chiamato a confrontarsi con altri diritti e principi di rilievo costituzionale e il giudizio complessivo sul «tasso di laicità» che è doveroso pretendere dalle istituzioni pubbliche non può prescindere da quel confronto.

5. L'obiezione di coscienza in ambito sanitario tra istanze di laicità «positiva» (a garanzia della libertà di coscienza del personale) ed esigenze di «laicità-neutralità» (a tutela della libertà di salute degli utenti)

L'ultima questione da considerare riguarda l'obiezione di coscienza del personale sanitario⁵⁸ che, come noto, è espressamente prevista dall'art. 9 della l. 22 maggio 1978, n. 194, con riferimento

⁵⁵ Significativa in questo senso la Delibera della Giunta regionale delle Marche n. 795 del 29 giugno 2020 ove si afferma che: «è stato riscontrato, in diversi casi, che la scarsa disponibilità economica della famiglie e l'assenza delle corrette informazioni hanno favorito l'esecuzione di tale pratica in ambito casalingo da parte di persone senza competenze di tipo sanitario e in precarie condizioni igieniche, determinando gravi rischi per la salute dei bambini» (p. 3).

⁵⁶ Cfr. Corte cost. 15 febbraio 2012, n. 32 e 22 maggio 2013, n. 104 su cui v. M. BELLETTI, *Le Regioni «figlie di un Dio minore». L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Regioni*, n. 5-6/2013, 1084.

⁵⁷ La rilevanza di questa prospettiva è avvalorata dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale che nel confermare la legittimità dei controlli della Corte dei conti collega strettamente il principio dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico con la responsabilità democratica degli amministratori del territorio. Sul tema v., da ultimo, C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in www.Costituzionalismo.it, 1, 2020.

⁵⁸ Sul tema in dottrina si segnala, tra i molti, G. BOGNETTI, *Obiezione di coscienza. Profili teorici*, in *Enc. giur.*, XXI, Torino, 1990, 1 ss; R. BOTTA (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, Milano, 1991; S. LARICIA, A. TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, in *Enciclopedia del diritto* Agg. III, Milano, 1999, 815 ss; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1995, 240 ss. Più di recente v. V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2012, 403 ss; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; V. ABU AWWAD, N. VETTORI, *Servizi di interruzione volontaria della gravidanza e obiezione di coscienza: obblighi dell'amministrazione sanitaria e possibili profili di responsabilità penale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, 2018, 9 ss.

all'interruzione volontaria della gravidanza, e dall'art. 16 della l. 19 febbraio 2004, n. 40 rispetto alle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁵⁹.

A queste specifiche previsioni si affiancano le c.d. "clausole di coscienza" contenute nelle fonti deontologiche delle professioni sanitarie⁶⁰ che riconoscono la facoltà del singolo operatore di astenersi dall'eseguire prestazioni che contrastano con i propri convincimenti morali⁶¹, legittimando la prassi delle obiezioni c.d. *praeter legem*⁶².

⁵⁹ Va ricordata inoltre, anche se non costituisce oggetto di analisi, la l. 12 ottobre 1993, n. 413 *Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*.

⁶⁰ V., ad esempio, l'art. 22 del *Codice di deontologia medica*, rubricato *Rifiuto di prestazione professionale* prevede che «Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». Cfr. l'art. 6 del codice deontologico delle professioni infermieristiche rubricato *Libertà di coscienza*: «L'Infermiere si impegna a sostenere la relazione assistenziale anche qualora la persona assistita manifesti concezioni etiche diverse dalle proprie. Laddove quest'ultima esprima con persistenza una richiesta di attività in contrasto con i valori personali, i principi etici e professionali dell'infermiere, egli garantisce la continuità delle cure, assumendosi la responsabilità della propria astensione. L'infermiere si può avvalere della clausola di coscienza, ricercando costantemente il dialogo con la persona assistita, le altre figure professionali e le istituzioni».

⁶¹ La questione della legittimità dell'obiezione di coscienza in ipotesi non espressamente riconosciute dalle fonti primarie è oggetto di considerazioni opposte in dottrina. Una parte della dottrina tende ad escluderla sul presupposto della necessità dell'*interpositio legislatoris* nel riconoscimento dell'obiezione di coscienza, quale diritto che consente di non adempiere a comportamenti generalmente obbligatori: in questi termini v., tra gli altri, F. MODUGNO, R. D'ALESSIO, *Tutela costituzionale dei trattamenti sanitari e obiezione di coscienza in Parl.*, 1986, 26 ss; A. BARBERA, *Art. 2 in Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1978, 50; S. LARICCIA, A. TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, cit., 815; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., 240 ss. Altra parte della dottrina, invece, propende per la diretta azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza in base alle norme costituzionali e alle fonti deontologiche: v., tra gli altri, G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali in A.a. V.*, *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 38; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, IX, 1989, 20. In questi termini v. anche il parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Obiezione di coscienza e bioetica*, 12 luglio 2012 cfr. <http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-e-risposte/obiezione-di-coscienza-e-bioetica/>.

⁶² La questione si è posta in relazione alla possibilità del medico e del farmacista di rifiutarsi rispettivamente di prescrivere e di consegnare, dietro presentazione di ricetta medica, il farmaco *levonorgestrel* (commercializzato con il nome: *Norlevo*), comunemente noto come "pillola del giorno dopo" in quanto idoneo a determinare un blocco dell'ovulazione, inibendo così la fecondazione e agendo come contraccettivo. Secondo una parte della dottrina, infatti non si potrebbe escludere che il farmaco se somministrato ad ovulazione già avvenuta possa agire sulla cellula uovo fecondata, impedendo lo sviluppo precoce o l'impianto dell'embrione nell'endometrio, un effetto che viene considerato abortivo da chi ritiene che la gravidanza abbia inizio a partire dalla fecondazione. Da qui la richiesta di obiezione di coscienza da parte del medico e del farmacista che ritenga contrastare con la propria coscienza (ed anche con la propria deontologia professionale) la prescrizione e la vendita di tale farmaco. (In questi termini G. BONI, *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza*, in *Dir. famiglia*, 1, 2001, 680-681; M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La commercializzazione del Norlevo: dal decreto n. 510/2000 del 26 settembre 2000 del Ministro della sanità alla sentenza n. 8465/2001 - 12 ottobre 2001 del Tar Lazio*, *ivi*, 2002, 429-434; M.L. DI PIETRO, M. CASINI, A. FIORI, R. MINACORI, L. ROMANO, A. BOMPIANI, *Norlevo e obiezione di coscienza*, in *Medicina e morale*, LIII (2003), 411 ss; V. TURCHI, *L'obiezione di coscienza nell'ambito della bioetica*, in *Diritto di famiglia*, 3 2008, 1436 ss). La tesi richiamata, seppur basata su dati scientifici contestati nella letteratura scientifica (cfr. C. FLAMIGNI, A. POMPILI, *Contraccezione*, Roma 2011, 154 che

Nella prospettiva in esame, inoltre, assume rilievo la sentenza n. 242 del 2019 con la quale la Corte costituzionale, nel riconoscere la liceità dell'assistenza medica al suicidio ha, aperto al riconoscimento della legittimità di un'eventuale obiezione di coscienza rispetto alla stessa⁶³, con un'affermazione tanto netta che il legislatore⁶⁴ e, nelle more del suo intervento, l'amministrazione non potranno disattendere⁶⁵.

richiamano lo studio di P.G. LALIKTUMAR, *Mifepristone but not levonorgestrel inhibits human blastocyst attachment to an in vitro endometrial three-dimensional cell culture mode*, in "Human Reproduction", 2007, 22, 3031-3037), è stata avallata dal giudice amministrativo (Tar Lazio sez. I, 12 ottobre 2001, n. 8465 in *Giust. civ.*, 11, 2002, 2981 ss) che ha annullato il decreto del ministero della sanità 26 settembre 2000 n. 510 Aic/Uac, recante l'autorizzazione all'immissione in commercio del "Norlevo", proprio in ragione dell'inadeguatezza della scheda tecnica ad informare in maniera chiara e non equivoca sui possibili effetti del farmaco sull'ovulo fecondato. Sulle questioni si è pronunciato anche il Comitato Nazionale per la Bioetica con due distinti atti. Nella *Nota sulla contraccezione di emergenza* del 28 maggio 2004, ha ritenuto – con opinione unanime – che «il medico il quale non intenda prescrivere o somministrare il LNG in riferimento ai suoi possibili effetti post-fertilizzazione abbia comunque il diritto di appellarsi alla "clausola di coscienza", dato il riconosciuto rango costituzionale dello scopo di tutela del concepito che motiva l'astensione (cfr. p. es. Corte cost. n. 35/1997), e dunque a prescindere da disposizioni normative specificamente riferite al quesito in esame». *Contra*, in dottrina, V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003, 215; G. DI COSIMO, *I farmacisti e la "pillola del giorno dopo"*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 142. Con riferimento alla posizione del farmacista, invece, all'interno del Comitato sono emersi orientamenti differenti. Nella *Nota in merito alla obiezione di coscienza del farmacista alla vendita dei contraccettivi di emergenza*, 25 febbraio 2011, alcuni membri hanno sostenuto che «si possa riconoscere al farmacista un ruolo riconducibile a quello degli "operatori sanitari" e che pertanto, in analogia a quanto avviene per altre figure professionali sanitarie (L. n. 194/1978 e L. n. 40/2004), debba necessariamente essere riconosciuta anche a questa categoria il diritto all'obiezione». Altri membri, invece, hanno ritenuto che non è possibile assimilare la figura del farmacista a quella del medico, dato che il farmacista non è responsabile né della prescrizione del farmaco, né delle condizioni personali e di salute di chi lo richiede. In senso critico sulla possibilità di riconoscere l'obiezione di coscienza al rifiuto di prescrivere la contraccezione d'emergenza v. D. PARIS, *L'obiezione di coscienza di medici e farmacisti alla prescrizione e vendita della cd. "pillola del giorno dopo": profili di diritto costituzionale*, in AA.Vv., *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, (a cura di) R. BALDUZZI, Bologna, 2010, 503 ss.

⁶³ V. Corte costituzionale, sent. n. 242 del 2019 punto 6 del *Considerato in diritto* ove si afferma che «la declaratoria di illegittimità dell'art. 580 c.p. si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato». In dottrina, ritengono che la Corte abbia inteso riconoscere la possibilità di obiezione di coscienza dei sanitari: L. D'AVACK, *L'aiuto al suicidio medicalizzato sotto il controllo della Corte costituzionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, II, 4, 2019, 1707 ss; negli stessi termini, seppur in senso critico, v. G. D'ALESSANDRO, *Su taluni profili problematici della sentenza n. 242/2019 sul caso "Cappato-Antoniani"*, in *Giur. cost.*, 6, 2019, 3011 ss; M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 367; P. VERONESI, *"Ogni promessa è debito": la sentenza costituzionale sul caso Cappato*, in *Giustizia Insieme*, 2019, 9; e F. RIMOLI, *Suicidio assistito, autodeterminazione del malato e tutela dei più deboli: la Corte trova un difficile equilibrio*, in *Giur. cost.*, 6, 2019, 3003 ss.

⁶⁴ Nel senso per cui il riconoscimento dell'obiezione di coscienza per il personale sanitario rappresenta «un vincolo difficilmente eludibile per il legislatore futuro» v. G. REPETTO, *La Corte, l'aiuto al suicidio e i limiti del controllo di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 6, 2019, 3018 ss (spec. nota 5); C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirimpenti implicazioni*, in *Consulta on line*, 1, 2020, 72.

⁶⁵ Le istituzioni sanitarie, dunque, fermo restando il dovere di prendere in carico un'eventuale richiesta di assistenza medica nel morire proveniente da un paziente che si trovi nelle condizioni indicate dalla Corte

Ebbene, nella prospettiva del principio di laicità delle istituzioni sanitarie anche la previsione dell'obiezione di coscienza si presta a considerazioni opposte.

Da una parte, si potrebbe ritenere non coerente con il principio di laicità, inteso nel senso di «neutralità» della sfera pubblica, che i dipendenti del servizio sanitario possano rifiutarsi – per motivi di coscienza – di erogare prestazioni previste come doverose dalla legislazione in materia⁶⁶.

D'altra parte, tuttavia, si osserva che le prospettive aperte dalla scienza e dalle tecnologie biomediche sollevano questioni eticamente tanto sensibili da mettere alla prova la dimensione deontologica e morale del professionista sanitario⁶⁷ che merita una specifica considerazione da parte delle Istituzioni. Pertanto, si ritiene che siano proprio le esigenze di salvaguardia della libertà di coscienza e di religione di una delle componenti del mondo sanitario ad imporre al legislatore e all'amministrazione di riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza.

Dunque, come valutare l'istituto?

La questione, peraltro, non è meramente teorica, ma ha una ricaduta nella soluzione di problemi organizzativi che possono porsi nella prassi; ciò perché il tipo di risposta che si dà al quesito prospettato può orientare il modo di agire delle aziende sanitarie.

Nelle ipotesi di obiezione di coscienza legislativamente codificate, il problema assume rilevanza quando l'alto numero di personale obiettore mette a rischio l'accesso al servizio e la continuità nell'erogazione delle prestazioni agli utenti. In queste circostanze, la questione che si pone è come

costituzionale, dovranno rispettare l'eventuale rifiuto opposto dal personale medico. Diversamente v. D. PULITANÒ, *A prima lettura. L'aiuto al suicidio dall'ordinanza n. 207/2018 alla sentenza n. 242/2019*, in *Giustizia penale web*, 12, 2019, 4, secondo il quale «la sentenza apre uno spazio legittimo per un aiuto possibile, non impone obblighi a carico del servizio sanitario né di altri, ed è per questo che non sorge alcun problema di obiezione di coscienza». Negli stessi termini v. A. LICASTRO, *L'epilogo giudiziario della vicenda Cappato e il ruolo «sussidiario» del legislatore nella disciplina delle questioni «eticamente sensibili»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2019, 615; L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 4; G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 645. L'interpretazione da ultimo citata non è però condivisibile poiché il mancato riconoscimento di un obbligo in capo al singolo medico non vale ad escludere la responsabilità organizzativa dell'amministrazione sanitaria nell'erogare il trattamento sanitario necessario per l'assistenza nel morire di quei pazienti che, trovandosi nelle condizioni indicate nella sentenza n. 242 del 2019, ne facessero richiesta. Dal momento che la Corte costituzionale ha ricondotto l'assistenza medica al suicidio alla «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie.. scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.» è in queste norme che si rinviene la copertura legale dell'attività di organizzazione e di prestazione che l'amministrazione dovrà assicurare, a prescindere dalla disponibilità del personale sanitario. In questo senso v. N. COLAIANNI, *La causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio (rectius: dell'assistenza nel morire)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3, 2019, 601; e N. VETTORI, *Suicidio assistito e amministrazione sanitaria. Note a prima lettura sulle prospettive aperte dalla Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 226.

⁶⁶ In questo senso v., da ultimo, F. RIMOLI, *Suicidio assistito, autodeterminazione del malato e tutela dei più deboli: la Corte trova un difficile equilibrio*, cit., 3003 ss il quale osserva che «l'istituto dell'obiezione di coscienza, giustificabile laddove si ricoprano ruoli obbligati, sembra esserlo assai di meno ove i ruoli siano acquisiti volontariamente (e tramite concorso), presso strutture pubbliche cui spetta dare piena attuazione agli indirizzi voluti dal legislatore, al fine di rendere effettivi i diritti riconosciuti a ogni cittadino».

⁶⁷ In questi termini v. il parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Obiezione di coscienza e bioetica*, cit.

dovrebbero essere considerate eventuali misure organizzative limitative della libertà di coscienza del personale che le amministrazioni assumessero per assicurare il buon funzionamento del servizio⁶⁸.

Ma il problema è ancora più delicato quando l'obiezione non è prevista a livello di fonte primaria e l'istituzione sanitaria si trova a fronteggiare l'interesse del medico (o altro professionista sanitario) che, invocando la 'clausola di coscienza' previste nel codice deontologico, si rifiuta di erogare una prestazione doverosa. In casi del genere il problema è come l'amministrazione debba considerare la richiesta di obiezione: si tratta di una pretesa che si pone in contrasto con il principio di laicità «negativa» che deve informare il servizio pubblico in un regime di pluralismo etico e religioso? Oppure, al contrario, si tratta di una pretesa coerente con il dovere della struttura di tutelare la libertà di coscienza dei propri lavoratori in aderenza ad un'istanza di laicità «positiva»?

5.1. L'«ago della bilancia» è il principio di buon andamento del servizio pubblico

Anche in questo caso, la convinzione è che per determinare come l'amministrazione debba affrontare le questioni in esame, occorre considerare il valore della laicità in relazione con gli altri principi del servizio pubblico.

Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza è, infatti, il frutto di un bilanciamento fra due diritti fondamentali: il diritto alla salute della persona che richiede la prestazione sanitaria e la libertà di coscienza del medico (o operatore sanitario) che deve prestarla.

Tuttavia, se il medico è dipendente di una struttura pubblica nella ponderazione entrano anche altri interessi. In primo luogo, la garanzia dei principi di imparzialità e di non discriminazione nell'erogazione delle prestazioni e l'interesse generale al buon andamento del servizio; in secondo luogo, la parità di trattamento lavorativo dei dipendenti dell'amministrazione⁶⁹.

La necessità di ponderare questi diritti e interessi fondamentali è la ragione per cui si ritiene doverosa l'*interpositio legislatoris* per il riconoscimento delle ipotesi di obiezione di coscienza nonché la ragione per cui risulta essenziale la mediazione organizzativa dell'amministrazione sanitaria.

Infatti, a livello di regolazione concreta – che è quello che qui più direttamente interessa – è l'amministrazione che può trovarsi ad operare il bilanciamento; e poiché compito primario dell'amministrazione è garantire l'assistenza sanitaria nel rispetto dei principi di imparzialità e buon

⁶⁸ La questione si è già presentata nel caso dell'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza. La necessità di far fronte ad un elevato numero di ginecologi obiettori, infatti, ha indotto alcune amministrazioni regionali ad indire bandi di concorso riservati "a personale sanitario disposto a non sollevare obiezione di coscienza". Sul tema v. V. ABU AWAD, N. VETTORI, *Servizi di interruzione volontaria della gravidanza e obiezione di coscienza: obblighi dell'amministrazione sanitaria e possibili profili di responsabilità penale*, cit., 22-27; B. LIBERALI, "Per l'applicazione della legge 194": una clausola che viola il diritto all'obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei diritti sociali contro l'Italia), in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, 1, 2017, 10-11; A. PIOGGIA, *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria, ovvero il diavolo nei dettagli*, in *Medicina nei secoli, arte e scienza*, 28/1, 2016, 149 ss.

⁶⁹ L'obiezione di coscienza di un dipendente del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) influisce infatti, sulla determinazione del contenuto di quella degli altri dipendenti della stessa struttura, incidendo sull'intera organizzazione aziendale. Per i liberi professionisti non legati al SSN, invece, l'obiezione di coscienza si traduce nella libera scelta di non compiere determinate prestazioni e quindi nell'assumere un minor carico di lavoro, fermi restando ovviamente gli obblighi di soccorso e gli altri specifici doveri gravanti sull'attività medica in generale. Si veda sul punto anche F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., 178.

andamento, se l'obiezione di coscienza del personale rischia di pregiudicare il buon funzionamento del servizio, l'amministrazione è tenuta a regolarne l'esercizio in modo tale da assicurare che gli utenti abbiano sempre la possibilità di ottenere la prestazione cui hanno diritto⁷⁰.

Un dovere di intervento in tal senso è ricavabile, non solo dalle fonti primarie in materia⁷¹, ma anche dalle norme costituzionali⁷² e delle Carte europee dei diritti per come interpretate dalla giurisprudenza⁷³ e dagli organi competenti⁷⁴.

Tuttavia, le soluzioni organizzative da adottare in concreto potranno essere diverse in ragione delle caratteristiche dei diversi contesti e delle circostanze di fatto.

Pertanto, se il numero dei dipendenti 'obiettori' è limitato, o comunque non è tale da pregiudicare il buon funzionamento del servizio, l'azienda sanitaria potrà soddisfare con pienezza le richieste di obiezione nei casi legalmente previsti; nonché valutare la possibilità di adottare misure organizzative che, nel rispetto della parità di trattamento tra i dipendenti della struttura, consentano di soddisfare

⁷⁰ Gli obblighi che l'istituzione è chiamata a soddisfare attengono primariamente ai diritti dei pazienti e solo secondariamente a quelli del personale, pertanto per ricostruire i poteri/doveri delle istituzioni sanitarie devono essere applicate prima, e in caso di potenziale contrasto fatte prevalere, le norme che riconoscono il diritto alla salute e il buon funzionamento del servizio sanitario, posto che è la tutela di quell'interesse il fine pubblico cui è finalizzata la loro azione. Per un approfondimento di questo profilo v. N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica*, cit., 160-174.

⁷¹ Esplicito in questo senso è l'art. 9, co. 4, l. n. 194 del 1978, ove si prevede che «Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti *in ogni caso* ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli artt. 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale».

⁷² Il dovere di intervento in tal senso è ricavabile direttamente dall'art. 32 della Costituzione. Le prestazioni sanitarie per le quali è prevista l'obiezione di coscienza, infatti, sono doverose per le Istituzioni sanitarie, pertanto è lo stesso art. 32 della Costituzione ad escludere che il riconoscimento dell'obiezione di coscienza del personale possa giustificare l'esonero della responsabilità organizzativa delle strutture e, quindi, ad imporre alle stesse di adoperarsi per assicurare il corretto svolgimento del servizio.

⁷³ Di particolare interesse è la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (cfr. Corte EDU, *R.R. c. Polonia*, ric. n. 27617/04 del 26 maggio 2011) nella quale si afferma che – fermo restando il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nella disciplina delle pratiche mediche – l'art. 8 della CEDU prescrive «di rendere sostanzialmente fruibile il diritto all'aborto che sia formalmente riconosciuto nella legislazione». Pertanto, se la normativa nazionale riconosce la possibilità di ricorrere all'interruzione della gravidanza lo Stato deve organizzare i propri servizi in modo da «garantire la libertà di coscienza dei propri dipendenti in un contesto professionale che non impedisca ai pazienti di accedere ai servizi ai quali hanno legalmente diritto».

⁷⁴ Molto significative sono state le due decisioni con cui il Comitato Europeo dei diritti Sociali ha accertato che la mancata adozione, da parte dell'amministrazione sanitaria, di misure organizzative idonee ad 'arginare' l'alta percentuale di obiettori nei servizi per l'interruzione della gravidanza determina la violazione delle norme della Carta sociale europea sul diritto alla salute (art. 11), sul principio di non discriminazione (art. E, parte V) e sul diritto alla dignità del lavoro (art. 26) degli altri dipendenti della struttura. Cfr. Comitato Europeo dei Diritti Sociali, 10 marzo 2014, case n. 87/2012 *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italia* e Comitato Europeo dei Diritti Sociali, 11 aprile 2016, case n. 91/2013, *CGIL v. Italy* consultabili all'indirizzo <http://www.coe.int> Per un'analisi puntuale delle decisioni v. B. LIBERALI, *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio. (Prime osservazioni alla decisione del Comitato europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 41-43; L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro - Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CCIL c. Italy, 11 aprile 2016*, in *DPCE on line*, 2, 2016, 1-9.

anche le istanze avanzate sulla base delle 'clausole di coscienza' contenute nelle fonti deontologiche⁷⁵.

Diversamente, nei casi in cui il numero del personale obiettore è tale da compromettere un'efficiente erogazione delle prestazioni, l'obbligo primario di tutela della salute renderà necessario che l'amministrazione sanitaria assuma un atteggiamento ispirato ad un'istanza di «laicità-neutralità»⁷⁶, ovvero di indifferenza rispetto alle istanze di coscienza del proprio personale.

In casi del genere, dunque, potranno essere considerati legittimi non solo eventuali rifiuti nei confronti di richieste di esenzione fondate sulle 'clausole di coscienza'⁷⁷, ma anche misure organizzative che limitano il diritto all'obiezione legislativamente previsto⁷⁸ al fine di riequilibrare la composizione della dotazione organica in modo ragionevole e proporzionato alle effettive esigenze⁷⁹.

⁷⁵ Merita precisare che nei casi di obiezione di coscienza non previste dalle fonti primarie, il dipendente che invochi la clausola di coscienza non può considerarsi titolare del diritto di rifiutarsi di svolgere determinati compiti, bensì dell'interesse legittimo a che l'amministrazione prenda in considerazione la sua pretesa. Si tratta senz'altro di un interesse rilevante perché fondato sull'art. 19 della Costituzione e sulle norme deontologiche, perciò meritevole di adeguata considerazione, la cui tutela è però subordinata all'adempimento dell'obbligo di tutela della salute dei pazienti, che costituisce il compito primario dell'amministrazione sanitaria, e alla necessità di garantire la parità di trattamento tra i dipendenti.

⁷⁶ Così S. LARICIA, *Principio di laicità dello Stato*, cit., 8.

⁷⁷ Del resto, anche il CNB nella *Nota in merito alla obiezione di coscienza del farmacista alla vendita dei contraccettivi di emergenza*, cit., ha affermato, all'unanimità, che «presupposto necessario e indispensabile per l'eventuale riconoscimento legale dell'obiezione di coscienza è che la donna debba avere in ogni caso la possibilità di ottenere comunque la realizzazione della propria richiesta farmacologica e che spetti alle Istituzioni e alle Autorità competenti, sentiti gli organi professionali coinvolti, prevedere i sistemi più adeguati nell'esplicitazione degli strumenti necessari e delle figure responsabili per la attuazione di questo diritto». Da ciò pare potersi ricavare che se viene meno il «presupposto necessario e indispensabile» (i.e. la possibilità di soddisfare il diritto all'assistenza sanitaria o farmacologica), l'amministrazione non può soddisfare la richiesta di esenzione.

⁷⁸ Non pare da escludere neppure la legittimità di procedure di reclutamento riservate a soggetti specificatamente destinati a svolgere interventi abortivi e, perciò, condizionate da apposite clausole che escludono la possibilità di sollevare obiezione di coscienza. Sostengono la legittimità di clausole di questo tipo in caso di un diffuso discorso all'obiezione di coscienza anche A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., 251; B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, vol. II, cit., 1680; D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.*, 2008, 1092-1093; A. PIOGGIA, *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria*, cit., 165-167; B. LIBERALI, "Per l'applicazione della legge 194": una clausola che viola il diritto all'obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?, cit., 10-11. *Contra* P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 149 secondo il quale clausole di questo tipo sarebbero ammissibili solo per contratti di lavoro a tempo determinato.

⁷⁹ In questo senso non pare condivisibile l'opinione secondo la quale sarebbe possibile prevedere *a priori* e in astratto, quote predeterminate (50%) di personale non obiettore ovvero una riserva di eguali posti per specialisti obiettori o non obiettori nelle procedure concorsuali. In questi termini v. Tar Puglia, Bari, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477 (in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2011, 1995 ss) e, in dottrina, v. B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, cit., 1680. In base al principio di proporzionalità, infatti, la pubblica amministrazione non potrebbe stabilire restrizioni alla libertà di coscienza in misura diversa da quella necessaria per l'espletamento degli obblighi cui è tenuto il personale sanitario; e una simile valutazione dovrebbe necessariamente basarsi sulla cognizione dello *status quo* ovvero sull'effettiva diffusione dell'obiezione nell'amministrazione di riferimento. Non sarebbe, infatti, conforme al principio di

6. Notazioni conclusive: per una laicità “dialogante”

In definitiva, quel che si ricava dall’analisi è che la legislazione sanitaria rispecchia la prospettiva di fondo che emerge dalla giurisprudenza costituzionale e, in particolare, dalla sentenza n. 203 del 1989, ispirandosi – almeno tendenzialmente – al modello della laicità «positiva».

D’altra parte, a livello di prassi applicativa, sebbene non manchino profili di criticità, quali la disparità di trattamento nell’organizzazione dei servizi di assistenza religiosa e, più in generale, il carattere ancora “occasionale” delle buone pratiche, la dimensione amministrativa mostra dei segnali positivi⁸⁰.

In questa prospettiva, come si è cercato di dimostrare, l’idea di fondo è che perché si proceda nella giusta direzione e l’amministrazione sia in grado di assicurare «pari protezione alle coscienze individuali», in una società caratterizzata da sempre maggiore pluralismo etnico e culturale, occorre prendere atto che il valore della laicità deve entrare in relazione con gli altri principi fondamentali che conformano l’azione amministrativa affinché le soluzioni ai problemi siano elaborate nel ‘dialogo’ fra i diversi principi.

Pertanto, dal momento che la laicità deve riguardare tutta l’attività della pubblica amministrazione che è regolata da una pluralità di principi, in parte diversi a seconda dei contesti considerati, quel che occorre è una laicità sempre più “dialogante”.

proporzionalità l’emanazione di bandi recanti un’eguale riserva di posti per medici obiettori e non obiettori all’interno di una azienda che vedesse già la massiccia presenza dell’una o dell’altra categoria o la totale assenza di una a favore dell’altra. Spetta, dunque, all’azienda sanitaria interessata la definizione delle soluzioni organizzative più adeguate, nel rispetto dei principi che normalmente regolano la discrezionalità organizzativa.

⁸⁰ In particolare: le iniziative delle aziende sanitarie volte alla predisposizione di ‘spazi di culto plurali’, le intese siglate con UAAR al fine di assicurare anche un’assistenza morale non confessionale; le raccomandazioni per gli operatori sanitari dirette a prestare attenzione alle specificità religiose e culturali degli utenti (v. § 3 e 3.1); le misure organizzative dirette ad evitare che l’esercizio dell’obiezione di coscienza possa pregiudicare la corretta erogazione delle prestazioni sanitarie (v. § 5.1.).

Per non morire di inerzia: piste di riflessione per una legge italiana su alcuni aspetti del fine vita

Chiara Tamburini*

Reviews

LET'S NOT DIE OF INERTIA: SUGGESTIONS FOR REFLECTION IN VIEW OF AN ITALIAN LAW ON SOME ASPECTS OF THE END OF LIFE.

ABSTRACT: Taking as a starting point the current state of the Italian legislation and the latest capital judgement of the Constitutional Court in the area of the end of life, the article explores – from a *de iure condendo* perspective – several aspects of the laws and the reality of the health system and of the political culture of Belgium, a country that has highly developed care, services and rights in this area. This is followed by some considerations aiming at identifying possible paths of intervention by the Italian legislator and subsequently possibly prevent a further substitution by the Judiciary.

KEYWORDS: End of life; palliative care; self-determination; euthanasia; assisted suicide

SOMMARIO: 1. La legge sulle DAT: un buon punto di partenza – 2. L'inevitabile supplenza del potere giudiziario di fronte all'inerzia del legislatore: il caso Antoniani-Cappato – 3. In una prospettiva *de iure condendo*: l'esempio del Belgio (A) rispetto all'accesso alle cure palliative – 4. (Segue) La necessità di un serio piano nazionale di cure palliative anche in Italia – 5. L'esempio del Belgio (B) rispetto alla tecnica legislativa prescelta – 6. (Segue): Una tecnica legislativa potenzialmente applicabile anche all'ordinamento giuridico italiano – 7. (Segue) Un testo quasi già scritto? – 8. L'esempio del Belgio (C): una legge di libertà, non di imposizioni – 9. (Segue) Una filosofia raccomandabile anche nel contesto politico-sociale italiano.

1. La legge sulle DAT: un buon punto di partenza

L'adozione della legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (DAT) del 22 dicembre 2017¹ ha rappresentato una felice eccezione alla drammatica regola vigente da decenni nel Parlamento italiano: l'incapacità di decidere e conseguentemente legiferare sulla delicata sfera del fine vita.

* Ricercatrice di diritto penale presso il Groupe de recherche en matière pénale et criminelle (GREPEC) dell'Université Saint-Louis (Bruxelles). Mail: chiara.tamburini@edu.unife.it. Contributo sottoposto a doppio refereggio anonimo.

¹ In GU n. 12 del 16-1-2018.

Il lavoro della relatrice Donata Lenzi e dei gruppi parlamentari che ne hanno sostenuto il percorso è stato senza ombra di dubbio meritorio², avendo portato l'Italia – d'un sol passo – dall'assenza completa di legislazione sul fine vita al medesimo livello in questo campo di Paesi europei come la Francia³.

La società tuttavia avanza sempre più veloce del legislatore (cosa particolarmente vera per l'Italia): la “soluzione” rappresentata dalla legge in questione, che istituisce e regola il testamento biologico, legittima il rifiuto o la sospensione delle cure (incluse idratazione e nutrizione parenterale) su richiesta del paziente e legittima altresì le pratiche di sedazione terminale (anche conseguentemente alla sospensione delle cure appena menzionate), non poteva essere una risposta di per sé sufficiente a regolare tutti i drammatici casi che si presentano in Italia nell'ambito del fine vita⁴.

2. L'inevitabile supplenza del potere giudiziario di fronte all'inerzia del legislatore: il caso Antoniani-Cappato

È peraltro risaputo che l'incapacità o la mancanza di volontà politica di legiferare su temi così sensibili provochi inevitabilmente la supplenza del potere giudiziario.

Senza scomodare altri esempi, paradigmatico è il recente caso “Antoniani-Cappato”⁵. In mancanza di legislazione specifica in materia di assistenza al suicidio e di fronte all'inadeguatezza di una normativa codicistica penale del 1930 (nella specie l'articolo 580 c.p.⁶), a nulla è servita l'ordinanza della Corte costituzionale del 23 ottobre 2018 che impartiva un termine di un anno al Parlamento italiano per legiferare sull'aiuto al suicidio: la Corte “ha dovuto” emettere sentenza di incostituzionalità (il 25 set-

² Per un commento alla legge, cfr. S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2017, 975 ss.

³ Il testo della legge italiana sulla DAT è invero molto simile al testo della legge francese creante nuovi diritti per i pazienti nel fine vita del 2 febbraio 2016 (legge “Clayes-Leonetti”), in particolare – ma non solo – laddove considera nutrizione e idratazione artificiale come trattamenti sanitari e introduce la possibilità di chiedere la sedazione terminale. La relatrice ha peraltro dichiarato di essersene ispirata fin dall'inizio dei lavori parlamentari. Per un approfondimento della legge francese, cfr. V. DEPADT, *Le droit à une sédation et les directives anticipées: principaux apports de la loi “Clayes-Léonetti” du 2 février 2016*, in *Lexbase*, 2016, 645, 43.

⁴ In questo senso cfr. anche O. SPATARO, *La legge n. 219 del 2017 e la disciplina del fine-vita tra principi costituzionali e problemi aperti. Spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 202.

⁵ Il caso giudiziario nasce dal suicidio assistito eseguito da Fabiano Antoniani (conosciuto al grande pubblico come “Dj Fabo”) in una clinica Svizzera, grazie all'aiuto materiale apportatogli da Marco Cappato, militante radicale. Per una disamina dettagliata rinviamo all'esauritivo articolo di S. CANESTRARI, *Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell'art. 580 c.p. da parte della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2159 ss. Cfr. anche S. VINCIGUERRA, *L'aiuto al suicidio dopo il giudizio di costituzionalità. Una risposta e qualche domanda*, in *Foro.it.*, 2020, I, 843; in un'ottica comparativa: V. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Legislazione penale*, 12 marzo 2020; L. RISICATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione timida fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *Legislazione penale*, 16 marzo 2020; G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sistema penale*, 11-06-20.

⁶ Art. 580 c.p.: «Chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni».

tembre 2019) se voleva tutelare libertà di rango costituzionale quali la libertà di autodeterminazione del malato⁷.

Non possiamo dunque che condividere il giudizio che Stefano Canestrari dà della pronuncia citata come di una sentenza «inevitabilmente infelice»⁸, digià per il contesto in cui è stata scritta (ossia ritagliata su un caso specifico che difficilmente si presterà ad analogie) e anche per i limiti entro i quali la Corte si è trovata a muoversi (il mero orizzonte penalistico di una norma per di più obsoleta rispetto alle evoluzioni della scienza e della tecnologia).

Se dunque pare indiscussa e indiscutibile la necessità di non porre nuovamente la Corte di fronte a dilemmi sul fine vita di tali dimensioni, riteniamo che queste situazioni possano essere ovviate a monte solo da un intervento del legislatore che idealmente completi e completi il buon lavoro svolto nel 2017⁹.

3. In una prospettiva *de iure condendo*: l'esempio del Belgio (A) rispetto all'accesso alle cure palliative

Per capire quali dinamiche potrebbero favorire o incentivare l'adozione di una tale legislazione in Italia, pare opportuno scrutare la realtà di un Paese europeo che ha saputo porsi ad un livello molto avanzato nella direzione del riconoscimento del diritto all'autodeterminazione in ogni area del fine vita (includendo dunque non soltanto le DAT ma anche cure palliative all'avanguardia e possibilità di richiedere eutanasia e suicidio assistito): il Belgio.

Questo Paese ha adottato il 28 maggio 2002 una legge¹⁰ che depenalizza l'eutanasia praticata da un medico nel rispetto di alcune tassative condizioni¹¹. Si considera depenalizzato per analogia anche il

⁷ Cfr. C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *sistemapenale.it*, 4 dicembre 2019; A.-M. LECIS COCCO ORTU, *L'équilibre de la Cour constitutionnelle italienne en matière d'euthanasie et d'assistance au suicide: entre activisme et respect du rôle du législateur*, *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 15-01-20, in <http://journals.openedition.org/revdh/8185>.

⁸ S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte Costituzionale*, *op. cit.*, 2159.

⁹ Pensiamo in questo caso a una normativa che vada a disciplinare nel merito un ventaglio di casi ben più ampio, a prescindere dalle forme concrete (nuova legge, intervento nel codice, emendamento alla legge preesistente, ecc.) che tale normativa potrebbe assumere.

¹⁰ *Loi relative à l'euthanasie*, 28-5-02, *M.B.* 22-6-02, 28515-20. La legge è stata successivamente emendata nel 2005 (per disciplinare il ruolo del farmacista in questo contesto), nel 2014 (per estenderla ai minori) e nel 2020 (per cancellare la durata massima di cinque anni delle direttive anticipate).

¹¹ In particolare, nel testo del 2002, il paziente dev'essere maggiorenne e capace, la richiesta dev'essere volontaria e provenire da persona in una situazione medica irreversibile con sofferenza fisica o psichica costante e insopportabile non trattabile e che risulta da un incidente o una patologia grave e incurabile (art. 3). La legge del 2002 è stata parzialmente estesa ai minori "con capacità di discernimento" attraverso un emendamento del 2014; per i minori le condizioni sono comunque molto più restrittive. Cfr. M. MALLIEN, *L'extension de l'euthanasie aux mineurs non émancipés. Une analyse des conditions requises par les lois des 28 mai 2002 et 28 février 2014*, *Journal du droit des jeunes*, 2015, 342, 17-29.

suicidio assistito qualora il medico rispetti le medesime condizioni indicate nella legge relativamente all'eutanasia¹².

È interessante notare che una legge sulle cure palliative è stata adottata in parallelo a quella sull'eutanasia (per la precisione ad appena due settimane di distanza)¹³ e che la decisione di procedere con le due leggi in Parlamento allo stesso tempo ha avuto due moventi principali: dapprima disinnescare l'opposizione (principalmente delle forze cattoliche ma non solo), che non avrebbe mai potuto accettare il voto di una legge sull'eutanasia prima che fosse garantito nero su bianco a tutti i pazienti il pieno accesso alle cure palliative; in secondo luogo (ed in direzione contraria), dimostrare che le due opzioni sono complementari e non alternative, non potendo dunque essere poste neanche l'una (un percorso di cure palliative) come condizione preliminare dell'altra (la richiesta di eutanasia)¹⁴.

Occorre tuttavia fare un passo indietro per comprendere che questa strategia legislativa è stata attivabile grazie ad una già solida disponibilità (e cultura) delle cure palliative diffusa in Belgio, che la legge veniva principalmente a sancire nero su bianco. Basti considerare che già nel 1991 furono erogati i primi sussidi pubblici per incentivare la diffusione delle cure palliative¹⁵ e che alla fine di quello stesso decennio tutta una serie di politiche sociali (tra cui l'istituzione di unità mobili per le cure palliative, la formazione obbligatoria per il personale ospedaliero o ancora il congedo per occuparsi di un familiare in fine vita) erano una realtà tangibile¹⁶. La legge del 2002 ha sancito un diritto al pieno accesso alle cure palliative per ogni persona che si trovi in fine vita e da allora leggi e decreti si sono succeduti per complementare e precisare quella solida base.

Ad oggi, in Belgio, l'accesso pieno alle cure palliative rappresenta una realtà concreta per il paziente che desideri ricorrervi, in tutto il territorio nazionale¹⁷: questo grazie ad una rete che non si limita ad avere istituito delle unità ospedaliere con posti letto dedicati e unità mobili, ma prevede anche effi-

¹² Questa interpretazione è confermata dai rapporti biennali pubblicati dalla Commissione Federale di Valutazione e di Controllo sulla legge del 2002 (istituita dall'art. 6 della stessa legge). La Commissione ha il compito di redigere dei rapporti statistici sui casi riportati, di valutare la pratica eutanasi nel paese e di elaborare eventuali raccomandazioni al legislatore.

¹³ *Loi relative aux soins palliatifs*, 14-6-02, M.B. 22-10-02, 49160 ss.

¹⁴ I dibattiti parlamentari (in particolare al Senato belga) che hanno preceduto l'adozione della legge riportano argomentazioni articolate in materia. In particolare, i partiti facenti capo alla maggioranza governativa non desideravano accettare la richiesta delle opposizioni di introdurre un "filtro palliativo", ossia un passaggio obbligato attraverso cure palliative per ogni paziente che richiedesse l'eutanasia. Il compromesso trovato ha permesso di adottare entrambe le leggi al contempo e senza legare l'una all'altra. Cfr. *Proposition de loi relative à l'euthanasie, Rapport fait au nom des commissions réunies de la Justice et des Affaires sociales par Mmes Laloy et Van Riet*, 9 juillet 2001, *Doc., Sénat*, n° 2-244/22, 2000-2001, 171 ss.

¹⁵ Cfr. in particolare *l'exkursus* storico a p. 9 del Rapporto di valutazione delle cure palliative del maggio 2008 redatto dalla Cellula federale di valutazione delle cure palliative, in <https://bit.ly/3dhjvdN>.

¹⁶ Oltre al documento di cui alla nota precedente (13 ss.), per una ricostruzione dettagliata dei primi passi dell'istituzione delle cure palliative in Belgio cfr. B. CONTER, *Les soins palliatifs en Belgique*, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1487, 22, 1995, 1-37.

¹⁷ Questo aspetto è degno di nota, in un paese dove il regionalismo con spinte indipendentiste ha spesso reso molto diverse le realtà locali, nell'assistenza sanitaria come in innumerevoli altri settori della vita sociale. Cfr. tra gli altri P. DELWIT, *Composition, décomposition et recomposition du paysage politique en Belgique*, Éditions Labor, Bruxelles, 2003.

cienti cure domiciliari, centri diurni, unità nelle case di riposo e associazioni di volontari formati all'accompagnamento¹⁸.

È così che i pazienti che accedono alle cure palliative in Belgio sono più di 15 ogni 10.000 abitanti¹⁹, mentre in Italia i posti letto per i pazienti che ne abbisognano sono appena 0,35 per 10.000 abitanti²⁰: 43 volte di meno, una differenza che racconta come un pugno nello stomaco la sofferenza quotidiana di migliaia di persone.

4. (Segue) La necessità di un serio piano nazionale di cure palliative anche in Italia

Se è unanimemente riconosciuto che il patimento di sofferenze fisiche insopportabili (o il timore di doverle subire) è la ragione principale che porta alla ricerca di soluzioni alternative nel fine vita (come il suicidio assistito o l'eutanasia)²¹, il pieno accesso alle cure palliative per tutte le persone che ne abbiano necessità dovrebbe essere l'obiettivo inderogabile immediato di ogni forza politica, quale che sia la posizione sulle altre misure. E se è vero, come evidenziato dagli studi scientifici, che vi è tuttavia una frazione di circa un decimo di casi di dolore refrattario ad ogni cura²², questo significa che il pieno accesso alle cure palliative potrebbe potenzialmente rappresentare la soluzione al dramma quotidiano del 90% dei pazienti terminali o comunque gravemente malati, riducendo così per molti pazienti anche il bisogno e dunque la ricerca di soluzioni alternative²³.

Un serio piano nazionale di cure palliative, finanziato con idonee risorse, dovrebbe dunque rappresentare una priorità per chi governa il nostro Paese. Del resto, l'emergenza Covid non ha fatto che rendere più drammatico l'abbandono dei pazienti in fase terminale o che comunque necessitano di cure del dolore efficaci. L'accesso a tali cure permetterebbe anche la piena applicazione della legge del 2017 relativamente alla sedazione terminale, oltre naturalmente a quella del 2010 sulle cure pal-

¹⁸ In questo ambito, le risorse messe a disposizione non sono mai sufficienti a colmare il 100% della richiesta. Lungi, dunque, dal voler esaltare la realtà belga, il nostro intento è comparare le due realtà: ciò che ci porta a constatare un divario cocente.

¹⁹ Dati del 2014: *Céllule fédérale d'évaluation des soins palliatifs, Rapport d'évaluation des soins palliatifs*, dicembre 2017, in <https://bit.ly/2GZvsxp>.

²⁰ Dati del 2013, sito del Ministero della Salute, in <https://bit.ly/34Ju0Yp>.

²¹ Cfr. in particolari i rapporti biennali pubblicati dalla Commissione Federale di Valutazione e di Controllo sulla legge del 2002, i quali forniscono cifre dettagliate sul tipo di sofferenza all'origine della richiesta di eutanasia. Nell'ultimo rapporto pubblicato, per le eutanasi praticate nel 2017 le sofferenze solamente fisiche sono all'origine del 32,5% delle richieste, quelle simultaneamente fisiche e psichiche del 63,8%, mentre quelle solamente psichiche del 3,8%. Se ne dedurrebbe che l'assenza di sofferenze fisiche potrebbe indurre a un ripensamento in un numero di casi potenzialmente fino al 96,2% del totale (cfr. *Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie, Huitième rapport aux chambres législatives (2016-2017)*, in <https://bit.ly/2GRVFOH>).

²² Gli studi in materia sono molti e con risultati parzialmente divergenti in quanto alla percentuale dei casi refrattari (cambiando la platea ed anche i criteri utilizzati), tuttavia si va da un massimo di 30 a un minimo di 5%, con la maggior parte di essi che si stabilizza su un 10%. Tra gli altri vedasi lo studio del Ministero della salute *Il dolore cronico in Medicina Generale*, in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1257_allegato.pdf.

²³ Numeri paragonabili erano stati evocati anche durante i lavori parlamentari per l'adozione della legge belga sull'eutanasia, cfr. *Proposition de loi relative à l'euthanasie, Rapport fait au nom des commissions réunies de la Justice et des Affaires sociales par Mmes Laloy et Van Riet*, cit.

liative più in generale²⁴, e ridurrebbe di fatto al contempo la platea dei casi a cui si applicherebbe poi un'eventuale futura legge su suicidio assistito e/o eutanasia.

Non solo: tale intervento andrebbe anche a ridurre il timore della «china scivolosa»²⁵ e di possibili pratiche abusive a scapito di pazienti vulnerabili²⁶, permettendo così lo svolgersi di un dibattito parlamentare più sereno e l'adozione di decisioni basate sulla realtà medico-scientifica anziché sulle paure e i tabù.

5. L'esempio del Belgio (B) rispetto alla tecnica legislativa prescelta

La legge belga sull'eutanasia del 2002 non ha riformato la normativa codicistica penale. Il legislatore (pur avendo i numeri per adottare una legge più radicale²⁷) ha preferito mediare con le opposizioni ed accettare l'idea che fosse sconsigliabile andare a toccare il “divieto di uccidere” (*l'interdit de tuer*), con tutta la simbologia sociale che esso porta inevitabilmente con sé. La legge sull'eutanasia del 2002 interviene dunque come legge speciale che depenalizza certe pratiche, se svolte nel rispetto delle tassative condizioni indicate nella legge stessa.

La modifica normativa sarebbe forse stata più chiara (e avrebbe forse garantito maggiore certezza del diritto a tutte le parti in causa) qualora il Parlamento belga avesse deciso di optare per una riforma del codice penale²⁸. Tuttavia la strada scelta (ossia quella di una legge speciale) reca due vantaggi fondamentali. Il primo di carattere politico: essa ha permesso il raggiungimento di un accordo che, se non faceva tutti contenti, di certo scontentava una platea meno ampia e rendeva la legge accettabile anche a settori esterni alla maggioranza governativa del tempo. Il secondo di carattere giuridico: il codice penale resta applicabile al medico che non rispetti tutte le condizioni previste dalla legge per depenalizzare il gesto eutanasiaco²⁹. Si tratta dunque di un “compromesso alto” (e non di una mediazione al ribasso cercando il minimo comune denominatore), perché rappresenta una soluzione che risolve buona parte delle preoccupazioni messe sul tavolo durante il negoziato (in particolare la ri-

²⁴ Legge n° 38 del 15 marzo 2010, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *GU* n° 65 del 19 marzo 2010.

²⁵ Sull'argomento della c.d. “china scivolosa” (o *slippery slope*), cfr. Comitato Nazionale di Bioetica, Parere del 18 luglio 2019, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, in <https://bit.ly/3kKkLZR>, 18 ss.; L. RISICATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione timida fuga lo spettro delle chine scivolose*, op. cit.

²⁶ Non desideriamo entrare qui nel complesso argomento della capacità di autodeterminarsi del paziente in condizioni vulnerabili: la questione richiede un suo spazio e competenze altre dalle nostre (rinviamo a lavori di più alto spessore in questo campo, come S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 119 ss.). Tuttavia, riteniamo indispensabile occuparci di tutti quegli aspetti che, se risolti, possono contribuire a (quantomeno) ridurre il rischio di possibili derive, in particolare riducendo le cause di un possibile vizio della volontà (dolori insopportabili, influenze e pressioni esterne, paura di perdere la dignità, ecc.).

²⁷ Il Parlamento belga dell'epoca recava una maggioranza assoluta composta dai partiti socialisti, liberali ed ecologisti, tutti favorevoli (a inizio legislatura) all'adozione di una nuova legge che emendasse il codice penale. Durante il negoziato parlamentare la posizione è cambiata al fine di andare incontro alle opposizioni.

²⁸ Questi erano, in ogni caso, gli argomenti illustrati nelle motivazioni delle proposte legislative dei singoli partiti della maggioranza, confluite poi nella proposta comune.

²⁹ Si applicano in particolare gli articoli 393, 394 o 397 del codice penale, relativi rispettivamente all'omicidio, all'omicidio premeditato e all'omicidio per avvelenamento.

chiesta di mantenere in vigore il reato penale nel codice) pur senza rinunciare al risultato desiderato (la depenalizzazione di certi precisi comportamenti).

6. (Segue): Una tecnica legislativa potenzialmente applicabile anche all'ordinamento giuridico italiano

Se poniamo lo sguardo sulla normativa penale esistente in materia di fine vita dal punto di vista puramente codicistico, vale la pena rimarcare che il codice penale belga è stato redatto nel lontano 1867³⁰. Una riforma delle norme pertinenti sarebbe dunque stata probabilmente tanto auspicabile quanto una riforma (tra gli altri in particolare) dell'articolo 580 del codice penale italiano, redatto nel 1930 e recante quindi una impronta culturale e filosofica distante dalla sensibilità odierna. Ciononostante, probabilmente anche per non aprire un vaso di Pandora, i due interventi in Belgio sono stati mantenuti separati.

Ciò valga a significare che, nonostante l'obsolescenza di alcune norme del codice penale italiano e nonostante lo stesso intervento della Corte costituzionale sopra citato, un potenziale nuovo intervento legislativo che dovesse mettere in legge le indicazioni date dalla Corte stessa nella sua sentenza sopracitata, avrebbe certamente maggiori possibilità di successo (non solo in termini di adozione ma anche di accettazione sociale) qualora non intervenisse in modifica dell'articolo 580 o di altri rilevanti articoli del codice penale e si limitasse ad indicare in una legge speciale severe condizioni che il medico dovrebbe rispettare in caso di eutanasia o suicidio assistito, assortendole di un meccanismo di controllo idoneo.

In sintesi, in una materia eticamente sensibile e socialmente complessa, il rigore giuridico e le esigenze di certezza del diritto sottesi potrebbero ben essere soddisfatti (come il caso belga dimostra) da una formulazione più mite e da una riforma legislativa più "moderata" nelle forme: questo nell'interesse di una maggiore tutela dei diritti e delle libertà di ognuno (dunque con analoghi risultati nella sostanza).

7. (Segue) Un testo quasi già scritto?

Le condizioni indicate dalla Corte nella sentenza citata paiono peraltro già di per sé sufficientemente precise da costituire la solida intelaiatura di una futura legge. La Corte indica infatti come condizioni per la non applicazione della norma penale (in questo caso l'articolo 580 c.p.): 1) digià il rispetto delle "modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219", 2) una richiesta formatasi "autonomamente e liberamente" in capo ad una persona "pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli", 3) il fatto che la persona sia "tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili", 4) "sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente".

³⁰ Varie disposizioni sono state emendate ma, per quanto riguarda quelle applicabili al fine vita, queste lo sono state solo dal punto di vista della pena e non della tipizzazione del reato.

Peraltro queste condizioni sono molto simili a quelle indicate all'articolo 3 della legge belga del 2002 (il paziente dev'essere maggiorenne e capace, la richiesta dev'essere volontaria e provenire da persona in una situazione medica irreversibile con sofferenza fisica o psichica costante e insopportabile non trattabile e che risulta da un incidente o una patologia grave e incurabile), con la sola (non irrilevante, invero) differenza della necessità (espressa dalla Corte e non dalla legge belga) di essere tenuti in vita da trattamenti di sostegno vitale.

Pare dunque che una possibile soluzione legislativa costituita da una legge speciale relativa ad alcuni aspetti del fine vita (che completi dunque la legge del 2017 negli ambiti che questa non aveva affrontato), ponendo le strette condizioni già indicate dalla Corte, potrebbe rappresentare l'ipotesi più percorribile tra le varie che si pongono di fronte al legislatore italiano.

Evidentemente, sarà compito del legislatore esaminare e porre precise condizioni che potrebbero tranquillamente distanziarsi, in misura minore o maggiore, da quelle indicate dalla Corte. È, del resto, chiaro che la sentenza della Corte ha lasciato irrisolti casi assai problematici come (tra gli altri) quelli del paziente che non gode della minima residuale autonomia fisica per compiere l'atto suicida o del paziente che non è dipendente da trattamenti di sostegno vitale³¹. Quest'ultimo scenario è del resto al centro del caso giudiziario creatosi attorno al suicidio assistito di Davide Trentini³², nel quale il 27 luglio scorso il Tribunale di Massa ha assolto gli imputati Mina Welby e Marco Cappato attraverso un'interpretazione estensiva delle condizioni poste dalla Corte Costituzionale³³.

Tuttavia, quello che ci preme sottolineare in questa sede è che, di fatto, le grandi linee di un possibile intervento sembrano già essere state tracciate, linee che quindi già rispetterebbero la Costituzione, restando al contempo dentro i confini indicati anche dalla legge belga: due riferimenti non irrilevanti. Al legislatore fare il proprio mestiere, partendo da qui ma non per forza fermandosi qui.

8. L'esempio del Belgio (C): una legge di libertà, non di imposizioni

La scelta del legislatore belga di non cercare una "soluzione unica" e preconfezionata, applicabile ad ogni caso, bensì di riconoscere l'unicità di ognuna delle situazioni di fine vita che ogni individuo si trova ad affrontare, ha rappresentato una chiave di volta fondamentale. Il Parlamento ha infatti mostrato di non voler entrare nel giudizio di cosa sia eticamente e moralmente accettabile per il singolo, sia questi paziente o medico, e di rispettare dunque le scelte filosofiche, religiose e morali di ogni persona.

³¹ Come validamente sottolineato da M. B. MAGRO, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale Costituzionale tedesco sul § 217 StGB, Dir. pen. XXI sec.*, 2019, 36, 5 ss.

³² Come raccontato dall'Associazione Luca Coscioni, Davide Trentini «a 53 anni ha posto volontariamente fine alla propria vita rivolgendosi a una struttura Svizzera, accompagnato da Mina Welby e con l'aiuto economico di Marco Cappato. Davide Trentini soffriva di sclerosi multipla da 24 anni. Dopo aver provato qualsiasi terapia ha scelto di smettere di soffrire accedendo al suicidio medicalmente assistito, pratica vietata in Italia ma possibile non appena attraversato il confine» (in <https://www.eutanasialegale.it/articolo/mi-chiamo-davide-svizzera-porre-fine-ai-miei-dolori/>).

³³ Nell'attesa del deposito delle motivazioni della sentenza, da quanto si apprende dalla stampa sarebbero stati considerati "trattamenti di sostegno vitale" anche talune cure farmacologiche e manovre di cura complesse da eseguire quotidianamente sul malato.

È così che la legge adottata è stata percepita da subito come una legge di libertà e mai d'imposizioni: libertà per il paziente di chiedere (sotto certe precise condizioni), libertà per il medico in conseguenza di eseguire (o di rifiutare, secondo coscienza) una richiesta³⁴. Essendo ben stabilito che una tale scelta mai potrebbe essere imposta né al paziente né al medico (e restando pienamente d'applicazione, in tale sciagurata ipotesi, il codice penale).

Il legislatore belga ha insomma espresso una visione dei poteri pubblici e delle istituzioni che non intervengono ad imporre una qualsiasi visione della vita ai cittadini, di una società che non sceglie al posto del singolo, di una collettività che garantisce il rispetto dei diritti e delle libertà e non surroga i cittadini nel loro esercizio. Uno Stato, in sintesi, che garantisce il rispetto dei diritti fondamentali del singolo anziché decidere per lui ciò che è opportuno³⁵.

9. (Segue) Una filosofia raccomandabile anche nel contesto politico-sociale italiano

Riteniamo che l'approccio del legislatore belga di fronte ad una materia eticamente così sensibile, potrebbe essere fonte di ispirazione anche per il nostro Parlamento. Se, infatti, le divisioni etiche nella nostra società (e dunque tra i suoi rappresentanti eletti) difficilmente permetterebbero il raggiungimento di un'ampia maggioranza in favore dell'una o dell'altra opzione nell'ambito del fine vita, l'unica possibilità di riunire un ampio consenso sarebbe rappresentata dal non compiere una scelta univoca prestabilita (in un senso o nell'altro) calata dall'alto sulla testa dei cittadini³⁶.

La diversità delle situazioni che possono porsi al paziente alla fine della vita è tanto ampia quanto il ventaglio di possibilità che una relazione terapeutica profonda può prefigurare: quali e quante cure palliative, quale sedazione e fino a che punto, quali trattamenti mettere in atto o sospendere, quando la cura sconfinava in accanimento e quando la qualità della vita non è più accettabile, quando la dignità viene ferita e il corpo diventa qualcosa di estraneo da noi. Sono tutte domande a cui solo ognuno di noi può rispondere per sé stesso: il medico, nella relazione privilegiata col paziente, deve aiutarlo a comprendere quale sia la via migliore da seguire, senza mai decidere al suo posto o influenzarlo nel delicato processo di maturazione di una scelta³⁷.

In altre parole, solo lasciando ad ogni individuo (medico incluso, naturalmente) la piena libertà di determinare ciò che per se stesso rappresenta la soglia della dignità personale, si arriverebbe ad una

³⁴ L'articolo 14 della legge prevede la libertà di coscienza del medico, stabilendo che la richiesta del paziente non ha valore vincolante e che nessun medico è tenuto a praticare un'eutanasia. Il medico deve tuttavia, qualora rifiuti la richiesta, informarne subito il paziente ed eventualmente fornirgli il recapito di un centro medico che possa aiutarlo.

³⁵ I promotori della legge hanno insistito molto su questi aspetti durante il dibattito al Senato (sia in commissione che in plenaria) e alla Camera, offrendo al pubblico un confronto ideale molto stimolante, caratterizzato da una retorica intensa ma non scontata. Cfr. *Proposition de loi relative à l'euthanasie, Rapport fait au nom des commissions réunies de la Justice et des Affaires sociales par Mmes Laloy et Van Riet, cit.*; nonché i verbali del dibattito alla Camera con le dichiarazioni di voto: *Compte rendu intégral du jeudi 16 mai 2002 à 18h05, Chambre, CRIV 50 PLEN 231, 2001-2002*.

³⁶ Per un'ampia elaborazione sul ruolo del diritto penale nelle società pluraliste cfr. M. VAN DE KERCHOVE, *L'État et la morale. Pour une éthique de l'intervention pénale, Annales de droit de Louvain*, t. XLVI, n°3, 1986.

³⁷ Cfr. J.-Ph. PIERRON, *Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins, Sciences sociales et santé*, 25, 2, 2007, pp. 43-66; C. FLAMIGNI e M. MENGARELLI, *Nelle mani del dottore?*, 2014, 129 ss.

legge «che non impone né vieta, bensì permette»³⁸. Un approccio di questo tipo avrebbe sicuramente molte *chances* di essere accettato da ampi settori dell'emiciclo.

Questo è, quantomeno, il nostro sentimento e la nostra speranza, per non dover più essere testimoni di casi drammatici né di conflitti tra poteri dello Stato, da cui non può derivare altro che una soluzione provvisoria. Per poter implementare fino in fondo le libertà previste dalla nostra Costituzione, senza violentare la coscienza di nessuno. Per non morire di inerzia parlamentare e vedere un legislatore che, responsabilmente, svolge il suo dovere di garantire i diritti di tutti.

³⁸Come affermato durante il dibattito da uno dei padri della legge, il liberale Philippe Monfils. *Cfr. Proposition de loi relative à l'euthanasie, Rapport fait au nom des commissions réunies de la Justice et des Affaires sociales par Mmes Laloy et Van Riet, cit.*, 285.

Considerazioni etico-giuridiche a margine della Legge 10 febbraio 2020, n. 10 “Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica”

Reviews

Silvia Zullo*

ETHICAL-LEGAL CONSIDERATIONS AROUND LAW NO. 10 OF 10 FEBRUARY 2020, “RULES ON THE DISPOSITION OF ONE’S OWN BODY AND *POST MORTEM* TISSUES FOR PURPOSES OF STUDY, TRAINING, AND SCIENTIFIC RESEARCH”

ABSTRACT: Law 10/2020 on the donation of one's own body and post-mortem tissue for study, training and scientific research, fills a gap in our legal system in this area. In this contribution, it is intended to highlight, in particular, how the progressive implementation of the law requires strategies for coordinating actions to ensure a truly free and informed choice and a gathering of consensus among citizens who, in turn, need to be adequately informed and facilitated about this possibility. Furthermore, it is intended to emphasize the importance of promoting an ethical-legal culture on the idea of “ethically sensitive” donation which, as in the case of the choice to donate one's own organs, needs to balance, on the level of public ethics, personal moral convictions and ethical standards that can be traced back to the principle of self-determination, solidarity and altruism.

KEYWORDS: Body donation; self-determination; solidarity; Informed consent; rights and duties

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La legge ora c’è, ma perché si dovrebbe optare per la donazione del corpo *post mortem* a fini di studio e di ricerca scientifica? – 3. Autodeterminazione e consenso informato ai fini della progressiva attuazione della legge – 4. Considerazioni conclusive sulla donazione “utile” e “non”.

1. Premessa

Jeremy Bentham, uno dei maggiori esponenti dell’utilitarismo filosofico e sostenitore di profonde riforme sociali legate all’affermazione della parità di diritti alle donne, all’abolizione della schiavitù e alla difesa dei diritti degli animali, aveva dichiarato nel testamento che il suo corpo doveva essere sezionato come parte di una lezione di anatomia pubblica. Questo avvenne dopo la sua morte nel 1832. In seguito il suo scheletro e la sua testa (originariamente la testa vera e propria, ma in anni più recenti un modello in cera) furono conservati e costituirono la parte centrale di una auto-icona che aveva lo scopo di mostrare il corpo reale di Bentham, mummificato, per asso-

* Silvia Zullo: Ricercatrice, Dipartimento di Scienze Giuridiche (DSG), Università degli Studi di Bologna, 40126 Bologna. Mail: silvia.zullo@unibo.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



migliare al suo aspetto durante la vita. L'auto-icona raffigurante Bentham venne esposta all'University College di Londra che la acquisì nel 1850¹.

Il caso benthamiano mostra, tra gli altri aspetti, la propensione a favore dell'uso di corpi a scopi di ricerca, sebbene la "volontà" dichiarata di Bentham rappresenti un caso singolare in quanto ai tempi la prassi era quella di utilizzare perlopiù corpi "non reclamati", vale a dire i "morti di nessuno" dimenticati da familiari o parenti. Non a caso le sale anatomiche erano piene di corpi di cui si era perso anche il nome, o di corpi di persone mentalmente incapaci, di popolazioni indigene e di prigionieri politici, legittimamente "usati" per l'insegnamento e per la ricerca. Una volta abolito l'uso della dissezione come punizione per l'omicidio, l'unica risorsa cui attingere era quella dei defunti senza familiari che potessero provvedere a seppellirli, o i cui familiari erano troppo poveri per farlo. La povertà divenne il criterio per la dissezione, traducendosi così nella decisione di utilizzare i corpi degli svantaggiati e dei diseredati. La mancanza di una seria riflessione etica a fronte di questo tragico scenario è evidente e ha fatto sì che tali corpi non riconducibili a familiari o parenti fossero considerati da molte società non solo come fonte legittima, ma anche come fonte "normale" di corpi da destinare alle indagini anatomiche².

Le attuali regolamentazioni in materia hanno tentato di "sanare" quanto accaduto in passato e di evitare rischi di abusi futuri, anche se fino a tempi non del tutto remoti alcune attività "eticamente scorrette" hanno continuato ad essere ammesse. Ad esempio, in Nuova Zelanda la normativa di riferimento è rappresentata dallo *Human Tissue Act* del 2008³, che ha sostituito quello del 1964⁴. Quest'ultimo prevedeva che la donazione dei corpi fosse volontaria, ma l'uso di corpi non reclamati rimaneva ancora una possibilità prevista dalla legge. Inoltre la volontà del defunto di donare il proprio corpo poteva essere disattesa, facendo prevalere i desideri del coniuge o di un altro familiare. In terzo luogo, non vi erano riferimenti al periodo di tempo in cui i corpi potevano essere conservati prima della sepoltura o della cremazione, sebbene si raccomandasse di eseguire l'attività in "maniera ordinata, tranquilla e dignitosa"⁵.

Rispetto a questo contesto generale, la legge 10/2020 in tema di donazione di corpo e tessuti *post-mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica giunge a colmare una lacuna del nostro ordinamento in questo ambito e mira a garantire una libera e consapevole scelta, nonché il rispetto

¹ C.F.A. MARMOY, *The 'Auto-icon' of Jeremy Bentham at University College, London*, in *Medical History*, 1958, 2, 77-86.

² R. RICHARDSON, *Death, Dissection and the Destitute*. 2nd ed. London, 2001. L'*Anatomy Act* del 1832 in Inghilterra rappresentò un passaggio innovativo e di cruciale importanza per la pratica dell'anatomia: introdusse nel lessico anatomico il concetto di "corpi non reclamati", considerandoli quale fonte legittima ai fini della dissezione. I corpi non reclamati dei poveri non erano tutelati da nessuno, qualunque fossero stati i desideri e le volontà dei soggetti in vita cui appartenevano. Inoltre la legalizzazione dell'uso di questi corpi contribuiva a dare un'aura di rispettabilità all'intero processo in base all'idea per cui i poveri, che in vita avevano ricevuto aiuti dallo Stato, avrebbero dato "volentieri" l'assenso a utilizzare il proprio corpo per scopi educativi dopo la morte.

³ Cfr. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2008/0028/latest/DLM1152940.html>.

⁴ Cfr. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1964/0019/1.0/whole.html>.

⁵ D.G. JONES, S. F. BEQUESTS, *Cadavers and dissections: sketches from New Zealand history*, in *The New Zealand Medical Journal*, 1991, 104, 210-212.

del corpo umano⁶. La legge prevede che la dichiarazione di consenso alla donazione *post mortem* del proprio corpo o dei tessuti per fini di ricerca debba essere redatta in analogia con la legge 219/2017, “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, nelle forme previste per le disposizioni anticipate di trattamento (Dat)⁷, vale a dire per atto pubblico, per scrittura privata autenticata o per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l’Ufficio dello stato civile del comune di residenza. La dichiarazione di consenso deve essere consegnata alla Asl di appartenenza cui spetta il compito di conservarla e di trasmetterla telematicamente alla Banca dati Dat⁸. La revoca al consenso può essere effettuata in qualsiasi momento. Ma, a differenza della legge n. 219/2017, che prevede la *possibilità* di indicare nelle Dat un fiduciario chiamato a rappresentare il disponente nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie, nella dichiarazione di consenso alla donazione *post mortem* deve essere *obbligatoriamente* indicato un fiduciario cui spetta l’onere di comunicare al medico che accerta il decesso l’esistenza del consenso. Inoltre, ai sensi dell’art. 4, vengono istituiti centri di riferimento per la conservazione e l’utilizzazione dei corpi dei defunti, individuati dal Ministro della salute, in accordo con il Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca, fra le strutture universitarie, le aziende ospedaliere e gli Istituti a carattere scientifico (IRCCS)⁹. Le attività dei centri di riferimento, che richiedono il ricorso al corpo di cada-

⁶ Cfr. G.U. del 4 marzo 2020, la legge 10 febbraio 2020, n. 10 “Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica”: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/04/20G00024/sg>.

Sono utilizzabili a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica, il corpo e i tessuti dei soggetti la cui morte sia stata accertata con certificato rilasciato dagli organi a ciò preposti, ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, e dei successivi decreti attuativi.

⁷ Riguardo alla definizione delle Dat, ai sensi dell’art. 4, comma 1, della l. 219/2017 si afferma che: «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di una eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata “fiduciario”, che ne faccia le veci e a rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie». Cfr. P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e le DAT*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2018, 247 ss.; F. G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull’istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall’articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *BioLawJournal*, 1, 2018, 54 ss.

⁸ Banca dati Dat istituita presso il Ministero della salute (Banca dati di cui al comma 418 dell’articolo 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205). La legge di bilancio 2018 (legge 205/2017, articolo 1, commi 418 e 419) aveva previsto l’istituzione, presso il Ministero della salute, di una banca dati destinata alla registrazione delle DAT e ha autorizzato, per il 2018, la spesa di 2 milioni di euro. Il regolamento, approvato con decreto 10 dicembre 2019, n. 168, ha disciplinato le modalità di raccolta delle copie delle Dat nella banca dati nazionale, prevedendone la disciplina, i contenuti informativi e i soggetti autorizzati ad alimentarla, oltre che le modalità di accesso ai dati. Una specifica norma è volta a prevedere l’interoperabilità tra la Banca dati nazionale, la Rete unitaria del notariato e le altre banche dati regionali previste dalla legge in esame. Sul punto si veda L. ATZENI, *Brevi note a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10 in tema di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 5, 2020, 50-67, 61.

⁹ L. n. 10/2020, art. 4: «1. Il Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, individua le strutture universitarie, le aziende ospedaliere di alta specialità e gli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS) da utilizzare quali centri di riferimento per la

vere o ai suoi organi o tessuti, devono essere conformi ai progetti di ricerca scientifica per i quali il Comitato etico territorialmente competente abbia rilasciato parere favorevole¹⁰. Invece le attività di formazione devono essere approvate dalla direzione sanitaria della struttura di competenza. La legge prevede, all'art. 6, che in ogni caso il corpo sia comunque restituito entro dodici mesi alla famiglia in condizioni dignitose, mentre con l'art. 7 si afferma che l'utilizzo del corpo umano, di parti di esso, o dei tessuti *post mortem* non può avere fini di lucro.

Infine, la definizione delle norme attuative viene demandata ad un regolamento, da emanarsi entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del provvedimento, con il quale si procede a stabilire le modalità e i tempi della gestione delle salme, della sepoltura dei corpi di cui non sia stata richiesta la restituzione, della comunicazione tra i centri di riferimento e l'ufficiale di stato civile, delle cause di esclusione di utilizzo dei corpi e, in ultimo, la disciplina delle iniziative di informazione (di cui all'articolo 2, comma 2).

La legge contempla alcuni punti essenziali. Un aspetto da evidenziare riguarda la dichiarazione della volontà di donare che avviene attraverso la compilazione delle Dat. Quindi, come per la donazione degli organi, occorre compilare le proprie Dat specificando di voler donare *post mortem* il proprio corpo e tessuti per fini di studio, ricerca e formazione medica. Inoltre, come già ricordato, la legge specifica che per effettuare una donazione *post mortem* è indispensabile indicare nelle proprie Dat un fiduciario ed eventualmente un suo sostituto. Questo significa che in assenza di un fiduciario designato non è possibile diventare donatori *post mortem*. Un altro aspetto rilevante è dato dal ruolo strategico dei centri di riferimento territoriali per la conservazione e l'utilizzo dei corpi, in raccordo con le attività di ricerca e di formazione che ne prevedono l'impiego¹¹. Dunque, la legge tutela chi de-

riferimento di cui al comma 1 che richiedono il ricorso al corpo di cadavere o ai suoi organi o tessuti devono essere conformi ai progetti di ricerca scientifica per i quali il comitato etico indipendente territorialmente competente, individuato ai sensi del decreto legislativo 24 giugno 2003, n. 211, dell'articolo 12, commi 10 e 11, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, e dell'articolo 2 della legge 11 gennaio 2018, n. 3, abbia rilasciato parere favorevole. L'attività chirurgica di formazione, laddove in linea con i percorsi didattici dei centri di riferimento autorizzati, non richiede il parere del comitato etico ma la sola autorizzazione da parte della direzione sanitaria della struttura di appartenenza».

¹⁰ Si tratta del Comitato etico sulle sperimentazioni cliniche relative ai medicinali per uso umano e ai dispositivi medici, individuato ai sensi del decreto legislativo 24 giugno 2003, n. 211, dell'articolo 12, commi 10 e 11, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, e dell'articolo 2 della legge 11 gennaio 2018, n. 3.

¹¹ Per quanto riguarda l'Elenco nazionale dei centri di riferimento individuati per la conservazione e l'utilizzo dei corpi dei defunti, la Legge n.10/2020 afferma all'art. 5: «1. È istituito presso il Ministero della salute l'Elenco nazionale dei centri di riferimento individuati ai sensi dell'articolo 4 per la conservazione e l'utilizzazione dei corpi dei defunti. 2. L'Elenco, consultabile sul sito internet del Ministero della salute, è aggiornato tempestivamente in modo da consentire al medico che accerta il decesso l'individuazione del centro di riferimento competente per territorio, al quale dà notizia della morte del disponente. 3. Il centro di riferimento, acquisita per il tramite della banca dati di cui all'articolo 3 la prova del consenso espresso, provvede al prelievo del corpo del defunto, dandone notizia all'azienda sanitaria di appartenenza del disponente. 4. All'attuazione delle disposizioni previste dal presente articolo si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». Inoltre, circa la restituzione del corpo del defunto, l'art. 6 afferma: «1. I centri di riferimento individuati ai sensi dell'articolo 4, che hanno ricevuto in consegna per fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica il corpo di un soggetto di cui all'articolo 1, sono tenuti a restituire il corpo stesso alla famiglia in condizioni dignitose entro dodici mesi dalla data della consegna. 2. Gli oneri per il trasporto del

sidera legittimamente scegliere di donare il proprio corpo e i propri tessuti alla ricerca scientifica e alla formazione medica, con l'obiettivo di agevolare la possibilità di svolgere ricerche che fino ad oggi, data l'assenza di norme chiare nel nostro Paese, ricercatori, medici e chirurghi potevano portare avanti con estrema difficoltà al fine di studiare il corpo umano e di esercitare quelle tecniche chirurgiche che si sarebbero poi dovute praticare sui pazienti¹².

Rispetto alla legge in questione e a quanto sopra evidenziato, vi sono almeno due profili fondamentali da considerare affinché il quadro normativo vigente porti agli effetti sperati, in termini di aumento delle donazioni tramite procedure univoche e chiare: il primo aspetto riguarda la *forma*, cioè le modalità procedurali per garantire una raccolta capillare dei consensi da parte dei cittadini, i quali necessitano di essere adeguatamente informati su questa nuova possibilità di donazione, in tutti i suoi passaggi amministrativi e burocratici, come l'individuazione e la costituzione di centri di riferimento; il secondo profilo riguarda la *sostanza*, ovvero l'attenzione verso una cultura etico-giuridica della scelta che sia adeguatamente supportata da un dibattito pubblico, considerando che si tratta di questioni "eticamente sensibili" che hanno a che fare con convincimenti morali personali e con ragioni che, a livello di etica pubblica, tengano in conto di un equilibrato rapporto tra autonomia individuale e cultura solidaristica del dono e dell'altruismo.

2. La legge ora c'è, ma perché si dovrebbe optare per la donazione del corpo *post-mortem* a fini di studio e di ricerca scientifica?

L'importanza delle indagini *post mortem* è dimostrata da dati significativi ottenuti dalle autopsie effettuate su corpi deceduti, anche di lontana data, come è emerso in casi giuridici o studi antropologici effettuati su resti archeologici¹³. In particolare, studiosi e ricercatori di anatomia hanno sviluppato nel tempo procedure operative finalizzate all'uso del corpo umano, nell'insegnamento e nella ricerca, nell'ottica di aumentare le possibilità per la sperimentazione di nuove tecniche e attrezzature nella pratica e della ricerca clinica. È anche importante sottolineare come molti organi e tessuti non adatti ai trapianti siano ritenuti utili ai fini della ricerca, d'altro canto, però, va detto che la donazione a scopo di ricerca non interferisce in alcun modo con la donazione di organi per i trapianti, poiché i requisiti e i tempi per queste donazioni sono molto diversi¹⁴.

corpo dal momento del decesso fino alla sua restituzione, le spese relative alla tumulazione, nonché le spese per l'eventuale cremazione sono a carico dei centri di riferimento individuati ai sensi dell'articolo 4, che provvedono nell'ambito delle risorse destinate ai progetti di ricerca».

¹² In mancanza di una legge, fino ad oggi, come ha sottolineato il Comitato Nazionale per la Bioetica, l'unica forma di donazione possibile era data dall'espressione di una chiara volontà in vita con un atto sottoscritto e consegnato a una struttura universitaria. In Italia sono tre i centri che hanno lavorato in questo senso: Torino, con il Laboratorio per lo studio del cadavere; Padova, con il programma di donazione del corpo e delle parti anatomiche; Bologna, con il Centro per la donazione del corpo *post-mortem*.

¹³ B.M. RIEDER, *Body Donations Today and Tomorrow: What is Best Practice and Why?*, in *Clinical Anatomy*, 2016, 29, 11-18; G. BAJOR, W. LIKUS et al., *Mortui vivos docent or who gives his body to science? The analysis of the personal questionnaires of Polish donors in the Conscious Body Donation Program*, in *Plos One*, 2015, 3, 1-10.

¹⁴ Cfr. D.A. HAMILTON, *History of Organ Transplantation: Ancient Legends to Modern Practice*, Pittsburgh, 2012; T. M. WILKINSON, *Ethics and the Acquisition of Organs. Issues in Biomedical Ethics*, Oxford, 2011.

La scelta di destinare il proprio corpo *post mortem* alla ricerca e all'insegnamento si carica di un insieme di significati simbolici, tali per cui essa può risultare "impegnativa" sia per il soggetto sia per i suoi familiari. Immaginare che il proprio corpo possa essere "oggettivato", sezionato, può sollevare una serie di resistenze psicologiche, a fronte delle quali si tende a sottolineare la rilevanza dell'elemento della donazione e del bene arrecato agli altri promuovendo il sapere e la ricerca scientifica.

Esistono notevoli differenze in tutta Europa per quanto riguarda il fenomeno delle donazioni, che in certi paesi è in crescita, ma più complesso risulta individuarne le ragioni centrate sulle variazioni culturali, religiose, nonché i diversi quadri giuridici, costituzionali e etici¹⁵. Una nota comune a tali contesti può essere rintracciata nel fatto che in tutti i paesi dove la pratica è legittima il fine è quello di migliorare la formazione dei giovani medici. Nella ricerca strategica, volta a salvaguardare la salute degli esseri umani, l'indagine *post mortem* può assumere un ruolo significativo in un gran numero di circostanze: ad esempio, è possibile accertare la sede del tumore per dare consapevolezza della causa della morte al nucleo familiare, e ciò si è rivelato importante per comprendere anche l'origine delle malattie, al di là dell'inevitabile effetto dell'ambiente, è indubbiamente condizionata anche dalla predisposizione generale e dalla storia familiare in particolare¹⁶. Del resto non sono poche le evidenze scientifiche circa l'opportunità di promuovere la donazione del corpo *post mortem*, sulla base di ragioni e modalità che potrebbero essere assimilate a quelle previste nel caso della donazione di organi¹⁷. Infatti, se gli organi trapiantati possono contribuire a salvare o a restituire una certa qualità della vita, l'appropriazione pubblica mediante donazione di cadaveri e di organi a fini di ricerca costituirebbe, allo stesso modo, un utile contributo alla raccolta di informazioni variegate per comprendere come trattare meglio una serie di patologie umane. Tuttavia le criticità non mancano perché, nonostante il sistema di donazione di organi sia ben organizzato nella maggior parte dei Paesi europei, complessa e controversa è la disponibilità di linee guida sulla distribuzione di materiale non trapiantabile a scopo di ricerca¹⁸. Attualmente la distribuzione di organi e tessuti a scopo di ricerca è ottenuta perlopiù all'interno di ospedali, o direttamente attraverso singoli ricercatori e medici mediante contatti personali. D'altra parte, da quando la donazione di organi e la cremazione dei corpi sono divenute pratiche moralmente e socialmente accettabili, la procedura di "sepoltura integrale" è progressivamente diminuita, e al contempo si è diffusa una cultura più aperta all'idea di essere "utili a qualcuno" dopo la morte.

Indubbiamente, a fronte dell'idea di *utilità*, la questione della donazione *post mortem* e l'utilizzo del corpo umano e delle sue parti a fini di ricerca scientifica rivelano alcuni aspetti problematici inerenti

¹⁵ NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human Bodies: Donation for Medicine and Research*, London, Nuffield Council on Bioethics, 2011; S. MCHANWELL, E. BRENNER ET AL., *The legal and ethical framework governing Body Donation in Europe - A review of current practice and recommendations for good practice*, in *European Journal of Anatomy*, 2008, 1, 1-24.

¹⁶ J. CORNWALL, G.F. PERRY ET AL., *Who donates their body to science? An international, multicenter, prospective study*, in *Anatomical Sciences Education*, 2012, 5, 208-216.

¹⁷ D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1119 ss.; F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Digesto delle discipline penali*, agg., Torino, 2004, 817 ss.

¹⁸ D.G. JONES, *Searching for Good Practice Recommendations on Body Donation Across Diverse Cultures*, in *Clinical Anatomy*, 2016, 29, 55-59.

al loro essere espressione di principi etici fondamentali, quali l'autodeterminazione informata, la proporzionalità e la solidarietà umana, che necessitano di essere non solo tutelati, ma anche correttamente bilanciati. Infatti, sul piano strettamente costituzionale, il caso di specie trova un fondamento sia nel principio costituzionale di *promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca* (art. 9), specialmente quando questo sia funzionale alla tutela della salute (art. 32), sia nel principio di *solidarietà sociale* (articoli 2 e 3), sia nel principio di autodeterminazione della persona, che richiama l'articolo 13 della Costituzione qui inteso come pretesa di rispetto del proprio corpo¹⁹. Per quanto concerne le garanzie di tutela di questi principi, secondo un equilibrato bilanciamento delle istanze in gioco, un passaggio culturale e sociale importante è dato dal ruolo delle istituzioni, delle autorità, degli ospedali e delle università nella diffusione di informazioni circa l'opportunità e le modalità della donazione corporea. La legge 10/2020 recepisce i suddetti principi con gli articoli 1, 2, 3, 6 e 7 e, come si vedrà più avanti, sembra porsi in linea anche con le dichiarazioni espresse nel 2013 dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), nel Parere dal titolo "Donazione del corpo *post mortem* a fini di studio e di ricerca". I punti chiave del Parere vertono proprio attorno alla libertà di scelta del donatore, al rispetto della sua volontà, all'esistenza di regole precise per la donazione del corpo e alla donazione *post mortem* quale espressione tangibile della solidarietà umana.

Occorre tuttavia fare una breve considerazione, che sarà poi ripresa nel successivo paragrafo, sul sistema del consenso presunto o silenzio-assenso vigente nel nostro ordinamento nel caso della donazione del proprio corpo, o di parti di esso, per fini di trapianto. Nel Parere del 1991, "Donazione d'organo a fini di trapianto", il CNB sosteneva l'idea di perseguire un'etica centrata sulla "doverosa" donazione *post mortem*, affermando che per facilitare il trapianto/donazione era consigliabile la transizione verso un regime giuridico del consenso ai prelievi di organo da cadavere nel quale potessero trovare un riconoscimento più equilibrato sia le istanze della scelta personale di donare i propri organi sia la "presunzione" qualificata della prestazione del consenso nei confronti di chi abbia taciuto, pur in presenza di una norma che prescriva di esplicitare la propria volontà relativamente all'accettazione del prelievo²⁰. In relazione a ciò, come è noto, la donazione degli organi in Italia è regolata dalla legge n. 91 del 1999, con la quale nel nostro ordinamento è stato introdotto il sistema del consenso informato presunto, che però è rimasto sinora inattuato²¹. Infatti nella pratica clinica ha prevalso la disciplina transitoria prevista dall'art. 23 della legge, secondo la quale si procede alla donazione nel caso in cui, in vita, la persona non abbia espresso il proprio dissenso, oppure qualora i

¹⁹ S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Tomo I, Milano, 2011, 51-76. In relazione all'articolo 13 della Costituzione, che sancisce l'invulnerabilità della libertà personale, e in analogia con la donazione di organi a fini terapeutici, si veda L. FORNI, *Il trapianto di organi: aspetti etici e giuridici*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, Napoli, 2017.

²⁰ Il CNB nel 1991 si era pronunciato sulla diffusione di un'etica della donazione *post-mortem* accompagnata da un regime giuridico in cui nella valorizzazione della volontà della persona potesse trovare spazio "la presunzione qualificata della prestazione del consenso nei confronti di chi abbia taciuto". Pur non avendo valore vincolante, ma solamente consultivo, il parere aveva indicato al legislatore una via decisamente innovativa e coraggiosa, volta anche a responsabilizzare le istituzioni pubbliche in un ruolo proattivo per la sensibilizzazione e l'informazione della popolazione.

²¹ Cfr. L. BUSATTA, *Il consenso alla donazione degli organi: uno studio comparato alla ricerca di un modello costituzionalmente preferibile*, in *Corti supreme e salute*, I, 2020, 103-123.

familiari più stretti non presentino un'opposizione scritta entro il termine corrispondente al periodo di osservazioni ai fini dell'accertamento della morte. Il comma 3 del medesimo articolo specifica che l'opposizione dei familiari non può prevalere sul consenso della persona, desumibile dalle dichiarazioni registrate presso l'azienda sanitaria, oppure dai documenti personali della persona. Data la prevalenza di questa regola, e a seguito di una serie di interventi normativi volti a incentivare e rendere più capillare la raccolta delle dichiarazioni di volontà, si è consolidata nel tempo la possibilità di registrare la dichiarazione di volontà in occasione del rilascio o rinnovo della carta d'identità, individuando negli uffici dell'anagrafe il punto di contatto per la raccolta capillare dei consensi o dissensi alla donazione. I comuni trasmettono i dati relativi al consenso o al diniego alla donazione degli organi al Sistema informativo trapianti, di cui all'articolo 7, comma 2, della legge 91/1999. Attualmente, la circolare interministeriale del 2015, che ha fornito agli enti locali le linee guida necessarie a rendere effettive le modalità di registrazione del consenso alla donazione anche al momento del rilascio o rinnovo della carta d'identità, ha specificato che si tratta di una *facoltà*, e non di un *obbligo*, per il cittadino. In questo modo l'obiettivo di agire per valorizzare maggiormente i presupposti del consenso-assenso informato, in un quadro di responsabilizzazione della cittadinanza alla cultura solidaristica del dono, sembra meglio soddisfatto²². Dunque, nella pratica si è venuto a delineare un sistema c.d. misto, fondato tanto su forme di presunzione del consenso, quanto su manifestazioni di volontà da parte dei familiari.

Ciò che rileva qui è il differente approccio adottato dal legislatore nella manifestazione del consenso agli atti di disposizione del proprio corpo per fini di studio, formazione e ricerca, ritenendo che il principio del silenzio-assenso non possa trovare in questa sede alcuna applicazione. Infatti, la legge 10/2020 prevede la possibilità di procedere alla donazione del cadavere, o di parti di esso, *solo* nel caso in cui la persona in vita abbia espressamente manifestato la sua volontà in tal senso, quindi la donazione non può essere subordinata al consenso o alla opposizione dei familiari al momento della morte del donatore. Questo si traduce, in altre parole, nel pieno rispetto del principio di autodeterminazione e implica forme trasparenti di "collaborazione istituzionale", tramite meccanismi che, tuttavia, possono essere assimilati a quelli già messi in atto per la donazione di organi, come ad esempio la registrazione del consenso alla donazione sulla base di una informazione adeguata²³. In

²² Con il Decreto n. 130 del 2019 il Ministero della Salute approva la nuova disciplina del sistema informativo trapianti (SIT), per rendere più efficiente il funzionamento del collegamento telematico tra i soggetti coinvolti nei trapianti d'organo. Il regolamento si occupa, in particolare, della tracciabilità e trasparenza del processo dalla donazione al trapianto, di coordinare gli organismi e i soggetti coinvolti e di assicurare la sicurezza dei trapianti.

²³ Questo aspetto è riconducibile al nucleo fondante della disciplina costituzionale del consenso informato ai trattamenti sanitari e in modo particolare ai rilievi concettuali espressi nella nota sentenza n. 438 del 2008 della Corte costituzionale. Tra questi, il riferimento è non solo al consenso informato nella sua funzione di sintesi tra il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione, ma anche al diritto di ricevere le informazioni necessarie alla formazione consapevole del consenso (o dissenso), superando la strutturale asimmetria informativa che caratterizza non solo la relazione tra medico e paziente, ma, come nel caso di specie, anche il rapporto tra Stato e Cittadino sulle scelte cosiddette eticamente sensibili. Cfr. R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, 4953-4970; D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte*

quest'ottica, si ritiene che ai fini della progressiva attuazione della legge 10/2020 occorra necessariamente promuovere e diffondere una adeguata cultura e prassi giuridica, che garantisca ai donatori piena fiducia nelle procedure. Ciò è rilevante affinché le donazioni effettivamente aumentino. Allo stesso modo è rilevante garantire agli studenti di medicina una adeguata formazione etica relativamente alla ricerca, per incoraggiare lo sviluppo di una sensibilità appropriata, in relazione alla condotta e al rispetto circa il trattamento dei corpi o dei tessuti utilizzati per scopi di educazione anatomica professionale. Questo passaggio della formazione medica richiama anche il ruolo strategico dei comitati etici nel fornire linee guida per i centri di riferimento autorizzati alla conservazione e all'utilizzo delle salme.

In ultimo, in termini di utilità per la ricerca, va ricordato che la dissezione anatomica è considerata non solo una importante risorsa didattica per acquisire un metodo necessario e indispensabile nell'apprendimento diretto del corpo umano e delle nuove tecniche scientifiche, ma anche per garantire modelli alternativi alla sperimentazione animale²⁴. In altri termini, ai fini dell'incremento di una cultura della donazione, si dovrebbe tenere conto di tutte le ragioni che concorrono a maturare tale scelta: immaginare il proprio corpo "oggettivato", sezionato, può sollevare, infatti, una serie di resistenze psicologiche, emotive, affettive, e coinvolge profondamente l'universo culturale e simbolico di ognuno, richiamando il dibattito pubblico ad affrontare questioni specifiche: ad esempio, che cosa significa per noi il corpo che siamo? Come possiamo immaginare il nostro corpo quando non ci saremo più, dopo la nostra morte? Scontiamo qui due ordini di difficoltà: per un verso, l'inadeguatezza del nostro lessico giuridico imperniato sulla distinzione *persona-cosa*, in quanto il corpo morto non è persona, ma non è neppure cosa, perché rinvia al corpo vivo di una persona che è stata tale²⁵; per altro verso, i meccanismi legislativi mostrano sempre più la necessità di divenire sistemi "aperti", al fine di consentire al testo di legge di recepire con una certa flessibilità i convincimenti personali, i cambiamenti sociali e gli sviluppi medico-scientifici²⁶.

3. Autodeterminazione e consenso informato ai fini della progressiva attuazione della legge

Il CNB, nel Parere del 2013 "Donazione del corpo *post mortem* a fini di studio e ricerca", sostiene che il principio dell'informazione e del consenso alla donazione del corpo rappresenta lo *standard prioritario*, da non poter essere sostituito con un modello di informazione collettiva e generalizzata, anco-

costituzionale, in "Giurisprudenza costituzionale", 6, 2008, 4971- 4981; E. Rossi, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1-12.

²⁴ Cfr. R. CILBERTI, M. MARTINI, A. BONSIGNORE, S. PENCO, *Break with tradition: donating cadavers for scientific purposes and reducing the use of sentient beings*, in *Annali dell'Istituto Superiore di Sanità*, 2016, 52, 2, 261-268.

Diversi studi hanno dimostrato che i giovani sono più disposti a donare il loro corpo rispetto agli anziani. Inoltre, nella ricerca di nuove modalità di ricerca e di sperimentazione non si può escludere il fatto che il livello di consapevolezza dei costumi culturali, sociali ed economici esistenti si basi sull'idea di una legittimazione/inevitabilità dello sfruttamento degli animali non umani.

²⁵ Cfr. R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Milano, 2014.

²⁶ Cfr. C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Santarcangelo di Romagna, 2016; M. BALISTRERI, G. CAPRANICO, M. GALLETTI, S. ZULLO, *Biotecnologie e modificazioni genetiche. Scienza, etica, diritto*, Bologna, 2020.

rato al principio del “silenzio-assenso”²⁷. Si ritiene, quindi, che in questo contesto la dimensione privata e quella pubblica debbano essere considerate complementari piuttosto che in opposizione. E, unitamente alla disciplina privatistica, funzionale a promuovere il principio del rispetto della persona e la sua autonomia, è richiesta la disciplina pubblicistica con la funzione di assicurare i dovuti controlli per rendere effettiva la stessa autonomia, prevenire possibili abusi e far sì che il rispetto della persona resti tale anche dopo la morte, specialmente quando si tratta di corpi non reclamati o sui quali la decisione spetta ad altri, amici o parenti, legittimati ad agire per la sua tutela. Dunque, il fondamento della donazione del corpo *post mortem* si rintraccia nei principi di autodeterminazione e solidarietà sociale, sulla base dell’idea di garantire lo sviluppo della ricerca scientifica e una più efficace tutela della salute individuale e collettiva secondo gli artt. 9 e 32 della Costituzione, ma facendo prevalere il diritto dell’individuo di controllare il proprio corpo e pretenderne il rispetto. Infatti, nel suddetto Parere del CNB si ribadisce che “La logica proposta dal documento non è quella del primato della collettività sul singolo, né quella della reificazione del corpo, ma quella della donazione consapevole. La donazione del proprio corpo per lo studio e la ricerca non esclude la donazione degli organi finalizzata al trapianto; questa seconda forma di donazione, pur avendo ovviamente la precedenza, non è quindi di impedimento alla prima”. La legge 10/2020 si pone in conformità con le osservazioni prospettate dal CNB, escludendo sia il meccanismo del silenzio-assenso sia la previsione che la volontà dei familiari possa sostituirsi a quella del defunto, o porsi in contrasto con questa, e lo fa nelle forme previste dal comma 1 dell’articolo 3²⁸. Un tale approccio rappresenta una novità nel contesto legislativo nazionale che sino ad oggi ha risentito non solo della scarsità di programmi e regolamenti, riguardanti la donazione di corpi per lo studio e la ricerca²⁹, ma, come si è detto nel caso della regolamentazione circa la donazione per fini di trapianti terapeutici, considerava fondamentale il ruolo svolto dai familiari nella mediazione tra consenso espresso e consenso presunto. Se nel caso di specie appare evidente l’adesione del legislatore al principio del consenso consapevole informato, d’altra parte è noto come le legislazioni che adottano il sistema della donazione trovino difficoltà nel prevedere e realizzare procedure di perfezionamento e di accertamento del consenso volte, al contempo,

²⁷ Cfr. M. NEIL C., O. O’NEILL, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, Cambridge, 2007; O. O’Neill, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, 2002.

²⁸ Art. 3, comma 1: «1. L’atto di disposizione del proprio corpo o dei tessuti *post-mortem* avviene mediante una dichiarazione di consenso all’utilizzo dei medesimi redatta nelle forme previste dall’articolo 4, comma 6, della legge 22 dicembre 2017, n. 219. La dichiarazione è consegnata all’azienda sanitaria di appartenenza cui spetta l’obbligo di conservarla e di trasmetterla telematicamente i contenuti informativi alla banca dati di cui al comma 418 dell’articolo 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205».

²⁹ Nella legislazione italiana la promozione di una cultura più favorevole alla ricerca a favore della donazione dell’ente a fini didattici-scientifici era agganciata alla donazione volontaria dell’ente. In passato, la legislazione italiana in materia consisteva principalmente nei “Regolamenti di Polizia Mortuaria” (Decreto del Presidente della Repubblica n. 285 del 10 settembre 1990). Ad eccezione della normativa sull’espianto di organi e tessuti per il trapianto, la donazione del corpo non era soggetta a leggi specifiche. Le informazioni relative a questo settore erano fornite dal Regolamento di Polizia Mortuaria che, dopo un adeguato periodo di osservazione, e ai sensi dell’art. 40, stabiliva che un corpo non reclamato può essere destinato all’insegnamento e agli studi scientifici (ai sensi dell’art. 32 del “Testo Unico delle Leggi sull’Istruzione Superiore” che disciplinava in passato la formazione italiana) dopo la consegna al teatro anatomico dell’Università. Questo quadro normativo, decisamente obsoleto, oltre che discutibile dal punto di vista etico, andava necessariamente essere rivisto con una legislazione adeguata in materia.

ad assicurare maggiore consapevolezza del cittadino circa il significato e le conseguenze delle proprie scelte e a rendere più comprensibile la volontà dei soggetti.

Sui suddetti aspetti la legge 10/2020, al fine di promuovere meccanismi di espressione e di raccolta delle dichiarazioni di volontà, si è orientata all'utilizzo delle Dat estendendole ad un ambito che può considerarsi affine a quello della manifestazione di volontà riguardanti i trattamenti sanitari come previsto dalla legge 219/2017, art. 4³⁰. D'altro canto, in un simile contesto la formalizzazione di una Dat si presta a dirimere situazioni che possono presentarsi particolarmente delicate; infatti essa può servire a trasmettere indicazioni non solo circa la personale adesione all'espianto dei propri organi, ma anche del proprio corpo, secondo forme di redazione e modalità di conservazione del documento che riflettono le volontà espresse dal dichiarante. Su questo versante, come accade attualmente per l'implementazione della legge 219/2017³¹, diverse sono le criticità che si prospettano circa la messa in atto del sistema delle Dat. Tra le questioni da affrontare vi è il problema della diversità di piattaforme informatiche nei sistemi sanitari regionali, per cui occorrerà garantire l'interoperabilità delle banche dati per l'accesso alle Dat. Si tratta della possibilità di accedere ad un unico archivio informatico su tutto il territorio nazionale per risalire alle volontà precedentemente espresse. La legge 219 ne indica le forme di manifestazione e le modalità di raccolta, ma non scioglie il problema della completa e immediata conoscibilità delle Dat. A riguardo, il decreto del Ministero della Salute n. 168 del 2019, concernente la Banca dati nazionale destinata alla registrazione delle Dat, interviene dopo due anni dall'emanazione della legge n. 219/2017 (il Regolamento volto a disciplinare le modalità di registrazione delle DAT presso la banca dati è entrato in vigore il 1 febbraio 2020). Le funzioni assolte dall'archivio informatico unico e nazionale consistono nel raccogliere copia delle Dat e delle eventuali successive modifiche, copia della nomina del fiduciario e della sua accettazione, della sua possibile rinuncia ovvero della intervenuta revoca da parte del disponente, nonché di consentire l'accesso a questi dati. Ma ciò non annulla del tutto il rischio di ambiguità e di interpretazione dovuto alla standardizzazione delle Dat a fini di conservazione elettronica, vincolando l'interessato sia da un punto di vista formale sia da un punto di vista sostanziale. In tal senso, si renderà necessario prevedere un obbligo di aggiornamento periodico delle Dat per assicurare la persistente corrispondenza del contenuto delle disposizioni alle scelte di campo operate dal soggetto e al suo modo di concepire la donazione. Ad ogni modo, nel caso specifico della manifestazione di volontà relativa alla disposizione del proprio corpo *post mortem*, va sottolineato il ruolo del fiduciario quale garante della volontà del defunto, nonché delle informazioni contenute all'interno della banca dati nazionale, che, a differenza di quanto previsto Dat redatte ai sensi della legge 217/2019 in cui la nomina del fiduciario è facoltativa,

³⁰ In conformità ai fondamenti costituzionali del consenso informato affermati nella nota sentenza n. 438 del 2008. Cfr. U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 110-149.

³¹ Cfr. L. PALAZZANI, *Le DAT e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", 3, 2018, pp. 965 ss.; 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 di Quaderni costituzionali*, 2018, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=10876>; L. BUSATTA, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 95-115.

nuto delle disposizioni alle scelte di campo operate dal soggetto e al suo modo di concepire la donazione. Ad ogni modo, nel caso specifico della manifestazione di volontà relativa alla disposizione del proprio corpo *post mortem*, va sottolineato il ruolo del fiduciario quale garante della volontà del defunto, nonché delle informazioni contenute all'interno della banca dati nazionale, che, a differenza di quanto previsto Dat redatte ai sensi della legge 217/2019 in cui la nomina del fiduciario è facoltativa, qui è obbligatorio e, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, ha «l'onere di comunicare l'esistenza del consenso specifico al medico che accerta il decesso»³².

In ultimo, si può rilevare come un tale quadro normativo, teso a regolamentare la manifestazione della volontà alla donazione del corpo *post mortem*, dovrebbe essere improntato, per così dire, all'idea di una *governance* in grado di temperare i valori, gli interessi e i diritti/doveri fondamentali che entrano e agiscono nella trama delle relazioni umane e sociali.

4. Considerazioni conclusive sulla donazione “utile” e “non”

Come evidenziato dalle riflessioni di Marcel Mauss³³, il significato acquisito dal dono è anche di tipo politico, laddove lo “spirito” del dono è condizionato da logiche che possono mettere in discussione il valore dell'altruismo incondizionato soggiacente al dono stesso. Questo per dire che l'impulso altruistico è tutt'altro che scontato, soprattutto se si trascurano i modi in cui tale ideale prende corpo all'interno di reti concrete di relazioni sociali³⁴. Su questi aspetti una pluralità di voci e di esperienze, sia teoriche che empiriche, animano il dibattito contemporaneo sull'etica del dono³⁵, rispetto alle quali qui si intende solo sottolineare la complessità delle ragioni morali e sociali sottese al tema della donazione *post mortem*, nonché l'ambiguità inerente alle sue modalità di realizzazione.

Indubbiamente il principio di solidarietà ha esercitato la sua influenza nell'orientare il passaggio degli ordinamenti giuridici da un'idea del corpo-cadavere, legata all'affermazione del principio di autodefinizione del singolo (e del consenso dei suoi familiari), ad una concezione per così dire pubblicistica del significato sociale della donazione (di organi), che valorizza l'aspetto dell'altruismo e della salute collettiva. Questa impostazione, applicabile in analogia anche al discorso della donazione del corpo *post mortem*, esprime un modo di ripensare la concezione del corpo umano dopo la morte e il suo rapporto con la società³⁶. Il cadavere è diventato soggetto di una forma di “politica dell'intimità”,

³² Cfr. L. ATZENI, *Brevi note a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10 in tema di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*, cit., 62-67.

³³ M. MAUSS, *Saggio sul dono*, Torino, 2002; R. M. TITMUS, *The gift relationship. From human blood to social policy*, New York, 1970; A. FURIA, S. ZULLO, *Il corpo tra proprietà e dono. Riflessioni tra etica, diritto e politica*, in *Jura Gentium*, 2020, XVII, 60-80.

³⁴ Non è un caso che il dono di qualcosa di rilevante, di un bene prezioso cui si attribuisce valore, richiami negli antropologi il riferimento al significato “sociale” del dono. Nella donazione degli organi, ad esempio, tale significato si associa all'idea del “prendersi cura” di un altro individuo in un senso che è solidale e altruistico. Cfr. J.W. GREEN, *Beyond the good death. The anthropology of modern dying*, Philadelphia, 2008; J. T. GOUBOUT, *Il linguaggio del dono*, Torino, 1998.

³⁵ R. M. TITMUS, *The gift relationship. From human blood to social policy*, New York, 1970.

³⁶ S. BOLT, E. VENBRUX, R. EISINGA, J.B.M. KUKS, J.G. VEENING, P.O. GERRITS, *Motivation for body donation to science: More than an altruistic act. Annals of Anatomy*, 2010, 2, 70-74; D. FASSIN, *A contribution to the critique of moral reason. Anthropological Theory*, 2011, 4, 481-491; J.D. FAUBION, *From the ethical to the mitical (and back): Groundwork for an anthropology of ethics*, in M. LAMBEK (Ed.), *Ordinary ethics, anthropology, language, and ac-*

rare le ragioni morali e sociali sottese alle idee di *solidarietà* e *utilità* della donazione *post mortem*³⁸. In Danimarca la donazione di organi e la donazione *post mortem* sono intese quale atto “buono”, ma non tanto in relazione alla necessità di garantire più organi e tessuti o di favorire la formazione dei medici, piuttosto perché tale atto è riconducibile ad un certo controllo di sé nel decidere *prima* ciò che sarà *dopo*, quindi all’idea di non lasciare tale decisione agli altri, divenendo un “peso” per questi. Allo stesso modo, la campagna pubblica di promozione della donazione di organi in Danimarca non è diretta a inquadrare la donazione come scelta migliore in quanto utile, perché lo slogan che la accompagna è semplicemente *Make up your mind* e i cittadini danesi sembrano condividere pienamente questa logica, rivendicando allo Stato solo l’obbligo di facilitare le modalità della scelta individuale, piuttosto che uno “dovere” alla donazione utile. Inoltre una buona parte di cittadini, potenziali donatori, sarebbe essere a favore del sistema di donazione *post mortem*, ma contraria ad una regola di consenso presunto, proprio perché prevale la suddetta logica: il dovere di scegliere ha la priorità sul dovere di donare. Chi si esprime a favore, e vuole donare il proprio corpo, è altresì riluttante a decidere di donare il corpo dei propri familiari, poiché l’enfasi viene posta sul fatto che la scelta è personale, mentre, non “dichiarendo” la propria volontà, potenzialmente si impone tale decisione ai familiari. Così molti ritengono che i convincimenti morali personali non dovrebbero essere (passivamente) trasferiti ad altri, ma (attivamente) gestiti dall’individuo responsabile³⁹. Emerge una nozione di “scelta” strettamente connessa alla legittimazione sociale della pratica in questione, in quanto è la scelta individuale a legittimare la donazione, ma non sulla base del bene procurato al destinatario dell’organo, o alla comunità, e dell’utilità per la scienza⁴⁰.

La prospettiva dell’utilità *post mortem* esercita comunque una certa forza normativa sulle dichiarazioni di volontà *post mortem*, e può trovare la sua giustificazione anche nell’idea che il proprio senso di controllo significhi allinearsi con i più ampi ideali di produttività e consumo socialmente radicati nelle attuali politiche neoliberali, come a dire che essere attivi è *quasi* un *obbligo* che si estende anche dopo la morte⁴¹. D’altra parte, però, anche su questo versante occorre riflettere sulla portata morale e sociale dei programmi di donazione, affinché a questi corrisponda un serio dovere della società nel dotarsi di strumenti adeguati per supportarli. Sempre in Danimarca, infatti, alcuni centri di donazione anatomica hanno dovuto chiudere temporaneamente per evitare di dover rifiutare i cadaveri donati⁴² perché l’offerta aveva superato la domanda. Ciò significa che l’intervento politico si rende necessario per regolamentare e facilitare ideali morali di *scelta/controllo* e *utilità/solidarietà sociali*.

³⁸ F. NORDFALK, M. OLEJAZ, A.M. JENSEN, L.L. SKOVGAARD, K. HOEYER, *From motivation to acceptability: A survey of public attitudes towards organ donation in Denmark*. *Transplantation Research*, 2016, 5, 1-8; M. OLEJAZ, *Anatomical dissection revisited. Exchanging the dead body in 18th century Denmark*, in “Berliner Blätter”, 2012, 61, 96-106; R. DOYLE, *Wetwares: Experiments in postvital living*, Minneapolis, 2003.

³⁹ F. NORDFALK, M. OLEJAZ, A.M. JENSEN, L.L. SKOVGAARD, K. HOEYER, *From motivation to acceptability: A survey of public attitudes towards organ donation in Denmark*. In “Transplantation Research”, 2016, 5, 1-8.

⁴⁰ M. COOPER, *La vita come plusvalore. Biotecnologie e capitale al tempo del neoliberalismo*, Verona, 2013.

⁴¹ *Ibidem*

⁴² K. HOEYER, M. OLEJAZ, *Desire, duty and medical gifting: how it became possible to long for a useful death*, in “Mortality. Promoting the interdisciplinary study of death and dying”, 2020, 4, 418-432; A. ÁRNASON, *Death as resource. A story of organ donation and communication across the ‘great mist’, in Iceland*, in *Medicine Anthropology Theory*, 2017, 4, 50-68.

Un altro aspetto da considerare è il riconoscimento del fatto che un sistema di *opt-out* potrebbe essere controproducente per il sostegno pubblico alla donazione *post mortem*, poiché, come mostra il caso danese, il senso del controllo e della scelta definisce contestualmente anche il significato della donazione. Certamente un sistema “moderato” di consenso presunto, ossia accompagnato dalla diffusione della raccolta capillare delle volontà e basato sulla promozione dell’informazione e della cultura sulla donazione e sul principio solidaristico ad essa sotteso, potrebbe essere preferibile per soddisfare al meglio le esigenze legate alla necessità di disponibilità di cadaveri e di rispetto dell’autodeterminazione della persona. Dunque, il consenso presunto andrebbe necessariamente attuato con il vincolo di campagne informative continuative per consentire alla persona di esercitare a pieno la propria autonomia. Un approccio moderato e informato al consenso può condurre, in termini solidaristici, ad una manifestazione di volontà circa la donazione dopo la morte, intesa quale atto di cittadinanza responsabile, da considerarsi anche in termini di contributo dell’individuo alla crescita e allo sviluppo della comunità di appartenenza. Ciò rappresenterebbe anche un’opzione culturale contraddistinta da un solido aggancio costituzionale. Infatti nel nostro ordinamento, lo stretto legame tra il principio personalista e l’eguaglianza sostanziale, espresso dagli articoli 2 e 3 della Costituzione, permea l’intero tessuto costituzionale e, in particolar modo, i diritti di matrice più classicamente liberale. Si pensi, inoltre, a come il diritto di proprietà (art. 42) incontri limiti di legge finalizzati ad assicurarne la funzione sociale, o a come l’iniziativa economica privata (art. 41) non possa svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in danno della dignità umana.

Di certo il richiamo alla legittimità della dissezione e dell’uso di materiale umano passa per il tramite della valorizzazione della scelta libera e consapevole, e ciò vale anche nel caso delle recenti questioni sollevate dalle esposizioni pubbliche di esseri umani plastinati e sezionati. Tra queste va menzionato il controverso successo dell’anatomopatologo Gunther von Hagens, inventore della plastinazione, che sostiene di avere utilizzato nelle sue esposizioni pubbliche solo corpi donati, anche se l’apertura di alcuni anatomisti all’uso dei corpi senza un adeguato e specifico consenso informato per tali eventi ha suscitato clamori tra molti professionisti del mondo anatomico. Ma qui entra in gioco un altro elemento, cioè il fatto che queste manifestazioni di carattere pubblico abbiano anche finalità educative, ossia quello che von Hagens definisce “democratizzazione dell’anatomia”: anatomia per le masse in contrapposizione all’anatomia per l’élite accademica, anatomia in piazza e anatomia per il pubblico⁴³.

⁴³ Se i cadaveri possono essere esposti pubblicamente, quali criteri dovrebbero guidare la loro esposizione? Un modo per affrontare la questione è quello di considerare due dei principi guida della bioetica, beneficenza e non maleficenza. In primo luogo, la beneficenza. Chi trae beneficio da tali manifestazioni e qual è la natura di questo beneficio? La risposta che viene data è il pubblico generale. Se questo è vero, è opportuno chiedersi se la comunità umana ne tragga beneficio sotto forma di beneficio terapeutico, o di beneficio educativo che a sua volta andrà a beneficio di altri, o della ricerca. In secondo luogo, la non maleficenza. Qualcuno è danneggiato da queste mostre – i defunti stessi, i loro parenti, il pubblico? Una risposta a questa domanda dipenderà in parte dal fatto che i corpi siano stati consapevolmente donati o dal fatto che non siano stati reclamati. Anche quando i corpi sono stati donati, occorre chiedersi cosa significa donare quando le persone donano i loro corpi per soddisfare i propri desideri. Qui il legame tra donazione e altruismo si interrompe: non si dona il proprio corpo per sostenere la professione medica, la ricerca o in segno di gratitudine per il contributo della professione medica. Lo si fa per i propri fini, per realizzare i propri desideri post-mortali, e in certi casi per contribuire al successo di una operazione commerciale. Tuttavia, se sono soddisfatti gli standard etici basati

In conclusione, la legge 10/2020 induce a riflettere sulla sua attuazione tramite strumenti normativi tesi a tutelare i potenziali donatori, che sono cittadini non sempre consapevoli di questa possibilità, ma il successo dei programmi di donazione passa proprio attraverso una relazione istituzionale di fiducia e di trasparenza tra potenziali donatori e comunità.

Europa

sulla libera scelta informata, sulla tutela della dignità e integrità dei corpi, perché ciò non dovrebbe essere ammesso? Cfr. D. GARETH JONES, *The centrality of the dead human body for teaching and research – social, cultural and ethical issues*, in *South African Journal of Bioethics and Law*, 2011, 1, 18-23.



On the relationship between the fundamental right to life and assisted death

Gonzalo Arruego*

ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LIFE AND ASSISTED DEATH

ABSTRACT: This paper tackles one of the classic queries surrounding the analysis of the right to life: what is the relationship, if any, between the fundamental right to life and the capacity to end one's own life, especially with the help of others? To answer this question the study explores the meaning of the fundamental right to life paying special attention, on the one hand, to the language used to proclaim it and, on the other, the doctrines of the ECtHR, the Spanish Constitutional Court, the Colombian Constitutional Court, the Supreme Court of Canada, the Italian Constitutional Court and the German Constitutional Court.

KEYWORDS: Right to life; assisted death; right to die; ECHR; ECtHR

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The fundamental right to life – 2.1. The problem of the object of the right – 2.2. The nature of the fundamental right to life: the right to life as a guarantee – 2.3. The positive dimension of the right to life: a slippery slope? – 3. The relationship between the right to life and assisted death – 4. Final remarks.

1. Introduction

Despite the transcendence it is usually granted, it can be considered that the express protection of human life in human rights and constitutional documents is a «late comer». In this sense, and contrary to other fundamental rights strongly rooted in our constitutional history and tradition, the consecration of what we can call in general terms the «right to life» occurred after WWII¹. This fact has probably conditioned its interpretation and possibly explains some

* PhD in Law; LIM in Comparative, European and International Law; Public Law Department; University of Zaragoza. Mail: garruego@unizar.es. This study is part of the National Research Project DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), funded by the Spanish Government. I would like to thank the anonymous reviewers for their insightful and helpful comments and suggestions. And I would like to express my deepest gratitude to Professor Wayne McIntosh for his careful reading of the original and his invaluable help. The article was subject to a double-blind peer review process.

¹ We find no mention in the *Magna Carta* (1215), the *Bill of Rights* (1869) or the *Declaration of the Rights of Man and of the Citizen* (1789). However, according to the 5th Amendment to the US Constitution (*US Bill of Rights* of 1791), «[n]o person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law». The first part of the second paragraph of the *Declaration of Independence* (1776) already affirmed that «[w]e hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness»; a wording which differs from that of Jefferson's «rough draft», which referred to the inherent right to «the preservation of life».

of the internal tensions the right had already germinated². Today, and after 70 years of its formal proclamation, those difficulties have progressively increased, probably as a result of the inherent peculiarities of its object: human life.

Dilemmas such as the protection that must be afforded to human life from the moment of conception, the legal definition of death and whether the right to life protects bare existence regardless of quality, are just a few examples of the many recurrent questions surrounding the analysis of the right to life.

The following pages tackle one of those classic queries: what is the relationship, if any, between the fundamental right to life and the capacity to end one's own life, especially with the help of others?

In order to answer this question, this study mainly focuses on the delimitation of the object of the fundamental right to life, as well as its content, as the key to provide a reply. Such an exploration pays special attention, on the one hand, to the language used to proclaim the right both in the main international human rights documents and the European Union member States' Constitutions. And, on the other hand, it analyses the interpretation of the right in the evolving doctrine of the European Court of Human Rights (ECtHR), in the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court and in the case-law of those constitutional/supreme courts which have recognized, albeit with different scope, the constitutional legitimacy of assisted death: the Colombian Constitutional Court, the Supreme Court of Canada, the Italian Constitutional Court and the German Constitutional Court. In the light of the conclusions reached, the study closes by addressing the existing relationship between the right to life and assisted death.

As the title of the study suggests, in the following pages I will use the generic term assisted death to encompass two well-established terms, euthanasia and (physician) assisted suicide. This decision is based mainly on three different considerations. On the one hand, it is consistent with the nature of the question addressed by the study and the perspective adopted to answer it. On the other, and as the following pages illustrate, today the real debate does not turn so much around carrying out in private and alone the decision to end one's own life, but rather around the recognition of a right to be assisted/helped in dying, normally by public authorities and within a public health system. Finally, this decision is meant to avoid the at times artificial complexity of a debate that has become over populated with a myriad categories which have only obscured the central issue³.

² For example, and with regard to the object of this study, an analysis of pro-euthanasia movements since the 70's in H. INDABAS et al., *Declarations on euthanasia and assisted dying*, in *Death Studies*, 41, 9, 2017.

³ This is the perspective adopted by the Spanish legislature. In this sense, the *Preamble of the Law 2/2010 of the Autonomous Community of Andalucía on the rights of the person and the protection of her dignity in the process of dying* asserts that: «[f]rom and etymological point of view euthanasia means good death. However, different adjectives such as "active", "passive", "direct", "indirect", "voluntary", "involuntary", have resulted in an increasing confusion among the citizens, the healthcare professionals, the media, the bioethicists and the lawyers». Actually, the bill to legalise assisted death being currently discussed by the Spanish Parliament avoids the use of any of those terms. Its object is the regulation «of the right to demand and to receive assistance to die», a right that encompasses «the direct administration by a healthcare professional of a substance to cause the death of the person» and «the prescription by a healthcare professional of a substance so that the person can cause her death herself».

2. The fundamental right to life

2.1. The problem of the object of the right

The first problem that any analysis of the fundamental right to life faces is definitional.

Obviously, no legal document clarifies what «human life» means⁴. This provides no help in resolving the dilemma of whether one should adopt a purely biological conception of what the right to life guarantees or should also integrate subjective and qualitative elements. In either case the questions about what human life is and when it begins and ends remain unsettled.

Dependence on the scientific and technological state of affairs and their increasing impact on juridical processes⁵ boost those difficulties despite the fact that the law obviously provides juridical and not scientific answers⁶. And we cannot forget either the relevance of the socio-economic and cultural background, where changes are many times provoked by shifts in the scientific paradigm and/or by technological advances. Think, for example, about the following three examples in the context of end of life decisions.

First, practices that only a few years ago were studied under the umbrella of «euthanasia» have today become *lex artis* standardized medical procedures and, in some cases, even the expression of fundamental rights such as personal integrity⁷. Second, the role of health care professionals is being transformed due to their participation in processes whose nature is neither therapeutic nor palliative as well as the weight attributed to their decisions by the law. Actually, in jurisdictions that have legal-

⁴ This has sometimes forced judges to establish the boundaries of the concept «human life» but, as Korff explains with regard to the doctrine of the ECtHR, only for the purposes of their resolutions and therefore exclusively in relation to the concrete facts under their scrutiny (D. KORFF, *The right to life. A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2006). The Spanish Constitutional Court considers that «human life» is an indefinite concept «whose definitions are plural depending on the perspective adopted (biological, ethical, theological...)» (Spanish Constitutional Court decision 53/1985/5).

⁵ For example, with regard to the protection of the unborn, technical advances in neonatology are fundamental to fetal viability. Or, concerning the end of human life, the Law confronts the definition of death from scientific uncertainty but with the certitude that dying is a process; in this sense, from a legal point of view a human being can be considered simultaneously death and/or alive depending on the criterion adopted to certify death; as Skegg expressively depicted it, «a beating heart cadaver» (P. SKEGG, *F W Guest Memorial Lecture: The Edges of Life*, in *Otago Law Review*, 6, 4, 1988, 518). Significant changes in the life sciences and technologies are even conceived by Jasanoff as «bio-constitutional» (S. JASANOFF, *Introduction: rewriting life, reframing rights*, in S. JASANOFF, *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, Oxford, 2011, 3).

⁶ As Glover already warned in the 70's, «[c]onventional lines for social or legal purposes could always be drawn, but we would be mistaken if we took the shadows cast by these lines for boundaries in biological reality» (J. GLOVER, *Causing Death and Saving Lives*, London, 1977, 127).

⁷ This is the case of life saving or sustaining treatment refusal; in the Canadian Supreme Court doctrine see *Ciarlariello v. Schacter* [1993] 2 S.C.R. 119; in the case of the Spanish Constitutional Court see, among others, the decisions 154/2002 and 37/2011; with regard to the ECtHR, and despite the fact that the same conclusion could be inferred for example from *Pretty*, the Court has asserted that «no consensus exists among the Council of Europe member States in favor of permitting the withdrawal of artificial life-sustaining treatment, although the majority of States appear to allow it» (*Lambert and others v. France* (2015) § 147 and *Gard and others v. United Kingdom* (2017) § 83).

ized assisted death, doctors have even be depicted as «gatekeepers»⁸. Third, the debate on assisted death is historically recent and typical of advanced societies where death has increasingly become a medicalized process⁹.

2.2. The nature of the fundamental right to life: the right to life as a guarantee

Beyond the complexity of the concept of «human life», the truth is that human life is a natural fact. As a consequence, the right can only be understood as a guarantee that protects its bearer from the deprivation of his/her existence and that imposes on the State the duty to protect it. This conclusion is consistent with the historical moment in which the right was generally recognised, as a reaction against the atrocities of WWII, and with the language usually used to do so.

In contrast to less detailed consecrations such as the ones contained in article 3 of the *Universal Declaration of Human Rights* (1948)¹⁰ or article 2 of the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* (2000)¹¹, let us examine the wording of article 6 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966)¹², article 4 of the *American Convention on Human Rights* (1969)¹³ and article 2 of the *European Convention on Human Rights* (1950)¹⁴. In the three cases, the explicit content of the

⁸ S. MCLEAN, *Assisted dying: reflections on the need for Law reform*, Oxon, 2007, 198.

⁹ «[The debate on assisted death] is new, occupying academic and public attention primarily in the late twentieth century and the early twenty first [...]. Consider just three of the many profound changes that affect matters of how we die. First there has been a shift, beginning in the middle of the nineteenth century, in the ways in which human beings characteristically die. Termed the “epidemiological transition”, this change involves a shift away from death due to parasitic and infectious disease [...] to death in later life of degenerative disease [...]. This means dramatically extended lifespans and also deaths from diseases with characteristically extended downhill terminal courses. Second, there have been changes in religious attitudes about death [...]. Third, among the major shifts in cultural attitudes that affect the way we die is the increasing emphasis on the notion of individual rights of self-determination [...] rights previously eclipsed by the paternalistic practices of medicine». This, in addition to other cultural changes has led to a situation where «dying is no longer *something that happens to you* but *something you do*. [Though] dying in the poorer countries continues to be different from dying in the richer countries» (M. PABST BATTIN, *Ending Life: Ethics and the Way We Die*, Oxford, 2005, 18, 325 and 86).

¹⁰ «Everyone has the right to life, liberty and security of person».

¹¹ «1.-Everyone has the right to life. 2.- No one shall be condemned to the death penalty, or executed».

¹² Article 6.1: «Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life».

¹³ Similarly to the *International Covenant*, its article 4.1 states that «[e]very person has the right to have his life respected» and that «[n]o one shall be arbitrarily deprived of his life». It is true that it has a peculiar addition: that the right to life shall be protected, «in general, from the moment of conception». Contrary to what it might seem at first reading, the intention of this wording was to exclude the possibility of considering the unborn entitled with the right to life, an interpretation incompatible with the legal diversity on abortion (see Inter-American Commission of Human Rights Resolution n. 23/81, Case 2141 (1981), especially § 19, and Inter-American Court of Human Rights *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica (In vitro fertilization)* (2012), particularly § 264).

¹⁴ Article 2.1: «Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law». Its second paragraph establishes a series of circumstances under which «deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention» of the Convention, as death is the unintentional result from the legitimate and no more than absolutely necessary use of force (see ECtHR *McCann and others v. United Kingdom* (1995) § 148).

right to life is the prohibition of depriving a person of her life outside the circumstances defined by the law. The State's obligation to protect the lives of those subject to its jurisdiction is added to that prohibition.

The same conclusion results from the analysis of the European Union member States' Constitutions. In this sense, and leaving aside the peculiarities of the United Kingdom, we can distinguish between three situations within the EU¹⁵.

First, Constitutions which make no explicit reference to the protection of human life¹⁶ or, at most, have abolished capital punishment. By chance or not, this is the case of the three EU countries where assisted death is fully legalised, the Netherlands, Belgium and Luxembourg¹⁷. Austria, Italy or Sweden are, constitutionally speaking, in a similar situation¹⁸.

Second, Constitutions which expressly protect human life and do so in the form of a guarantee or imposition on public authorities to protect human life. The Constitutions of Slovenia, Greece, Ireland or Poland are examples¹⁹. Also the Portuguese Constitution falls into this category: even though article 24 is titled «The right to life», its content is the «inviolability» of human life²⁰.

Finally, some Constitutions proclaim the protection of human life using the term «right»; that is to say, they consecrate a «right to life». This is the case of the Constitutions of Germany, Spain, Cyprus, Bulgaria, Slovakia, Estonia, Finland, Latvia, Lithuania, Malta or Romania as well as the Charter of Fundamental Rights and Freedoms of the Czech Republic²¹. However, we should highlight that in many cases the meaning of the «right to life» is similar to that laid out in the previous group, that is, a guarantee or a duty to protect human life²².

Therefore, the prevailing conception concerning the protection of human life is what, in the words of the Supreme Court of Canada, we could call «the existential conception» of the right to life: the right is a guarantee of human existence²³.

Whether the right simply protects «bare existence» or it also encompasses the guarantee of «living under certain conditions», varies from one jurisdiction to another and lies at the heart of the distinc-

¹⁵ «The history of the UK's top judges' engagement with the right to life is therefore a short one [...]. The prevailing impression which emerges is that the top judges have been reluctant to re-frame English common law around the concept of the right to life. They have preferred to work with traditional legal categories and to allow the European Court of Human Rights to take the lead on the right to life per se» (B. DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, 2013, 101).

¹⁶ For example, the Constitution of Denmark.

¹⁷ Respectively, arts. 114, 14 a) and 18. It is true that the Belgian Constitution also guarantees in its article 23 the «right to lead a life according to human dignity». However, its content unfolds in different «economic, social and cultural» rights relating to employment, health protection, social security, housing, environment or culture, and whose exercise conditions have to be defined by the law.

¹⁸ Arts. 85, 27 and 4, respectively.

¹⁹ Arts. 17, 5.2, 40.3.2 and 38, respectively.

²⁰ Art. 24: «Right to life. 1.-Human life is inviolable; 2.-There will be no capital punishment under any circumstances».

²¹ Arts. 2.2, 15, 28, 93, 19 and 22.1 of the German, Spanish, Bulgarian, Latvian, Lithuanian and Romanian Constitutions.

²² For example, reading the Charter of fundamental rights and freedoms of the Czech Republic or the Constitutions of Cyprus, Slovakia, Estonia, Finland or Malta, we infer that the «right to life» is really a guarantee which protects against the arbitrary deprivation of life; arts. 6, 7, 15, 16, 7 and 33, respectively.

²³ *Carter v. Canada (Attorney General)* 2015 SCC 5.

tion between the two different trends in which the existential understanding of the right as a guarantee unfolds: what we could call the *strict* and the *enriched* understandings of the existential conception of the right to life.

If, according to the strict existential conception, the right merely preserves the physical or biological existence of the individual, its enriched understanding problematically guarantees also that life ought to be lived in certain conditions which qualify as dignified. As we shall see *infra*, this distinction is especially important with regard to the duties the right to life imposes on public authorities and, consequently, to the legitimate demands of its bearer.

The *strict* conception appears to be the prevailing one, is more consistent with the way the right is proclaimed and is the consequence of understanding human life purely in biological terms. As the Spanish Constitutional Court explains, human life is a «process» which begins with conception and ends with death and whose constitutional protection is «gradual in nature»²⁴. Therefore, if the object of the right is the physical or biological existence and as the ECtHR explains, the right «is unconcerned with issues to do with the quality of living or what a person chooses to do with his or her life. To the extent that these aspects are recognised as so fundamental to the human condition that they require protection [...] they may be reflected in the rights guaranteed by other Articles of the Convention», but not in the right to life²⁵. A similar conclusion has been reached by the Canadian Supreme Court²⁶.

The content of the right is hence focused on protecting the physical existence of its holder against serious aggressions or threats²⁷. As explained above, existence is a biological fact and, therefore, the right is only intelligible as a duty to protect life and as the guarantee that its deprivation will not occur outside the strict circumstances established by law. In other words, the core meaning of the right is the prohibition of causing death but not absolutely: only outside the legally established limited conditions, the prohibition of the *arbitrary* deprivation of life.

This is the reason why the ECtHR categorically asserts that article 2 ECHR «is first and foremost a prohibition»²⁸, why the right to life is described as «reactional», «defensive» or «negative»²⁹ and it also explains why there is nothing contradictory about proclaiming the right to life including provisions on capital punishment: the law is determining when the State can legitimately kill a citizen and

²⁴ Spanish Constitutional Court decision 53/1985/5.

²⁵ *Pretty v. United Kingdom* (2002) § 39.

²⁶ «In each case, the right was only engaged by the threat of death. In short, the case law suggests 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. Conversely, concerns about autonomy and quality of life have traditionally been treated as liberty and security rights. We see no reason to alter that approach in this case [...] the existential formulation of the right to life» (*Carter v. Canada (Attorney General)* 2015 SCC 5 §§ 62 and 63).

²⁷ With regard to the Spanish Constitutional Court case law see Spanish Constitutional Court Edict 241/1985/2 or Spanish Constitutional Court decision 181/2000/8.

²⁸ «Article 2 of the Convention is first and foremost a prohibition on the use of lethal force or other conduct which might lead to the death of a human being and does not confer any right on an individual to require a State to permit or facilitate his or her death» (*Pretty v. United Kingdom* (2002) § 54).

²⁹ Respectively, G. ARRUEGO, *Asistencia sanitaria coactiva y derechos fundamentales en la Ley 6/2002*, in J. PEMÁN (coord.), *Derecho sanitario aragonés*, Zaragoza, 2004; F. REY, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Madrid, 2008; and L. ZUCCA, *Constitutional dilemmas*, Oxford, 2009.

therefore is simply establishing the boundaries of the right³⁰. This also allows us to understand (partially) why decisions concerning the end of one's own life have traditionally been understood as an (impossible) conflict among the person's own rights. This is due to the fact that the use of the term «right» with regard to the right to life is equivocal: it is not strictly a right but a guarantee to the individual and a source of obligations for public authorities³¹. Yet this makes it barely intelligible: there is no conflict because what is at stake is determining the extent of the public authorities' duty to protect the lives of those under their jurisdiction.

In addition, we should underline one of the most peculiar characteristics of the right to life: it is basically a prohibition whose violation usually results in the death of the individual. This fact leads to a paradox: if it had not been interpreted that death is not necessary to infringe the right³² and if the duty to protect life had not been expanded, the fundamental right to life would *de facto* be void from its bearer's point of view. Notice that, as a guarantee, it strictly has a reactionary content requiring protection when violated³³. Its violation, however, usually means that the individual is already dead. This scenario is partially altered when we adopt the «enriched» interpretation of the existential conception of the right. Why does it alter it? And, why do we use the adjective «enriched» to describe it? The reason is that it problematically transcends the strict conception by adding to the mere preservation of physical existence the guarantee that life will be lived in a set of circumstances which qualify as «dignified». But, why is it only a partial alteration? Because the reactionary nature of the right to life as a guarantee of human existence is not transformed: it is the State's duty to protect the right, and therefore the scope of the possible demands by its bearer, which are transformed and expanded.

2.3. The positive dimension of the right to life: a slippery slope?

As argued above, the main feature of the fundamental right to life is that, as a guarantee, its content basically consists of imposing duties upon the public authorities: the obligation to preserve physical existence and, in the case of the enriched conception, to do so also ensuring certain *living* conditions. The relevant question is that the scope of the State's duty to protect life seems irresistibly to expand. The point of departure of this expansive dynamic is the recurring assertion that the prohibition to deprive from existence does not exhaust the content of the right to life. On the contrary, it also imposes on the authorities a set of positive duties whose goal is to protect human life. Traditionally, the

³⁰ «Here the message is simple: we have a right to life except when the state legitimately plans to execute us. It is a message long since forgotten in Europe due to the later enactments of Protocols 6 and 13 [...] It is significant, however, that the additional Protocols are not reflections of the right to life but distinct from it. They represent a limitation of (state) sovereignty for ratifying parties in respect of the death penalty, but this does not stem from an individual's right not to be deprived of his or her life. The death penalty has been practically eradicated from Europe but in a movement that is independent from the region's protection for the right to life» (E. WICKS, *The right to life and conflicting interests*, Oxford, 2010, 105).

³¹ For example, the ECtHR has argued that «[w]hen [...] a detained person maintains a hunger strike this may inevitably lead to a conflict between an individual's right to physical integrity and the High Contracting Party's positive obligation under Article 2 of the Convention» (*Nevmerzhitsky v. Ukraine* (2005) § 93, among others).

³² The ECtHR has reiterated that it is not necessary to cause death to appreciate that the right has been violated and that the right protects not only against effective aggressions but also against situations of risk.

³³ For example, Spanish Constitutional Court decision 120/1990/7.

way these obligations have been understood was coherent with the core content of the right. Typically, the law transposes the prohibition of causing death to private relations especially through Criminal Law provisions³⁴; puts into force and implements norms; or even adopts preventive measures with the aim of ordering potentially life-threatening or hazardous activities and protecting the lives of those in danger³⁵. The dilemma is how to define accurately the scope of the State's positive duty to «protect the lives of those under its jurisdiction», an obligation that is clearly exposed to a problematic *slippery slope*.

First, difficulties arise with regard to how the positive duties linked to the strict conception of the right have evolved. Consider, for example, the progressive recognition of a «procedural» dimension or their gradual extension. Although it is true that we can identify causal connections in each argumentative step, it is equally true that sometimes the connection disappears as soon as we examine the starting point and the conclusion. For example, are the positive duties arising from the right to life really so detailed as to require that an investigation into a violation of the right «should include an autopsy of the victim's body, whenever possible, in the presence of a representative of the victim's relatives»?³⁶ Or, what is the scope of the obligations imposed on public authorities with regard to potentially dangerous activities or the protection of the environment?³⁷

Secondly, and more importantly, we witness the alteration of the object of the fundamental right to life. As noted above, this happens when the right does not only protect biological existence but also a «dignified» existence. In the case of the United Nations, this shift can be observed in the different *General Comments* on article 6 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966). While numbers 6 (1982) and 14 (1984) focused on the core meaning of the right as the prohibition against «arbitrary» killing, the more detailed number 36 (2019) expressly proclaims that the scope of the right to life goes beyond the mere preservation of life and also encompasses the right to «enjoy a life with dignity» (§ 3)³⁸.

³⁴ With regard to the protection of human life *via* the Criminal Law in the ECtHR's case law see, among others, *Calvelli and Ciglio v. Italy* (2002) and *Vo v. France* (2004). A critical exam of this doctrine, concluding that it carries the potential of both coercive overreach and dilution of the right in N. MAVRONICOLA, *Taking Life and Liberty Seriously: Reconsidering Criminal Liability Under Article 2 of the ECHR*, in *The Modern Law Review*, 80, 6, 2017.

³⁵ On the protection against the violent acts of third parties it is usual to quote ECtHR *Osman v. United Kingdom* (1998), especially §§ 115 and 116; concerning the positive duties with regard to the suicidal impulses of a person in custody *vid.* ECtHR *Keenan v. United Kingdom* (2001); with regard to the risk generated by industrial dangerous activities see ECtHR *Guerra and others v. Italy* (1998) and, particularly, ECtHR *Öneryıldız v. Turkey* (2004).

³⁶ CCPR, United Nations, *General comment n. 36* (2019) § 28. Its draft (2017) was even more detailed as it demanded a «thorough» autopsy in the presence of a «pathologist» representing the family of the deceased.

³⁷ *Vid.*, among others, ECtHR *Öneryıldız c. Turquía* (2004) or IACtHR *Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia: Medioambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal –Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, especially §§ 212 y ss.

³⁸ Without judging the realizability of such right, it is striking that barely one of its 70 paragraphs expressly refers to it and using a vague language.

One can certainly perceive an uncontrolled expansion of the understanding of the protective dimension of the right. This carries the risk of confusing fundamental right to life demands with requests that, despite their legitimacy, can be traced back, where appropriate, to other different principles and values. There is an increasing danger of distorting and trivializing the right to life as a consequence of over-involving it and even making it unrealizable.

We might partially explain this dynamic as a consequence of some of the excesses that are usually incurred in interpreting the right to life and the connection that usually, and not by chance, is established between it and human dignity.

In this sense, the obvious fact that without existence there can be no bearer of rights, is usually used to improperly grant the right to life a unique position which is immediately reflected in its interpretation. For example, departing from the «sanctity of life principle» and from the aforementioned fact that, without the right to life, «enjoyment of any of the other rights and freedoms in the Convention is rendered nugatory», the ECtHR awards «preeminence» to it «as one of the most fundamental provisions of the Convention»³⁹. The same line of reasoning has been used by the Inter-American Court of Human Rights to conclude that «no restrictive approach is admissible with regard to the right to life»⁴⁰. Moreover, the Spanish Constitutional Court has reiterated that the fundamental right to life «constitutes the essential and principal fundamental right» as, along with human dignity, they are the «logical and ontological *prius*» of every fundamental right⁴¹. In the Court's view, the right therefore has «a singular expansive nature»⁴² which makes it «absolute and not subject to restrictions»⁴³.

As we can see, and unsurprisingly, the fundamental right to life is immediately connected with the notion of human dignity⁴⁴. As explained above, the right to life-human dignity linkage enriches the strict understanding of the fundamental right to life: from mere preservation of physical existence to a guarantee of living under certain conditions (e.g. related to environment, health, food, shelter, etc.), eventually even including the person's perception of those conditions. This is a subtle shift, but one that inevitably transforms the scope of the right and that can turn it into something unrecognizable. It is true, however, that many of those conditions are connected to other constitutional values and principles. The problem is how to insert them correctly into the system of fundamental rights.

Note that, taken to the extreme, it is relatively easy to establish a link between almost any imaginable matter and the material and spiritual conditions surrounding human life. A small step forward and we risk trivializing the right by making it absolutely dependent on the will and resources of the

³⁹ *Pretty v. United Kingdom* (2002) §§ 37 and 65.

⁴⁰ *Case of the "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala* (1999) § 144.

⁴¹ Spanish Constitutional Court decision 53/1985/3, among others.

⁴² Spanish Constitutional Court edict 304/1996/3.

⁴³ Spanish Constitutional Court decision 48/1996/2.

⁴⁴ On the connection right to life-human dignity *vid.*, among others, E. WICKS, *The Meaning of «Life»: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties*, in *Human Rights Law Review*, 12, 2, 2012; on the use of human dignity in the assisted death debate see K. LOVELAND, *Death and its dignities*, in *New York University Law Review*, 91, 2016 and S. MUDERS (ed.), *Human dignity and assisted death*, Oxford, 2017.

public authorities. Without negating the transcendence of the underlying questions, we seem to witness an uncontrolled «ballooning of the content» of the right⁴⁵.

For example, does the right to life entail access to potentially life-saving medicines?⁴⁶ To enjoy a «dignified existence»?⁴⁷ And which conditions make an existence dignified: food, clothes, shelter, education...?⁴⁸

And what about environmental matters? Where are the limits of the duties arising from the right to life? Does the right to life really directly impose the exhaustive «regulation, licensing, control or supervision» of «potentially dangerous activities to life and health» due to their negative impact on the environment? Or the access to quality water not only for drinking but also for «personal hygiene and domestic cleaning»?⁴⁹

⁴⁵ As Griffin explains, as soon as we start to reflect «on the grounds for a right to life [...] the scope of the right seems irresistibly to expand. The grounds tend to a generality that justifies more than just a prohibition of murder. If living at liberty is of great value (to take an indisputable human right), then living, as well as living in that way, is valuable, and that seems to justify a claim to some broader preservation of life. It would seem to justify a wider negative right than just the prohibition of murder – say, a prohibition of gratuitously endangering other people’s lives or of destroying their rationality. What is more, it would seem to justify some positive rights. If you are drowning, and all that I have to do to save you is to toss you the life-belt next to me, and I disregard your plight, do I not violate your right to life? Does the right not include a positive right to rescue, at least if the cost to the rescuer is not great? And if it includes a right to be tossed a life-belt if one were drowning, would it not include a right to food if one were starving, or to medicine if one were dangerously ill? And if it includes those, does it also include a right to conditions, such as clean water and female literacy, the absence of which drastically shortens a child’s life? This ballooning of the content of the right to life is not just a theoretical possibility; it is just what has happened» (J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, 2008, 212 and 213).

⁴⁶ For example, granting access to generic antiretrovirals to fight AIDS in Kenya, *vid.* J. HARRINGTON, *Access to essential medicines in Kenya: intellectual property, anti-Counterfeiting and the right to health*, in *Law and Global Health. Current Legal Issues*, 16, 2012; with regard to ECtHR’s doctrine on the right to access experimental medical treatments see *Hristozov and others v. Bulgaria* (2012) and *Gard and others v. United Kingdom* (2017). In August 2006, *England’s National Institute for Clinical Excellence (NICE)* ruled against the inclusion in the National Health Service (NHS) of two treatments for late stage bowel cancer because their cost was considered excessive to extend the lives of those with terminal bowel cancer by five months, *vid.* N. ROSE, *The Value of Life: Somatic Ethics & the Spirit of Biocapital*, in *Daedalus*, 137, 1, 2008.

⁴⁷ Inter-American Court of Human Rights *Case of the “Street Children” (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala* (1999) § 144.

⁴⁸ For example, the Supreme Court of India has asserted that «[w]e think that the right to life includes the right to live with human dignity and all that goes along with it, namely, the bare necessities of life such as adequate nutrition, clothing and shelter and facilities for reading, writing and expressing one-self in diverse forms, freely moving about and mixing and commingling with fellow human beings. Of course, the magnitude and content of the components of this right would depend upon the extent of the economic development of the country, but it must, in any view of the matter, include the right to the basic necessities of life and also the right to carry on such functions and activities as constitute the bare minimum expression of the human-self» (*Francis Coralie Mullin v. The Administrator, Union Territory of Delhi* (1981) 1 SCC 529). In Yorke’s opinion, among the positive obligations arising from the fundamental right («to promote the right to life») are «reducing infant mortality» or «increasing life expectancy, which will involve having an adequate healthcare service to tend to the population’s health needs» (J. YORKE, *Introduction*, in J. YORKE (ed.), *The Right to Life and the Value of Life: Orientations in Law, Politics and Ethics*, Farnham, 2010, 4).

⁴⁹ Inter-American Court of Human Rights *Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia: Medioambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el*

3. The relationship between the right to life and assisted death

As described above, the right to life is a guarantee. It is a negative or reactional right which imposes on the public authorities a prohibition (not to cause death) as well as a set of positive duties (to protect the lives of those under their jurisdiction). Therefore, a hypothetical right to end one's own life, whether or not with the help of others, is simply alien to it. From this point of view, the right to life shows an inelasticity which is consistent with the way it is repeatedly proclaimed and interpreted.

This brings us to an extremely illuminating fact: even those jurisdictions that recognize the constitutional legitimacy of assisted death do not accommodate it in the right to life. Neither the Colombian Constitutional Court, nor the Canadian Supreme Court, the Italian Constitutional Court or the German Constitutional Court, which have all recognized, though with different scope, the constitutionality of assisted death, have altered the «existential» understanding of the fundamental right to life.

In this sense, the Colombian Constitutional Court has inferred from the Constitution a fundamental right to a dignified death which entitles the individual to manage the final moments of his life in a medicalised context⁵⁰. And the Canadian Constitutional Court⁵¹, the Italian Constitutional Court⁵² and the German Constitutional Court⁵³ have found the criminal legal framework on assisted death to be unconstitutional on two separate but related grounds. On the one hand, the existence of a constitutional context of rights and principles which empowers individuals with a capacity of self-determination with regard to one's own death whose scope varies and, on the other hand, the fact that current laws governing end of life decisions are flawed because of inconsistencies.

Furthermore, the doctrine of those four courts and of the European Court of Human Rights show that the right to life neither precludes the recognition of assisted death⁵⁴ nor that they are totally unrelated. On the contrary, the positive duties arising from the right to life have important implications for the eventual regulation of assisted death.

Thus, while the nature of the fundamental right has not changed, the interpretation of the positive duties arising from it has: in the light of the constitutional rights and principles involved, the free and

medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) §§ 111 y 121.

⁵⁰ See, mainly, Decisions C-239/97 and T-970/14.

⁵¹ *Carter v. Canada (Attorney General)* 2015 SCC 5.

⁵² Decisions 207/2018 and 242/2019 (*Cappato*).

⁵³ Judgement of February 26th 2020, which enshrines the «right to a self-determined death».

⁵⁴ As the Canadian Supreme Court explains in *Carter*, «[...] we do not agree that the existential formulation of the right to life *requires* an absolute prohibition on assistance in dying, or that individuals cannot “waive” their right to life. This would create a “duty to live”, rather than a “right to life”, and would call into question the legality of any consent to the withdrawal or refusal of lifesaving or life-sustaining treatment. The sanctity of life is one of our most fundamental societal values. Section 7 is rooted in a profound respect for the value of human life. But s. 7 also encompasses life, liberty and security of the person during the passage to death. It is for this reason that the sanctity of life “is no longer seen to require that all human life be preserved at all costs” (*Rodriguez*, at p. 595, per Sopinka J.). And it is for this reason that the law has come to recognize that, in certain circumstances, an individual's choice about the end of her life is entitled to respect» (*Carter v. Canada (Attorney General)* 2015 SCC 5 § 63).

responsible will of a person to end her life and to do so with the assistance of others does not yield, at least under certain well defined circumstances, to the State's obligation to protect life.

The doctrine of the European Court of Human Rights, which the German Constitutional Court has somehow taken to its last consequences, is the perfect example of how the traditional scenario regarding assisted death has subtly and progressively changed. Indeed, the Courts' understanding of the positive duty to protect human life (article 2 ECHR) has evolved through a gradual recognition of the principle of personal autonomy and the belief that end of life decisions are reflected in the right to private life (article 8 ECHR)⁵⁵.

Initially, the Court clearly excluded any assistance in the death of others from the concept of privacy «by virtue of [its] trespass on the public interest of protecting life»⁵⁶. It was even possible to infer from its doctrine that the individual's will yielded to the public authorities' positive duty to protect life⁵⁷. In the end, the Court has recognized that article 2 ECHR cannot prevail over a free and responsible person's resolution to end her life, but rather obliges the State to adopt preventive measures precisely to ensure that her will is free and responsible and to protect vulnerable persons⁵⁸. Furthermore, the Court has concluded that the decision to end one's own life is protected by article 8 ECHR. In this sense, the Court's doctrine has evolved from the assertion that it was «not prepared to exclude» that preventing the applicant «by law from exercising her choice to avoid what she considers will be an undignified and distressing end to her life» constitutes «an interference with her right to respect for private life»⁵⁹, to expressly affirm that «an individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence, is one of the aspects of the right to respect for private life»⁶⁰. This has transformed the discussion: the debate *is no longer* whether a right to end one's own life and to do so with the help of others exists, but rather how and with which requirements and restrictions it can be recognized and regulated⁶¹.

⁵⁵ The Court's case-law ranges from the examination of the justification of the blanket prohibition on assisted death (*Pretty*) to the State's positive duties and the requirements to access assisted death in those jurisdictions which have adopted «a liberal approach» on the matter (*Haas, Koch and Gross*). And it has done so in relation to the will to die of those who are not capable of taking their own lives due to their clinical condition (*Pretty and Koch*), to those who suffer from a mental illness (*Haas*) and to those who are simply tired of living (*Gross*).

⁵⁶ EComHR *R v. United Kingdom* (1983) § 13.

⁵⁷ ECtHR *Keenan v. United Kingdom* (2001); *vid.*, in this sense, Lord Bingham in *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)* [2001] UKHL 61 § 8.

⁵⁸ ECtHR *Haas v. Switzerland* (2011) §§ 54 and 57.

⁵⁹ ECtHR *Pretty v. United Kingdom* (2002) § 67.

⁶⁰ ECtHR *Haas v. Switzerland* (2011) § 51; ECtHR *Koch v. Germany* (2012) § 52; and ECtHR *Gross v. Switzerland* (2013) § 59, where the Court expressly appeals to the applicant's «right to end her life» (§ 66).

⁶¹ J. DORSCHIEDT, *Euthanasia and physician-assisted suicide from a human rights perspective*, in B. TOEBES et al. (eds.), *Health and Human Rights in Europe*, Antwerp, 2012, 188. It is true that the vast majority of the Council of Europe member States have translated the positive duties imposed by article 2 ECHR into the blanket prohibition on assisted death probably after evaluating their (in)capacity to neutralize its inherent risks; see ECtHR *Haas v. Switzerland* (2011) § 55.

And this is, precisely, where the crux of problem lies: how can we guarantee the freedom and responsibility of an irreversible decision while complying with the duty to protect human life imposed by the fundamental right to life?

This perspective explains the procedural safeguards usually adopted by those legal orders that have legalised assisted death in order to verify that the decision to die is reached freely and responsibly (for example, the need to reiterate the decision or the process of informing patients about alternative therapeutic choices, such as availability of palliative care). Moreover, some jurisdictions seem to share the belief that the model most consistent with the obligations arising from the right to life is a «medicalised» one⁶², because it provides more certainty and safety to the patient (to die without pain and suffering) and more effective implementation of the aforementioned safeguards.

But, as the German Constitutional Court doctrine shows, those precautions usually transcend the obligation to preserve life and force us to face some apparent inconsistencies. The principal question is how to justify that a faculty apparently innate to every person regardless of circumstances (to decide how and when her life will end) is nonetheless legalised taking into account her clinical condition as a substantive requirement⁶³. To put it from a different perspective: if the goal is to guarantee freedom and responsibility and to protect the vulnerable (*Carter, Pretty, Haas, Cappato*)⁶⁴, how can we justify the clinical restrictions usually adopted when legalising assisted death?

The traditional conception of the obligation to protect life as being independent of the person's will overcame these apparent inconsistencies: under the extreme circumstances that usually entitle an individual to seek assisted death where it has been regulated, the duty to protect life would simply yield. Otherwise, the imposition of the obligation to preserve life would be disproportionate. We can still trace this rhetoric in the references to the suffering of those who request assistance to die and the extremely dramatic situations they face, which are very often acknowledged in the reasoning of those courts that have legalised it. The problem, however, is that this conception of the obligation to preserve life is probably no longer compatible with the constitutional framework of principles, values and rights and with how its interpretation has evolved. This explains why courts do no longer conceive the preservation of life *per se* as the justification to prohibit assisted death, but the difficulties to ensure freedom and responsibility and the protection of those who are vulnerable. In this sense, we have progressively shifted from an absolute to a contingent justification of the «blanket prohibition»⁶⁵.

⁶² See, for example, the Italian Constitutional Court doctrine.

⁶³ As the Court explains in its 26th February 2020 decision, the «right to a self-determined death» cannot be circumscribed to a clinical condition or to any other substantive circumstances alien to the individual's will. On the contrary, the right belongs to every person at every stage of her life and there is no need for her to explain or to justify her free decision to die: State and society must respect it as an expression of self-determination.

⁶⁴ This is of course a contingent argument, because if the risks could be neutralized there would be no reasons against the legalisation of assisted death.

⁶⁵ But we cannot forget either the apparent contradiction present in the fact that those usually entitled with the faculty to end their lives with the assistance of others are, at the same time, usually considered to be vulnerable. Maybe it's time to boldly acknowledge that «the real question [...] is how much risk to the vulnerable we are prepared to accept [...] in order to facilitate suicide by the invulnerable» (Lord Sumption in UK Supreme Court, *R (on the application of Nicklinson and another) (Appellants) v. Ministry of Justice (Respondent); R (on*

4. Final remarks

This paper opened with the following question: what is the relationship, if any, between the right to life and a hypothetical capacity to end one's own life, especially with the help of others?

The preceding pages have explored the nature and the content of the right to life to conclude that it cannot accommodate a right to end one's own existence, with or without the help of others. But, as it has been shown, that conclusion does not mean they are unrelated; nor does it mean that the right to life precludes a recognition of that capacity. Indeed, the two are inevitably linked. A connection arises from the positive duty of the State to protect human life imposed by the right to life: it can no longer nullify the free and responsible decision to die, but obliges to adopt safeguards to ensure freedom, responsibility and the protection of the most vulnerable.

It is true that after evaluating its inherent risks, most legal orders have translated that obligation into the blanket prohibition of assisted death. But this prohibition coexists with the legitimacy of decisions that *de facto* allow individuals to choose death over life, even with the necessary assistance of others. As the doctrines of the Canadian Supreme Court and the Italian Constitutional Court show, this normative situation seems increasingly difficult to explain. Are we approaching an *impasse*? Have we entered a «no man's land» between, on the one hand, a blanket prohibition on assisted death whose constitutionality is increasingly difficult to uphold and, on the other, the lack of express constitutional support, but not rejection, to a right to assisted death? Such uncertainty will only increase if legislators do not face it, thus leaving decisions to the judges⁶⁶.

In fact, some courts have acknowledged that it is the responsibility of parliamentary lawmakers to debate and enact appropriate regulations in this domain. For example, and in order to allow the Parliament to exercise appropriate legislative power to establish comprehensive regulations and to avoid the problems deriving from a legal void, the Canadian Supreme Court suspended in *Carter* the declaration of invalidity of the current legal framework on assisted death and, in *Cappato*, the Italian Constitutional Court adjourned the case until a new hearing one year later in the spirit of a «loyal institutional collaboration» with the Parliament. The UK Supreme Court expressly refused rule on the blanket ban on assisted death reasoning that the Parliament, as the democratic representative body, is much better situated to deal with such thorny issues (*Nicklison and Conway*)⁶⁷. And the Irish Su-

the application of AM) (AP) (Respondent) v. The Director of Public Prosecutions (Appellant); R (on the application of AM) (AP) (Respondent) v. The Director of Public Prosecutions (Appellant) [2014] UKSC 38 (2014) § 229.

⁶⁶ «[...G]overnments are normally reluctant to stir up opposition and risk a backlash on the part of influential interest groups. The politically astute strategy is to avoid dealing with these issues unless compelled to do so» (L.W. SUMMER, *Assisted Death: A Study in Ethics and Law*, Oxford, 2011, 210).

⁶⁷ UK Supreme Court *R (Nicklison and other) v. Ministry of Justice; R (AM) v. General Prosecutor [2014] UKSC 38 (2014)*. More recently, the Court has asserted that «[u]nder the United Kingdom's constitutional arrangements, only Parliament could change this law. But the Supreme Court could, if it thought right, make a declaration that the law was incompatible with the Convention rights, leaving it to Parliament to decide what, if anything, to do about it [...]. These are questions upon which the considered opinions of conscientious judges may legitimately differ [...]. Ultimately, the question for the panel is whether the prospects of Mr Conway's succeeding in his claim before this court are sufficient to justify our giving him permission to pursue it [...]. [I]t has been concluded that in this case those prospects are not sufficient to justify giving permission to appeal» (*R (Conway) v. Ministry of Justice* (November 27th 2018) §§ 7 and 8). Lord Steyn had already argued in *Pretty* that «[i]f s 2 of the 1961 Act is held to be incompatible with the convention [...] such a fundamental change cannot be

preme Court, after upholding the constitutionality of the absolute ban on assisted death, hinted at the possibility of reconsidering the current criminal framework within the Constitution when extreme and dramatic circumstances occur⁶⁸.

Are the Parliaments of those jurisdictions where the *blanket prohibition* still stands running out of time? Is the clock ticking? Just imagine: what would happen if the ECtHR, in an «à la Carter» change of doctrine, were to conclude that the blanket prohibition on assisted death can no longer be justified under the ECHR?

Reviews

brought about by judicial creativity. If it is to be considered at all, it requires a detailed and effective regulatory proposal. In these circumstances it is difficult to see how a process of interpretation of convention rights can yield a result with all the necessary in-built protections. Essentially, it must be a matter for democratic debate and decision-making by legislatures» (House of Lords *R (Pretty) v. General Prosecutor and Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 61 (2001) § 57).

⁶⁸ «The Court accepts [...] that the legislation in question called for a careful assessment of competing and complex social and moral considerations [...] which legislative branches of government are uniquely well placed to undertake [...]. There can be no doubt but that Article 40.3.2 imposes a positive obligation on the State to protect life [...]. The precise extent of the State's obligation in any given circumstance is, however, a matter which may require careful analysis and, at least in some cases, require a careful balancing of other constitutional considerations [...]. It may well be, therefore, that as part of its obligation to vindicate the right to life, the State is required to seek to discourage suicide generally and to adopt measures designed to that end. It does not, however, necessarily follow that the State has an obligation to use all of the means at its disposal to seek to prevent a person in a position such as that of the appellant from bringing her own life to an end [...]. Nothing in this judgment should be taken as necessarily implying that it would not be open to the State, in the event that the Oireachtas were satisfied that measures with appropriate safeguards could be introduced, to legislate to deal with a case such as that of the appellant. If such legislation was introduced it would be for the courts to determine whether the balancing by the Oireachtas of any legitimate concerns was within the boundaries of what was constitutionally permissible» (Irish Supreme Court *Fleming v. Ireland and others* [2013] IESC 19 (2013) §§ 106, 107 and 108).

The Role of Legal Proxies in End-of-Life Decisions in Albania: the need for an *ad hoc* Law

*Denard Veshi, Ervin Pupe, Maksim R. Haxhia, Carlo Venditti, Raffaele Picaro, Enkelejda Koka, Edmond Konini, Michele Biring-Pani**

THE ROLE OF LEGAL PROXIES IN END-OF-LIFE DECISIONS IN ALBANIA: THE NEED FOR AN *AD HOC* LAW

ABSTRACT: Western European public policy includes end-of-life situations. Ergo, an in-depth investigation here analyzes the Albanian legislature relating to end-of-life decisions by concentrating on the role of legal proxy in end-of-life decisions. This paper explores the Albanian legal system, national medical jurisprudence, with special attention paid to the Code of Medical Ethics. Also included are publications written by the two main advisory public bodies on health issues: the National Ethics Committee and the National Committee of Health. Following a discussion of the fundamental role of a legal proxy in end-of-life decisions, and taking into account the experience of some Western European countries, some policy suggestions become clear. In the conclusion, this paper emphasizes the need for ad hoc legislature to establish the role of legal proxy in end-of-life decisions as well as the utilization of the international framework as a source of guidance to address the shortcomings in the national system in the interim.

KEYWORDS: Albania; end-of-life decisions; living will; surrogate; Western European Countries

* Denard Veshi: Chair of the Jean Monnet EU Centre of Excellence, University of New York Tirana. Mail: denardveshi@unyt.edu.al. Ervin Pupe: Judge, High Court of Albania. Mail: ervin.pupe@gjykataelarte.gov.al. Maksim R. Haxhia: Senior Partner, Haxhia & Hajdari Attorneys at Law, Tirana. Mail: maks@lawfirmh-h.com.al. Carlo Venditti: Full Professor, University of Campania Luigi Vanvitelli. Mail: carlo.venditti@unicampania.it. Raffaele Picaro: Full Professor, University of Campania Luigi Vanvitelli. Mail: raffaele.picaro@unicampania.it. Enkelejda Koka: Head of Department of Law, University of New York Tirana. Mail: enkelejdakoka@unyt.edu.al. Edmond Konini: General Secretary, Albanian Chamber of Advocacy. Mail: edmond.konini@dhka.org.al. Michele Biring-Pani: Lecturer, University of New York Tirana. Mail: michelepani@unyt.edu.al. The study was supported by Erasmus+ Jean Monnet Activities. Denard Veshi, Ph.D., is the winner of 610655-EPP-1-2019-1-AL-EPPJMO-MODULE and of 610495-EPP-1-2019-1-AL-EPPJMO-CoE in addition to be member of 620226-EPP-1-2020-1-AL-EPPJMO-MODULE. D. Veshi, Ph.D., would like to thank the student research team (Bashkim Kuka, Emila Hoxha, Rea Ajazi, and Xhesika Serjani) for their comments and suggestions in the first presentation of this scientific contribution as well as for the aid in the translation of the Albanian legislation. The article was subject to a double-blind peer review process.

PhD Veshi, Prof. Dr. Haxhia, PhD Koka, Ad. Konini, and MSc. Biring-Pani wrote paragraph 1. Introduction; Assoc. Prof. Dr. Pupe wrote paragraph 2. The importance of a legal proxy in end-of-life decisions; Prof. Dr. Venditti wrote paragraph 3. Legal proxy in end-of-life Decisions in Albania: Policy Suggestions; Prof. Dr. Picaro wrote paragraph 4. Conclusion.

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The importance of a legal proxy in end-of-life decisions – 3. Legal proxy in end-of-life Decisions in Albania: Policy Suggestions – 4. Conclusion.

1. Introduction

In the last three decades, Albania has increased the protection of the right to health. Indeed, Albanian legislators made an historical decision by recognizing dignity in the constitution for the first time in 1998¹. The current constitution's preamble acknowledges dignity and continues to be one of the essential axioms among the Albanian constitutional principles.

Several multilateral conventions protect the patient's right to self-determination such as the *European Convention on Human Rights and Biomedicine* (Oviedo Convention), the *European Convention of Human Rights* (ECHR), and the *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Albania ratified all three of these international conventions, the latter of which has had the equivalent authority and conditions as other European Union (EU) treaties (Article 6 TEU) since December 1, 2009. In addition, in the majority of the basic national laws of the EU-27, the right to health is also a constitutional right². However, national policies on end-of-life situations vary among parliaments due to the diverse moral compasses of politicians³.

The importance of legal proxy in end-of-life decisions has long been recognized by the ethics and legal communities⁴. Here, a thorough analysis of end-of-life decisions in Albania concentrate on the role of legal proxies. Unfortunately, Albania's legislation lacks a particular provision regarding Advance Directives (ADs) in general, let alone legal proxies. This contribution searches for case-law dealing with end-of-life situations in the Albanian but fails to uncover any such cases⁵. Additionally, no publications could be found governing end-of-life situations or ADs after looking at the two principal national health advisory organizations: the National Ethics Committee⁶ and the National Committee of Health⁷. Furthermore, this paper takes into account the Albanian legal system by concentrating on

¹ L. OMAR, A. ANASTASI, *Constitutional Law*, Tirana, 2008.

² D. VESHI, *Long-term care in some Western European countries: The role of public and private sectors*, in *Politica del Diritto*, 48, 2017, 717 ff.

³ D. VESHI, G. NEITZKE, *Advance directives in some western European countries: a legal and ethical comparison between Spain, France, England, and Germany*, in *European Journal of Health Law*, 22, 2015, 321 ff.

⁴ D. VESHI, E. KOKA, C. VENDITTI, *The importance of legal proxy in end-of-life decisions in some western European countries*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in Campo Sanitario*, 39, 901 ff; B. BLACK, et al., *Surrogate decision makers' understanding of dementia patients' prior wishes for end-of-life care*, in *Journal of aging and health*, 21, 2009, 627 ff; E. VIG, et al., *Beyond substituted judgment: How surrogates navigate end-of-life decision-making*, in *Journal of the American Geriatrics Society*, 54, 2006, 1688 ff; J. CHAMBERS-EVANS, F.A. Carnevale, *Dawning of awareness: the experience of surrogate decision making at the end of life*, in *Journal Clinical Ethics*, 16, 2005, 28 ff; R.S. ALLEN, J.L. SHUSTER JR, *The role of proxies in treatment decisions: evaluating functional capacity to consent to end-of-life treatments within a family context*, in *Behavioral sciences & the law*, 20, 2002, 235 ff; N.R. ZWEIBEL, C.K. CASSEL, *Treatment choices at the end of life: a comparison of decisions by older patients and their physician-selected proxies*, in *The Gerontologist*, 29, 1989, 615 ff.

⁵ B. BARA, G. VYSHKA, *A right to die: a comparing discourse of case laws in united states of America, European court of human rights, United Kingdom and Albania*, in *European Journal of Bioethics*, 5, 2014, 135 ff.

⁶ Decision of the Council of Ministers Nr.595 of September 21st, 1998.

⁷ Article 6/1 Law no. 107 of March 30th, 2009.

the Criminal Code and the Civil Code as well as on the Law of HealthCare⁸. The Code of Medical Ethics uncovers the only piece of Albanian legislation which mentions legal proxies in end-of-life situations. Of course, international conventions ratified by Albania are also examined in detail, including the Oviedo Convention and the Recommendation REC(2009)¹¹.

The following section, Section 2, discusses the value of legal proxies in end-of-life decisions by looking at the advantages of legal proxies compared to “living wills”. In addition, the standpoints of bio-ethical and legal communities along with national codes are taken into consideration to demonstrate the central role of a legal proxy in end-of-life situations. Afterward, in Section 3, various laws in Western European countries are explored to formulate policy recommendations. In the conclusion, the authors argue that the current absence of an *ad hoc* law ruling end-of-life decisions does not (adequately) protect patient autonomy and, consequently, the patient’s right to self-determination. Policy recommendations are suggested as well as practical advice on execution. However, in the interim, national judges should utilize the international legislature as well as the constitutional interpretation of current law until the Albanian Parliament issues legal guidance on end-of-life situations.

2. The importance of a legal proxy in end-of-life decisions

This section focuses on the central reasons for legal proxies and their significance in end-of-life decisions. After recognizing legal proxies as part of the broader term ADs, it becomes clear how legal proxies complement living wills. Indeed, this section will explore the meaning of ADs, comparing both living wills and surrogates. The flaws of living wills, in this section, uncover the necessity for the nomination of a legal proxy, highlighting the advantage of surrogacy.

ADs, simply put, is defined as a set of medical preferences declared by a citizen exercising the right to autonomy for future clinical treatment or treatments in case the patient becomes incapacitated and, therefore, unable to express these preferences at that time⁹. This medical declaration may take on two forms: the “living will” or the “surrogate will”. Both forms complement one another from a medical and legal standpoint¹⁰.

In the first form, citizens may write what is known as a “living will”. This document contains the directives for clinical preferences regarding treatments that the citizen wishes to undergo or not, as well as conditions for specific medical care, in case of future incapacity¹¹. Several problems emerge through this type of AD. First, the directions contained in the document might not be specific enough or clear enough and are not useful for decision-making purposes¹². Second, it is difficult to imagine which decisions are to be made at some future point in time because the health condition is un-

⁸ Law no. 107 of March 30th, 2009.

⁹ M.E. DE BOER, et al. *Advance directives in dementia: issues of validity and effectiveness*, in *International Psychogeriatrics*, 22, 2010, 201 ff.

¹⁰ M. ESCHER, et al. *Impact of advance directives and a health care proxy on doctors' decisions: a randomized trial*, in *Journal of Pain and Symptom Management*, 47, 1, 2014, 1 ff.

¹¹ British Medical Association, *Statement on Advance Directives*, London, 1992.

¹² G NEITZKE, *Umgang mit Patientenverfügungen in der Praxis*, in *Public Health Forum*, 21, 2013, 12 ff.

known¹³. Third, future technology and advancements in the medical field further cloud the prediction of medical options. That is, between the time the citizen writes the living will and the time it is executed, medical treatments may have developed and advanced, making options written in the living will obsolete¹⁴. Lastly, a “static” document does not contain the necessary flexibility to encompass changes in patient preferences over time, especially when faced with the reality of certain critical illnesses and vital health conditions¹⁵.

In the second form, the citizen gives healthcare decision-making power to another citizen, a “surrogate”, in what is known as a “surrogate will”. A surrogate must not only be aware of the patient’s preferences, but the surrogate must also be clear on the patient’s underlying principles and values¹⁶. The surrogate is an extension of the patient autonomy and the exercise of the patient’s right to self-determination¹⁷. Additionally, surrogates must select medical options for the unconscious patient which the patient would have selected if able and lucid.

Surrogacy, although not a perfect solution, is best suited to mitigate issues with living wills¹⁸. Lawmakers are cognizant of such limitations and problems of living wills as well as the benefits of a legal proxy. The surrogate in Germany, for example, is obliged to check the compatibility of the patient’s preferences with the current times and medical situation at hand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, Article 1901a). In England, Article 25(2)(b) of the Mental Capacity Act 2005 invalidates any living will if, after its creation, the citizen appoints to a proxy an enduring power of attorney that grants the authority to accept or reject medical treatment related to advance directives. Additionally, until March 2015, France went a step further in its Article 1111-4 of the *Code de la Santé Publique*, stating that only when there is an absence of a surrogate and/or family members will the patient’s living will be considered. However, after 2015, according to the new law, patients shall designate a surrogate when hospitalized. An empirical study in France led to this since it revealed that this method is likely to be more effective since patients report the use of a legal proxy more than three times more often than a “living will”¹⁹. Similarly, Italian law follows suit. Article 6 (2) of the Italian law no. 219 of December 22nd, 2017 establishes a legal proxy and limits the authority and interaction of healthcare providers with others by stating that the surrogate is «the only legally authorized person to interact with the physician and undertakes to act in the exclusive and best interest of the patient, operating always and only according to the intentions legitimately expressed by the subject in the living will» [author

¹³ A.N. RUBIN, K.A. BRAMSTEDT, *Examining the root cause of surrogate conflicts in the intensive care unit and general wards*, in *Monash Bioethics Review*, 29, 2010, 38 ff.

¹⁴ U.K. BRAUN, A.D. NAIK, L.B. MCCULLOUGH, *Reconceptualizing the experience of surrogate decision making: reports vs genuine decisions*, in *The Annals of Family Medicine*, 7, 2009, 249 ff.

¹⁵ M.N. WITTINK, et al. *Stability of preferences for end-of-life treatment after 3 years of follow-up: the Johns Hopkins Precursors Study*, in *Archives of Internal Medicine*, 168, 2008, 2125 ff; P.H. Ditto, et al. *Stability of older adults' preferences for life-sustaining medical treatment*, in *Health Psychology*, 22, 2003, 605 ff.

¹⁶ K.A. BRAMSTEDT, *Questioning the decision-making capacity of surrogates*, in *Internal Medicine Journal*, 33, 2003, 257 ff.

¹⁷ A.E. BUCHANAN, et al., *Deciding for others: the ethics of surrogate decision making*, Cambridge, 1989.

¹⁸ S.K. WALLACE, et al., *Influence of an advance directive on the initiation of life support technology in critically ill cancer patients*, in *Critical care medicine*, 29, 2001, 2294 ff.

¹⁹ C. ROGER, et al., *Practices of end-of-life decisions in 66 southern French ICUs 4 years after an official legal framework: a 1-day audit*, in *Anaesthesia Critical Care & Pain Medicine*, 34, 2015, 73 ff.

translation]. Ergo, the healthcare legal proxy must always act in accordance with the patient's wishes and intentions, especially if expressed also in a living will, and has the full legal right according to the Italian law to engage with the medical staff²⁰.

While the living will is a "static" piece of writing, a legal proxy offers the possibility of updating the patient's wishes and preferences to the situation at the time of execution. A look at case law uncovers national court rulings that this is essential. One court in Germany ruled to appoint a legal proxy, even in light of the existence of clear advance medical directives for the interpretation and guidance on their application (Bundesverfassungsgericht, BvR 618/93, 2 August 2001 (2001) BVerfG NJW 2002, 206). That case involved a Jehovah's Witness who had clearly rejected blood transfusions when conscious and lucid. This particular medical treatment, the blood transfusion, became necessary while she was incapacitated temporarily. Although given the clear membership to the Jehovah's Witness, the judge ruled that his wife be appointed as his healthcare surrogate. The wife interpreted his wishes as changing due to the particular circumstances and permitted the blood transfusion to take place. Despite the fact the wife acted against his assumed husband's wishes, he did not, notably, sue his wife.

Although the appointment of surrogate has its own advantages, patients must trust their healthcare legal proxy fully and choose carefully. The selection of a surrogate is risky because surrogates are authorized the medical decision-making ability at some level of their own discretion²¹. Even though, these risks are well-known²², patients trust their surrogates because trust is part of human nature²³. The idea of surrogacy identifies people as stories, viewing their lives narratively²⁴. Solutions that lack a narrative perspective do not adequately identify a person and ultimately fail²⁵. Additionally, the substitute judgment principle encompasses this concept well²⁶ since the proxy must advocate for the options that best further portray the patient's life story²⁷. For example, the concluding chapter of an incapacitated person's life should protect the patient's autonomy by narrating a quick death if the patient was vibrant in life, instead of persisting through life by artificial means²⁸.

Furthermore, studies reveal the overwhelming preference of patients for decision-making capabilities to loved ones²⁹. In the Mediterranean culture, there is a strong sense of connection to the community. Therefore, it is often easier for the surrogate to identify with the patient, the patient's de-

²⁰ D. VESHI, E. KOKA, C. VENDITTI, *op. cit.*

²¹ A. BAIER, *Moral prejudices: Essays on ethics*, Harvard, 1995.

²² O. LAGERSPETZ, *The Notion of Trust in Philosophical Psychology*, in *Commonality and Particularity in Ethics*, London, 1997.

²³ A. BAIER, *op. cit.*

²⁴ A. MACINTYRE, *After Virtue: a Study in Moral Theory*, Notre Dame, 1984.

²⁵ P. RICOEUR, *Oneself as Another*, Chicago, 1990.

²⁶ B. STEINBOCK, *The Oxford handbook of bioethics*, Oxford, 2007.

²⁷ H. BRODY, *Stories of sickness*, Oxford, 2002.

²⁸ J. BLUSTEIN, *Choosing for others as continuing a life story: the problem of personal identity revisited*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 27, 1, 1999, 20 ff.

²⁹ C.M. PUCHALSKI, et al., *Patients who want their family and physician to make resuscitation decisions for them: Observations from SUPPORT and HELP*, in *Journal of the American Geriatrics Society*, 48, S1, 2000, S84 ff; J. TSEVAT, et al., *Health values of hospitalized patients 80 years or older*, in *Journal of American Medical Association*, 279, 5, 1998, 371 ff; J. M. TENO, et al., *Do advance directives provide instructions that direct care?*, in *Journal of the American Geriatrics Society*, 45, 1997, 508 ff.

sires, and to make medical decisions on their behalf³⁰. In Southern Europe, studies show that family members tend to care for one another, and, furthermore, the patient's family are often told more information about the patient's health than the patient³¹.

To sum up, the "living will" falls short of expectations³². A legal proxy achieves its success by its ability to adapt and interpret patient's preferences in advanced directives. Several national laws have codified the importance of legal proxy in end-of-life decisions.

3. Legal proxy in end-of-life Decisions in Albania: Policy Suggestions

The surrogate will appoint a legal proxy in writing for matters relating to health³³. This legal proxy is authorized to select healthcare options for the agent if and when the agent becomes incapacitated. The patient's right to self-determination extends through the legal proxy and therefore remains protected³⁴. The surrogate must channel the patient and act in the patient's place while suspending his own judgment to decide as the patient would³⁵. Ergo, the legal proxy selects options the patient would also choose, if possible, however, not necessarily the personal preferences of the surrogate.

Albania does not have an *ad hoc* law ruling the role of legal proxy in end-of-life decisions. Generally, a power of attorney can act while the agent is fully, legally competent (Article 76(1)(c) of the Albani-

³⁰ A. MENACA, et al., *End-of-life care across Southern Europe: a critical review of cultural similarities and differences between Italy, Spain and Portugal*, in *Critical reviews in oncology/hematology*, 82, 2012, 387 ff.

³¹ M. COSTANTINI, M. BECCARO, I.J. Higginson, *Cancer trajectories at the end of life: is there an effect of age and gender?*, in *Bmc Cancer*, 8, 2008, 127 ff; P.G. Rossi, et al., *Dying of cancer in Italy: impact on family and caregiver. The Italian Survey of Dying of Cancer*, in *Journal of Epidemiology & Community Health*, 61, 2007, 547 ff.

³² R.J. JOX, et al., *Substitute decision making in medicine: comparative analysis of the ethico-legal discourse in England and Germany*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 11, 2008, 153 ff; T.J. PRENDERGAST, *Advance care planning: pitfalls, progress, promise*, in *Critical care medicine*, 29, 2001, N34 ff; J. TENO, et al., *Advance directives for seriously ill hospitalized patients: Effectiveness with the patient self-determination act and the SUPPORT intervention*, in *Journal of the American Geriatrics Society*, 45, 1997, 500 ff.

³³ In English, German and Romance-speaking countries, the phrases used to indicate the surrogate are: in France, *personne de confiance* (Article 1111-6 of the French Public Health Code; official translation: "patient's personal advocate"); in Germany, *Bevollmächtigter* (Article 1901a of the BGB; official translation: "authorised representatives"); in Ireland, the «attorney» (Article 59 of the Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 (Ire)); in England, the «donee of lasting power of attorney for donor's personal welfare» (Article 9 of the Mental Capacity Act of 2005 (UK)); in Scotland, «welfare attorney» (Article 16 of the Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000 (UK)); and in Spain, «representative» (Article 11 of the Law No 41 of 14 November 2002). In the other countries where we did not find an official translation, the legal notions used to indicate this legal proxy are: *Bevollmächtigter* in Austria (Article 284f of the Civil Code); *fiduciario* in Italy; *procurador de cuidano de saúde* in Portugal; and *Vertrauensperson* or *Vorsorgebeauftragter* in Switzerland (Article 378 of the Swiss Civil Code). In Switzerland, the surrogate could be nominated also from the *Vorsorgeauftrag* (precautionary mandate); in this case, the surrogate has the power to manage even the patient's property. A surrogate nominated in the *Vorsorgeauftrag* must take decisions about the patient's health in accordance with the surrogate nominated in the *Patientenverfügung*: D. Veshi, G. Neitzke, *Advance directives in some western European countries: a legal and ethical comparison between Spain, France, England, and Germany*, cit.

³⁴ A.E. BUCHANAN, *op. cit.*

³⁵ L.A. FROLIK, *Is a guardian the alter ego of the ward*, *Stetson Law Review*, 37, 2007, 53 ff.

an Civil Code (CC)³⁶. Although widespread in other countries³⁷, an *ad hoc* law governing the surrogate's role in end-of-life decisions would necessarily establish an exception to this. In addition, such an *ad hoc* law would also establish an exception to another similar law which states a surrogate is legally valid only for those exchanges with a monetary value (Article 10 CC) and codified in the law (Article 64(2) CC).

Although the Albanian legal framework does not establish specific rules regarding the role of legal proxy in end-of-life decisions, the Albanian Code of Medical Ethics of November 2011 establishes some rules regarding this issue. Issued by the Albanian Order of Doctors, the Code of Medical Ethics³⁸ is a legal document for all physicians (Article 3). Thus, violations can result in disciplinary actions (Article 68 Code of Medical Ethics and Article 1 Regulation of April 8th, 2016 of the Albanian Federation of Physicians).

In fact, a physician is obliged to exercise his own judgment to apply the patient's best interest in the case of a terminally ill patient who is unconscious. According to Article 39 of the Code of Medical Ethics³⁹, it is the physician alone who selects the medical therapy, after consulting with other medical staff and the patient's next of kin. Notably, the medical staff and the patient's next of kin must offer advice, which is in the patient's best interest, whether or not this advice follows the patient's preferences. Consequently, physicians do not take into account living wills. This infringes upon the principles of self-determination and patient autonomy for two main reasons. First, living wills are not considered at all. This is in contrast with article 9 of the Oviedo Convention, which declares «the previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of the intervention, in a state to express his or her wishes shall be taken into account». The Code of Medical Ethics should be aligned not only with the national legal system (constitution, law and bylaws) but must also be in accordance with any international agreements ratified by the country (Article 116 Albanian Constitution). The Oviedo Convention came into effect in Albania in July 2011. Consequently, Article 39 of the Code of Medical Ethics contradicts the Oviedo Convention, which also means that is not in harmony with the constitutional principle established in Article 116 of the Albanian constitution.

Second, physicians, ancillary staff, and patient relatives should consider the patient's wishes, and only act according to the patient's best interests when those wishes are unclear. In other words, a surrogate must select clinical treatment options based upon the patient's best interest only when missing necessary information to make a substitute medical decision. A patient's best interest considers the patient's total wellness. Thus, a surrogate must take into account the patient's emotional, physical, and social health, not merely the illness, injury, or infirmity. Metrics for considering a patient's

³⁶ The proxy terminates when [...] c) the representative or the representee die, or when one of them loses the capacity to act.

³⁷ D. VESHI, E. KOKA, C. VENDITTI, *op. cit.* For instance, in Italy: article 1722 Civil Code or in England: *Enduring Powers of Attorney Act 1985* (UK) s 1.

³⁸ The Order of Doctors was formed for the first time in 1993.

³⁹ Accelerating the end of life or provoking death is contrary to medical ethics. If the patient is unconscious, with no hope of living, the doctor must act at his discretion for the best possible [treatment]. He, in consultation with other colleagues and close relatives of the patient, decides on the therapeutic attitude to be maintained.

best interest must include the life expectancy and prognosis, the quality of life, clinical treatment protocols, as well as the comfort of the patient. Specifically, proxies must take into consideration: (1) the patient's present levels of physical, sensory, emotional, and cognitive function; (2) the quality of life, life expectancy, and prognosis for recovery with and without treatment; (3) the various treatment options and the risks, side effects, and benefits of each; (4) the nature and degree of physical pain or suffering resulting from the medical condition; (5) whether the medical treatment being provided is causing or may cause pain, suffering, or serious complications; (6) the pain or suffering to the patient if the medical treatment is withdrawn; and (7) whether any particular treatment would be proportionate or disproportionate in terms of the benefits to be gained by the patient vs the burdens caused to the patient⁴⁰.

Doing so ensures the protection of patient autonomy and is aligned with the Rec (2009) 11 of the Council of Europe, which is the first document on a European level, which provides guidance for member states in the law reform allowing provisions to be made for future incapacity (Explanatory Report, par. 13). Although this is a *soft-law* document⁴¹ such unenforceable international documents may affect national behavior⁴². Indeed, also the ECtHR utilized *soft-law* documents as legal justification⁴³. For example, neither the UK nor France, at the time, had ratified the Oviedo Convention when the ECtHR invoked it in cases against those countries (ECtHR, Application No. 61827/00⁴⁴ and Application No. 53924/00).

Apart from medicine, no other industry requires ethics and law to work quite as closely together. Consequently, the international legal framework demands patient autonomy, especially with respect to end-of-life decisions. Both fields of ethics and law utilize the same concepts of rules, principles, rights, procedures⁴⁵. In liberal substantive theory, patient rights, especially autonomy, are integral aspects of clinical practice. However, law and ethics differ from one another due to their outcomes. Ethics creates generally-accepted principles, while laws establish particular rules. Additionally, due to ethical dilemmas and competing principles, a standard ethical paradigm is absent⁴⁶. Consider, for example, the principles of patient autonomy and beneficence. In autonomy, self-determination is the priority whereas it is life that is valued in beneficence. The value of life is limitless. Consequently, specific circumstances and facts are indispensable⁴⁷.

⁴⁰ T.M. POPE, *The best interest standard: both guide and limit to medical decision making on behalf of incapacitated patients*, in *Journal of Clinical Ethics*, 22, 2011, 134 ff.

⁴¹ The term *soft law* refers to quasi-legal instruments that do not have any legally binding force. Their infringement does not imply any kind of sanction.

⁴² O. SCHACHTER, *The quasi-judicial role of the Security Council and the General Assembly*, in *The American Journal of International Law*, 58, 1964, 960 ff.

⁴³ D. VESHI, *Studio relativo alla Raccomandazione CM / Rec (2009) 11 in merito agli Stati di lingua latina (Italia, Francia, Portogallo e Spagna), tedesca (Austria, Germania e Svizzera) e inglese (Irlanda e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord)*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale nel Campo Sanitario*, 36, 2015, 1277 ff.

⁴⁴ The UK has not ratified the Convention on Human Rights and Biomedicine of 1997 yet

⁴⁵ H. KUHSE, P. SINGER, *A companion to bioethics*, London, 2013.

⁴⁶ C.C. MACPHERSON, *Global bioethics: did the universal declaration on bioethics and human rights miss the boat?*, in *Journal of Medical Ethics*, 33, 2007, 588 ff.

⁴⁷ J.F. CHILDRESS, *Belmont revisited: Ethical principles for research with human subjects*, Georgetown, 2005.

The recommendation defines «continuing power of attorney» as «a mandate given by a capable adult with the purpose that it shall *remain* in force, or *enter* into force, in the event of the granter's incapacity» (principle 2.1). This definition incorporates several types of attorneys, not only powers of attorney that continue after the granter's incapacity, but also the powers of attorney which enter into force after granter's incapacity has been established⁴⁸. These documents are always unilateral legal transactions, which do not establish a contract with any other person. Physicians or surrogates can interpret or ascertain them; however, this does not constitute a contract. Furthermore, these documents are effective only in case of the granter's incapacity, which is assessed by an impartial expert⁴⁹.

By considering the main principles of the Rec (2009) 11, the Albanian Law should consider the possibility to nominate more than one surrogate. In addition, in the case of the absence of a surrogate, the Law should consider the possibility of an autonomic system of identification by underlying the role of the family. Moreover, the Law shall also take into consideration the identification of an impartial authority to resolve any disagreement between surrogate and physicians or to oversee the surrogate's activity.

Appointing multiple healthcare legal proxies should be an option for Albanian citizens⁵⁰. English-, German-, and Romance-speaking countries do not include this choice in their legislation apart from the Mental Capacity Act⁵¹. Problems might arise if the single legal proxy is unable to be reached, located, or otherwise unavailable⁵². In circumstances involving multiple children, the ability to appoint multiple proxies may indeed prove useful. Additionally, multiple proxies dilute or balance authoritative power issues among families⁵³.

The Albanian parliament, without a clear surrogacy policy, might either apply an automatic surrogacy strategy or *ad hoc* rules. An automatic surrogacy strategy has been applied in Italy, France, Spain, Portugal, and Switzerland⁵⁴. Such a strategy coincides the societal value of equality⁵⁵. Of high national regard, the values of respect for family and privacy as well as subsidiarity correspond well with this

⁴⁸ This difference has been shown even by the fact that the bankruptcy of the attorney will end economic powers, but not welfare powers. The same principle has been expressly recognized established in England and Wales (Article 13(3)), in Scotland (Article 16(7)) and in Ireland (Article 49 (5)(c)).

⁴⁹ Council of Europe. 2014. Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations of May 2014, p. 16.

⁵⁰ Within the English-, German-, and Romance-speaking countries, England is the only country to enshrine this possibility (Article 10(4)). The maximum number of LPAs is 5 (Article 6 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations).

⁵¹ D. VESHI, E. KOKA, C. VENDITTI, *op. cit.*.

⁵² Joint Committee on the Draft Mental Incapacity Bill, *Draft Mental Incapacity Bill 1st Report*, House of Lords Paper No. 189-I, Session 2002-03 (2002), <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt/jtdmi.htm> (last visited: 16/10/2020).

⁵³ Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation CM/Rec(2009)11 and Explanatory Memorandum* (2009) [98].

⁵⁴ In Italy: Article 4(4) Law no. 219 of December 2017; In France: Article 1111-6 of the *Public Health Code*; in Portugal, Article 11 law of 16 July 2012; in Spain: Article 9 law of 14 November 2002; and in Switzerland: Article 378 of the *Swiss Civil Code*.

⁵⁵ S. SAHM, R. WILL, G. HOMMEL, *Attitudes towards and barriers to writing advance directives amongst cancer patients, healthy controls, and medical staff*, in *Journal of Medical Ethics*, 31, 2005, 437 ff.

approach⁵⁶. Further, family proxies are viewed as the most economical and pragmatic in general by many politicians and bioethicists⁵⁷. Lastly, in general, patients tend to appoint relatives as their surrogate⁵⁸.

This strategy is not without its drawbacks. First, with the current divorce rates, in Albania, the nuclear family is not as conventional as in the past⁵⁹. Second, citizens might wish to avoid a relative with values inconsistent with or in direct contradiction to the agent, leading to a system where citizens could “opt-out” such relatives⁶⁰. Third, motivation for a written AD would decrease if an order of surrogates is already determined by law⁶¹.

Another model Albanian lawmaker could enact applies treatment only in cases where it is in the patient’s best interest; thus, the Albanian parliament establishes *ad hoc* rules. Established in the Mental Capacity Act of 2005, this paradigm is applicable in the absence of a living will, surrogate, or a deputy nominated by the Court of Protection. Under this model, only medical treatment deemed to be in the “best interest” of the patient is delivered to the incapacitated legal adult patient. Expanded to encompass also the wishes and values of the patient, in England, the concept of “best interest” is broader than medical interests and includes the patient’s own wishes and values (Article 4(6) of the Mental Capacity Act).

Moreover, the Albanian law should also consider establishing an unbiased arbitration body to supervise legal proxies as well as settle disputes between medical staff and families. Two possible remedies emerge for disputes between proxies and physicians. One, settle the dispute within the healthcare provider. Two, settle the conflict using a legal arbitrator. The former option, utilized in Portugal for cases objecting to suggested treatments, yields faster results relying on clinical standards and principles. The latter, utilized in Germany and Great Britain is more unbiased and objective⁶².

A lack of oversight of the legal proxy’s actions by any authoritative body is glaring. The Mental Capacity Act of 2005, in Article 23, offers a model for the possible adoption by Albanian legislator under which the proxy’s actions are controlled by the Court of Protection. Under this model, the proxy’s actions are supervised only by a judge who must act, not according to medical advice, but instead ac-

⁵⁶ R.J. JOX, *op. cit.*

⁵⁷ S.Y.H. KIM, et al., *Surrogate consent for dementia research: a national survey of older Americans*, in *Neurology*, 72, 2, 2009, 149 ff; M. PROBST, B. KNITTEL, *Gesetzliche Vertretung durch Angehörige—Alternative zur Betreuung?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 34, 2001, 55 ff.

⁵⁸ H. BUDRONI, *The family as proxy*, in *Pflege Zeitschrift*, 67, 10, 2014, 600 ff; J. COHEN-MANSFIELD, et al., *The decision to execute a durable power of attorney for health care and preferences regarding the utilization of life-sustaining treatments in nursing home residents*, in *Archives of Internal Medicine*, 151, 1991, 289 ff. On the contrary: J. NEWMAN, R.E. DAVIDHIZAR, P. FORDHAM, *Multi-cultural and multi-ethnic considerations and advanced directives: developing cultural competency*, in *Journal of Cultural Diversity*, 13, 2006.

⁵⁹ *Birth, Death Marriages in Albania*, <http://www.instat.gov.al/al/temat/treguesit-demografikë-dhe-socialë/lindjet-vdekjet-dhe-martesat/#tab1> (last visited 16/10/2020).

⁶⁰ R.J. JOX, *op. cit.*

⁶¹ D. VESHI, G. NEITZKE, *The Role of Legal Proxies in End-of-Life Decisions in Italy: A Comparison with Other Western European Countries*, in *Journal of Law And Medicine*, 24, 2017, 959 ff.

⁶² In Portugal: Article 9 of the Law No 25 of 16 July 2012; in England and Wales: Articles 45–53 of the *Mental Capacity Act 2005*; in Ireland: Articles 13–32 of the *Assisted Decision-Making (Capacity) Bill 2013*; in Scotland: Article 50 of the *Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000*; in Germany: Article 1904 of the *German Civil Code*.

ording to the patient's self-determination right and who is unbiased to any disputes arising between doctors and the legal proxy⁶³.

There are two main reasons why a third party is necessary for settling conflicts between proxies and medical staff and to oversee the activity of surrogates. One, research demonstrates some proxies might face decreased mental competency due to the increased emotional demands of surrogacy while already struggling with certain previously diagnosed psychological conditions such as stress, depression, and anxiety⁶⁴. Two, the patient's welfare is on occasion subordinate to a proxy's own, sometimes conflicting⁶⁵.

To sum up, in codifying the role of the surrogate in end-of-life decisions, the Albanian legislator should take into consideration not only the international framework – the Oviedo Convention and the Rec (2009) 11 of the Council of Europe – but also the experience of other Western European countries.

4. Conclusion

Appointing a surrogate to act in end-of-life situations is imperative. This appointment best mitigates well-known issues arising from a "static" document created at one time. In further support, judges and legislative bodies have already ruled accordingly.

Ergo, the fundamental role of a proxy within healthcare should be acknowledged by the Albanian Parliament. Legislators can draw on the experience of other European countries. Albanian lawmakers should expand further in this area and enable the selection of multiple healthcare proxies by patients. In addition, since the automatic proxy scheme has its disadvantages, the Albanian law may include it since family is an important institution, which has special constitutional protection (Article 53 Constitution). Furthermore, an objective third party should be established to supervise the legal proxy and adjudicate or arbitrate cases between medical staff and proxies.

Until then, Albanian judges should protect the patient's autonomy by considering the application of the international framework, in particular, the Rec (2009) 11 of the Council of Europe. Although this is a *soft-law* document, the Rec (2009) 11 shows the common European standard in this area. As a result, it may be applied by the ECtHR as a main source to rule a specific case⁶⁶.

Concluding, by considering the experience of other Western European countries, Albania should codify the role of legal proxy in end-of-life decisions since different empirical studies as well as the legal literature has underlined that their nomination protects patient autonomy and, consequentially, the patient's right to self-determination.

⁶³ D. VESHI, G. NEITZKE, *The Role of Legal Proxies in End-of-Life Decisions in Italy: A Comparison with Other Western European Countries*, cit.

⁶⁴ M.D. SIEGEL, et al., *Psychiatric illness in the next of kin of patients who die in the intensive care unit*, in *Critical care medicine*, 36, 2008, 1722 ff.

⁶⁵ T.M. POPE, *Legal fundamentals of surrogate decision making*, in *Chest*, 141, 2012, 1074 ff.

⁶⁶ D. VESHI, *op. cit.*

Health at the time of CoViD-19: tyrannical, denied, unequal health

Carlo Casonato*

HEALTH AT THE TIME OF CoViD-19: TYRANNICAL, DENIED, UNEQUAL HEALTH

ABSTRACT: CoViD-19 is producing a number of changes in the meaning of health. In order to protect our health, States have restricted the exercise of many rights: movement, education, work, etc. Health has thus become a tyrant that crushes all other rights. On the other hand, shortages impose choices for access to intensive care beds, leading to a tragic selection between those who can be treated and those who cannot. In this way, CoViD-19 has denied the health of the excluded. Finally, the pandemic has revealed a condition of great inequality in access to treatment. The article examines these dynamics within a framework of constitutional principles in order to draw lessons for the possible emergence of new pandemics.

KEYWORDS: CoViD-19 pandemic; right to health; tragic choices; shortages; equality

SOMMARIO: 1. Tyrannical health – 2. Denied health – 3. Unequal health – 4. Lessons to be learned.

1. Tyrannical health

Talking about health is not easy. It has never been easy, and nowadays, it is even more difficult. In fact, until yesterday, in our rich societies at least, we were used to take a status of good health for granted. It was the base of all our rights and all our activities: working, meeting colleagues, teaching, spending time with our family and friends, playing our favorite sport, walking, planning holidays, and so on. Health, in short, allowed us to live fully.

Today, on the contrary, health prevents us from living fully. The need to protect health (individual and collective health have never been so linked and opposite, at the same time) imposes measures that are making many people lose their jobs; measures that prevent us from teaching the way we were used to do, and that prevent us from visiting our families and friends, from travelling around, even from having a coffee all together. Nowadays, health has become a tyrant, that crushes all other rights. In this way, health has become the enemy of all our rights; and paradoxically it has become also the enemy of health itself. Healthy lifestyles, in fact, are very important: our health depends, for instance, on not staying too much at home, not spending too much time in front of a computer; our health depends on exercises and workouts, on walking, running, moving in the open air. All these ac-

* Professor of Comparative Constitutional Law at the Faculty of Law of the University of Trento; member of the Italian National Bioethics Committee. carlo.casonato@unitn.it. This paper, presented at the conference *Biolaw, Globalization and Pandemic. Challenges in the context of COVID-19*, International Network of Biolaw, June 11, 2020, has been accepted for publication in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2020.

tions are limited or even prohibited in a number of countries, today. The measures to protect health, therefore, are at the same time the enemy of all our rights, and the enemy of health itself.

Is it possible to draw a legal framework to this tyrannical feature of health? Can we reconcile all these measures (that limit our fundamental rights and liberties) with a constitution-oriented biolaw¹? It is not the first time that the need to protect individuals and the community (the need to protect the *salus rei publicae*) asks for sacrifices and for limitation of liberties. In fighting against terrorism, for example, we have already seen/experienced a number of limitations of rights.

In the USA, for instance, we can go back to *Jacobson v. Massachusetts*, (1905), where we can read as follows: “the liberty secured by the Constitution [...] does not import an absolute right in each person to be at all times, and in all circumstances, wholly freed from restraint. There are manifold restraints to which every person is necessarily subject for the common good”². Obviously, culture and the law have changed a lot since 1905, but the general principle remains valid.

In Europe, a number of Courts expressed a similar view, making clear that exceptional measures limiting fundamental liberties must comply with a number of conditions and guarantees. Italy’s Constitutional Court, for instance, confirmed (in 1982, in an anti-terrorism case) that exceptional measures have to be temporary and limited in time, they must be issued in accordance with a democratic procedure (usually involving Parliament); they must be proportionate (based on a rationality test, they must affect other rights as little as possible in order to protect compelling interests and relevant goals)³. Considering the CoViD-19 pandemic, a fourth condition maybe perhaps added: exceptional measures have to be evidence-based, meaning that their relevance has to be based on scientific evidence, not just on political discretion⁴.

The European Court of Human rights established a similar principle: exceptional measures, limiting fundamental rights, must be limited in time, issued according to the rule of law (with a democratic decision-making process), and they must respect the principle of proportionality, passing a rationality test⁵.

It is not easy to apply all these criteria to the exceptional measures issued for fighting CoViD-19. Nobody knows, for instance, how long the pandemic will last, and if there will be a second wave or another infection. Besides, with the need to respect the social distancing rules, it is not even easy to bring together all members of Parliament.

With the peculiarities of the case, however, it seems necessary, to ensure that inevitable limitations to rights remain exceptional in nature and do not become normal. From this point of view, as painful as it is, we may have to tolerate a tyrant – tyrannical health – but only exceptionally, only for a very limited period of time, with the mentioned procedural and substantial guarantees and the respect of the rule of law and proportionality.

¹ Biolaw is here understood as the law that deals with medicine and life sciences.

² The case considered Massachusetts compulsory vaccination: *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

³ See Corte costituzionale, decision n. 15 of 1982.

⁴ A case in point is the *Model State Emergency Health Powers Act*, issued by the *Center for Law and the Public's Health* at Georgetown and Johns Hopkins Universities after 9/11.

⁵ See, for example, *National Security and European case-law*: <https://bit.ly/3kruTuV>.

2. Denied health

Denied health is a second reason why talking about health today is not easy. So far, we had become used to a broad definition of health. Reading from the Preamble to the Constitution of the World Health Organization, health is not merely the absence of disease or infirmity, health is a state of complete physical, mental and social well-being. This definition entered into force in 1948 and it has not been amended since then.

Today, in the middle of the pandemic, talking about health in such broad terms is, unfortunately, unworkable and unrealistic. In some parts of the world, the number of seriously ill people has exceeded (and is still exceeding) the number of ICU beds, for instance, and it is impossible to guarantee access to the necessary care for everyone. In those situations, selection criteria had to be applied (and are still applied) for access to life saving treatments, such as ventilators. And since “*omnis determinatio est negatio*” (as Spinoza reminds us) this selection means not being able to give treatments to – some – people who need them.

Bioethics and biolaw have dealt a lot with this topic, establishing and questioning criteria for admission to and discharge from ICU beds. In each country, there have been several proposals and, in turn, severe critiques. In *The Lancet*, an article admitted: “Critical care triage to allow the rationing of scarce ICU resources might be needed. Researchers must address unanswered questions”⁶. And many other articles on the need to set criteria for admission to ICU has been published in Journals as such *Jama*, *The British Medical Journal*, *New England Journal of Medicine* and so on. Besides, all national bioethics committees also considered the issue, the *Nuffield Council* in the UK, the bioethics committee in Germany, France, Spain, the *Hastings Center* in the US and others.

In Italy, the National Bioethics Committee published an opinion, on the “pandemic emergency triage”⁷. We focused, as many others, on a number of clinical criteria in order to ensure the maximum benefit for the largest number of patients. We wrote that “Each patient should be seen in the totality of his/her clinical situation, considering all necessary assessment factors, such as: the severity of the clinical condition, comorbidity, pre-existing diseases, and other clinical data”. We have also considered age, not as a unique, cut-off parameter, but in the correlation with the current and prognostic clinical evaluation. The priority – we concluded – should be established by evaluating the patients with the greatest chance of survival. In this way, we also refused to suggest priorities based on fixed categories, established a priori, such as a particular disability or ethnicity or people with dementia or health care workers.

⁶ J. Phua, *Intensive care management of coronavirus disease 2019 (COVID-19): challenges and recommendations*. *The Lancet*, vol. 8(5) May 1, 2020 ([https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600\(20\)30161-2/fulltext?fbclid=IwAR2ULaUJJ0B6XYbVyhaN_HT8qKRVdEHaTSCpzvVJ_9hOEe6y3jguN3wjDU](https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600(20)30161-2/fulltext?fbclid=IwAR2ULaUJJ0B6XYbVyhaN_HT8qKRVdEHaTSCpzvVJ_9hOEe6y3jguN3wjDU)).

⁷ *Covid 19: clinical decision-making in conditions of resource shortage and the “pandemic emergency triage” criterion*, 8 April 2020 (<http://bioetica.governo.it/en/opinions/opinions-responses/covid-19-clinical-decision-making-in-conditions-of-resource-shortage-and-the-pandemic-emergency-triage-criterion/>). I recognize a conflict of interest here, being a member of the Committee.

Other councils and committees adopted similar approaches with a number of different nuances. But all in all, the point is that the pandemic forced doctors to select between people: those to be treated and those not to, with consequence, for the latter, of a denial of treatment and health.

As for health as a tyrant, is it possible to design a legal framework for the denial of health? Can we reconcile the selection of patient to be treated with a constitution-oriented biolaw?

Out of the many possible approaches, two are worth mentioning. The first approach consists in considering this selection an extreme choice; but a choice not so unusual for doctors; a choice taken within a horizon not entirely unknown to medical practice, to bioethics and biolaw. One can think about organ allocation, for instance, where it is necessary to select who will receive the organ and who will not. And even ordinary triage in ER is essentially a choice – triage has a French root, actually meaning to select. In the first approach, therefore, the pandemic triage is an extreme and tragic choice, but which is taken within an ordinary logic, following not so unusual coordinates in medicine. The second approach, on the contrary, considers the pandemic triage a decision that subverts and overthrows the very principles of medical ethics, biolaw and its constitutional basis. Involving a choice of life or death, this decision is something that cannot be part of the doctor's duties and responsibility – and something for which no doctor is trained. Accordingly, the selection of who will live and who will die is considered a radical change and an impermissible shift of the professional paradigm.

Looking at the two approaches, I cannot tell which is right or wrong; maybe there's something right and something wrong in both of them. For sure, being forced to select people to access to ICU beds conflicts with, at least, a couple of basic principles of biolaw.

I refer to the logic of balance of interests usually applied to conflicting positions & the principle of equality.

But can we still speak of a real balance of interests in the mentioned situation? Here, choice cannot find the balance between a reasonable (and limited) compression of one right compared to the proportionate prevalence of another: actually, it annuls any chance of life of one patient for saving another one. The really hard and cruel choice is to make an assessment of the life expectancy of two persons, comparing them with each other.

Usually, the balance of interest technique tries to save at least (meaningful) parts of the right which has to give way to the prevalence of the other. But (according to constitutional law) even the former has to be guaranteed, at least in its essential content (*Wesensgehalt* theory). In the case of pandemic emergency triage, on the contrary, one right entirely erases the other.

Also the principle of equality is in conflict with the pandemic emergency triage. How can we reconcile it with the need to ensure the greatest chance of survival for the greatest number of people? This goal, utilitarian as it may be, forces to treat the people who statistically have the greatest chance of recovery and those who statistically will take less time to heal, so as to free the bed for another sick person as soon as possible. This logic, however, goes to the detriment of the most seriously ill patients, and those who will need longer to recover.

The constitutional problem here is that the principle of equality would require to give more time, more attention, more resources etc. exactly to the most vulnerable patients. In sum, equality means devoting the greatest effort to the most vulnerable, not vice versa. Here lies the difference between

formal equality, and substantial equality (in comparative constitutional terms): formal equality leads to treating everyone equally, without considering the different conditions and states of need, while substantial equality requires treating different categories in a different and reasonable way, giving more to those who need more. According to the pandemic emergency triage, on the contrary, the most serious patients and the sick persons with fewer chances of survival are excluded from treatment: The greater vulnerability, the greater loss.

If the pandemic emergency triage is very problematic, are there better alternatives? I doubt so. First of all, there is not such a thing as a neutral choice in this subject. Even the usual emergency triage criterion (first come, first served) cannot be considered neutral as it depends on a mere time factor with no rationale at all. Perhaps, a random selection, a lottery could be neutral, but no Country has adopted such a choice, maybe because it is utterly unprincipled. Therefore, facing a shortage in medical resources, criteria for life-saving treatments have to be adopted.

As painful as it is, it seems we have no choice that to tolerate a tyrannical health and also the denial of health; however, only for an exceptional and limited period of time, and giving some priorities based on as principled and as reasonable as possible criteria, without forgetting to adjust and prepare health systems, in order to avoid future shortage situations.

3. Unequal health

A deeply unequal health is a third feature that, unfortunately, characterizes our health today. I mean a situation where the level of wellbeing is conditioned not by the probability of surviving in exceptional circumstances, but by the poverty or the color of the skin. “Brasil” just to give an example «is adding around 25,000 new confirmed cases a day, more than the United States. Russia and India are not far behind, with 8,000 or so apiece. All told, poorer countries account for some three-quarters of the 100,000 or so new cases detected around the world each day»; and CoViD-19 infections are rising fast in Bangladesh, India and Pakistan: «Hospitals over there are already struggling to cope»⁸. In this regard, a United Nations document, titled *When it rains it pours: covid-19 exacerbates poverty risks in the poorest countries* denounces the following. «As the number of COVID-19 cases continues to rise in Africa and Southern Asia, and the global economy enters a synchronized recession unseen since the Second World War, the world’s poorest countries brace for yet another shock that threatens to deepen global inequalities and exacerbate an already challenging situation»⁹.

Even within individual Countries, health is protected unequally and the pandemic is exacerbating the differences: «At first, the coronavirus pandemic was called the great equalizer [...]. But as more data becomes available, one thing is clear: Covid-19 has only magnified the systemic inequalities that persist in the United States. And nonwhite Americans, especially African Americans, have been hit hard

⁸ *The Economist*, June 4 and 6, 2020.

⁹ See P. Akiwuni, G. Valensisi (Division for Africa and Least Developed Countries) 4 May 2020: <https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2356>.

on nearly every front»¹⁰. In other words, the pandemic affects anyone, but does not affect anyone, equally¹¹.

Therefore, in addition to tyrannical health and denied health, unequal health also occurs. Here again, it is possible to wonder if can we draw a legal framework to this kind inequality in health: Can we settle unequal health within a constitution-oriented biolaw?

While I observed earlier that tyrannical health and denied health can – exceptionally – be reconciled with the principles of biolaw, I simply see no way to reconcile unequal health in a similar way with those principles¹².

No shortage condition or necessary pandemic triage can justify, even temporarily or in exceptional terms, a distinction based on social status or ethnic origin. This discriminatory situation could in no way be reconciled with the most basic principles of contemporary constitutionalism. And these selection factors, as well as those based, for example, on dementia or the gender of the sick, must in no way relate to access to care. Their connection with mortality rates, therefore, constitutes a blatant and intolerable infringement of the very core of contemporary constitutionalism, in usual times as well as in exceptional ones.

From this point of view, in sum, it could be argued that the fight against CoViD-19 also involves a necessary fight against all discrimination of this kind. In this perspective, a few initiatives have already been proposed. *People' Vaccine*, for instance, gathered more than 140 world leaders and experts for guarantees that CoViD-19 vaccines and treatments will be provided free of charge to everyone, everywhere¹³. And *Declare Covid-19 Vaccine A Global Common Good Now*, made an appeal to all international organizations and governments to adopt legal measures and make official statements declaring CoViD-19 vaccines as a Global Common Good, free from any patent right belonging to anyone¹⁴.

¹⁰ H. Kaur, *The coronavirus pandemic is hitting black and brown Americans especially hard on all fronts*. CNN, May 9, 2020 (<https://edition.cnn.com/2020/05/08/us/coronavirus-pandemic-race-impact-trnd/index.html>). See also M. Webb Hooper, *COVID-19 and Racial/Ethnic Disparities*, in *Journal of American Medical Association*, May 11 2020 (<https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2766098>); M. Chowkwanyun, *Racial Health Disparities and Covid-19 — Caution and Context*, in *The New England Journal of Medicine*, May 6 2020 (<https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2012910>); K. RAVI, *Ethnic Disparities in COVID-19 mortality: are comorbidities to blame?* *The Lancet*, June 19, 2020.

¹¹ The estimated age-adjusted CoViD-19 mortality rate for African-American compared to white-Americans, for instance, is 3.8; for American-Indian is 3.2; for Hispanic 2.5. See the data presented by McKinsey & Co.: *Insights on racial and ethnic health inequity in the context of COVID-19*, July 31, 2020: <https://mck.co/3ksc1Ms>.

¹² A more articulated position, including a debate on the meaning of “emergency”, in a 1997 case of the Constitutional Court of South Africa: *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* (CCT32/97) [1997] ZACC 17.

¹³ See https://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2020/may/20200514_covid19-vaccine-open-letter.

¹⁴http://vaccinecommongood.org/?fbclid=IwAR3DWK4gKcpZudLFwKMaq3fRteBRNRYvD_i_WgoYlKiUdjxelv6m9EYjc0.

4. Lessons to be learned

The comparison of CoViD-19 with war is in many ways not accurate¹⁵. As in wartime, though, some rights that we previously took for granted have been crushed by tyrannical health; and some doctors in some hospitals have to adopt selection criteria for access to scarce medical resources, leading to a denied health. Worldwide, the pandemic is also having an impact on the poorest and most disadvantaged countries and populations, leading to an intolerable deterioration in their status and health. This situation is among the hardest that can happen. It is not by chance that bioethics emerged (according to someone) facing a similar dilemma: I refer to so called *God Committee* at the Seattle Artificial Kidney Center in 1960, where patients were selected in order to get the first hemodialysis treatment. In that case, it was not possible to choose between a good and a bad solution: they had just to choose the lesser of two evils, which unfortunately, is at the center of our debate also today. In any case, we are experiencing an emergency that undermines and sometimes even altogether denies some basic principles of a constitutional-oriented biolaw (equality and the right to be cured, among others). For this reason, it is necessary that this situation does not happen again, and to prevent it from repeating itself, a few lessons must be learned.

In recent months, we have experienced some 'very unusual' situations (exceptional situation) that we all hope will soon pass, and which are characterized by tyrannical health, denied health, and increasing unequal health.

It is essential that we do not get used to these unusual and exceptional situations.

On the contrary, there are other "very unusual" and exceptional situations that I hope will last and will become usual and ordinary. We have been forced to accelerate data sharing and knowledge sharing among researchers, for instance, in order to get a vaccine or a cure as soon as possible; we have been forced to work together (lawyers, philosophers, bioethicists, computer scientists, Members of Parliaments, and so on); we have also been forced to use the powerful instruments of artificial intelligence for clinical research, finding for a vaccine and for a treatment¹⁶.

At a more general level, we have been forced to rethink some features of our national health systems, and started to think about how we could strengthen equality (in general, and equality in the access to care); we have been forced to reconsider global hygiene standards and higher levels of healthcare, and we started to reassess our global strategies for international food standards, for animal respect and welfare, and for environmental sustainability. And maybe, a stronger sense of generosity and solidarity can arise from this difficult period. These expectations can be considered quite utopian, but, for instance, are shared by the *Nuffield Council on bioethics*, which recently, highlighted a need for action to ensure that vaccines and treatments for CoViD-19 are offered fairly, to avoid deepening inequalities for disadvantaged populations¹⁷. And the president of the *Hastings Center*

¹⁵ See F.G. Miller, *Pandemic Language. The Hastings Center*, July 21, 2020: <https://bit.ly/2ZO2qaC>.

¹⁶ See for example materials collected by the Council of Europe on *Artificial intelligence and the control of COVID-19*: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-covid19>.

¹⁷ See *Policy briefing: Key challenges for ensuring fair and equitable access to COVID-19 vaccines and treatments*, 29 May 2020: <https://www.nuffieldbioethics.org/news/policy-briefing-key-challenges-for-ensuring-fair-and-equitable-access-to-covid-19-vaccines-and-treatments>.

Mildred Solomon said: «In this dark hour, we can see important cultural shifts toward a more compassionate, inclusive future»¹⁸.

These are the “very unusual” situations that I hope will last, the emergency lessons that I hope will become ordinary practice; because it is important that this period ends as soon as possible, but it is equally and maybe even more important that it does not end in vain.

¹⁸ *A Perilous Moment for Our Nation*, June 6, 2020: <https://www.thehastingscenter.org/news/a-perilous-moment-for-our-nation/>.

Consenso informato alla ricerca clinica nell'ambito della pandemia CoViD-19: tra bioetica e biodiritto

Laura Palazzani*

INFORMED CONSENT IN BIOMEDICAL RESEARCH IN THE PANDEMIC CONTEXT. BETWEEN BIOETHICS AND BIOLAW

ABSTRACT: The article examines the transformations and declinations of informed consent in the context of the Covid-19 pandemic, analyzing the bioethical discussion and in particular international and national documents with bioethical and biolegal relevance, both of institutional bodies and bioethics committees. In particular, informed consent is analyzed in the context of experimentation with treatments and vaccines, the use of biological samples and the processing of personal data.

KEYWORDS: Informed consent, biological samples, data protection, bioethics, biolaw

SOMMARIO: 1. La ricerca in condizioni di emergenza e di pandemia: aspetti bioetici e biogiuridici – 2. Le norme sulla sperimentazione in condizioni di emergenza: il contesto normativo di riferimento – 3. Declinazioni del consenso informato della ricerca durante la pandemia – 3.1. Il consenso informato e la sperimentazione nell'ambito della pandemia – 3.2. Il consenso ai campioni biologici – 3.3. La protezione dei dati personali e il consenso informato alla privacy – 4. Le "lezioni apprese" sul consenso informato nell'ambito della pandemia CoViD-19.

1. La ricerca in condizioni di emergenza e di pandemia: aspetti bioetici e biogiuridici

La pandemia Covid-19 ha dato una forte spinta alla ricerca clinica, con l'obiettivo di trovare un trattamento, una cura o una prevenzione nel più breve tempo possibile per garantire la salute pubblica. Si tratta di circostanze "straordinarie", caratterizzate da una particolare incertezza ma anche da una forte pressione verso la ricerca, pressione che ha determinato un clima di confusione e stress sia negli operatori che nei partecipanti alla ricerca. In questo contesto è emersa una discussione bioetica e una riflessione biogiuridica sul consenso informato, con particolare riferimento alla ricerca in condizione di emergenza pandemica, con riferimento ai trattamenti, alle cure e ai vaccini.

Anche nell'ambito di una situazione di non emergenza, il consenso informato alla partecipazione alla ricerca non è semplice. La pressione del tempo può rendere difficile spiegare elementi essenziali in

*Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Università Lumsa di Roma. Mail: palazzani@lumsa.it. This essay has been developed within the European Project "Improving the Guidelines of Informed Consent, Including Vulnerable Population, Under a Gender Perspective", (i-CONSENT), funded by the European Union framework program H2020 (Grant Agreement n. 741856).

un linguaggio chiaro e comprensibile. Barriere linguistiche e non sufficiente preparazione culturale possono essere fonte di difficoltà nella comunicazione e nella comprensione¹.

Si tratta di evidenziare, a partire dagli aspetti già presenti nel contesto normativo e bioetico, gli elementi emergenti di specificità relativi al consenso informato con riferimento alla pandemia Covid-19.

2. Le norme sulla sperimentazione in condizioni di emergenza: il contesto normativo di riferimento

Esistono già indicazioni normative più o meno vincolanti e requisiti etici internazionali sul tema della ricerca in condizioni di emergenza che costituiscono il quadro di riferimento anche della riflessione sul consenso informato nell'ambito della pandemia. Si tratta di norme che sottolineano generalmente la possibilità di fare ricerca su soggetti umani, anche se non sono in grado di esprimere un consenso informato o se non ci sono le condizioni esterne per chiedere un consenso a causa della urgenza.

A livello internazionale, la *Helsinki Declaration* della World Medical Association (ultima revisione 2013) ammette in condizioni di emergenza il consenso scritto o orale documentato e in presenza di testimoni, se non ci sono le condizioni per il consueto consenso (art. 26) e il consenso "ritardato/posticipato", con la revisione di un comitato etico. Il documento offre un inquadramento del problema anche in riferimento ai trattamenti "non provati" (*unproven treatments*), in assenza di trattamenti efficaci, ammettendo una partecipazione con informazione della possibilità di una speranza di guarigione o miglioramento della condizione e diminuzione di sofferenza, con l'impegno del ricercatore di dare ogni informazione che si rivelasse importante durante la ricerca al soggetto (art. 37).

Un'altra fonte è il Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), *International Ethical Guidelines for Health-related Research Involving Humans*, Guidelines 20 (2016), che fa esplicitamente riferimento alla pandemia², sottolineando la necessità, in tali condizioni emergenziali, di modificare le procedure standard, pur osservando i principi etici. Il documento identifica un percorso, che può rivelarsi necessario, di accelerazione nella revisione etica della ricerca per agevolare gli studi rilevanti che possano iniziare appena possibile senza compromettere i requisiti etici.

Anche la *Universal Declaration of Bioethics and Human Rights* dell'Unesco (2005), seppur non tratti esplicitamente il problema, indica all'art. 8 – dedicato al rispetto per la vulnerabilità umana e per l'integrità della persona – che nell'applicazione e nell'avanzamento della conoscenza scientifica, della pratica medica e delle tecnologie associate, si deve tenere in considerazione la vulnerabilità della persona umana e prevedere una specifica protezione per gli individui e i gruppi in situazione di particolare difficoltà, oltre che il rispetto della loro integrità personale.

¹ Come evidenziato in L. PALAZZANI (a cura di), *Special Issue on iConsent - Improving the Guidelines for Informed Consent, Including Vulnerable Populations, Under a Gender Perspective*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2019, 154.

² CIOMS, *International Ethical Guidelines for Health-related Research Involving Humans* (2016), Guidelines 20: «Research in disasters and disease outbreaks. In fact, an acute disaster situation can require modifying standard procedures so that ethical principles can be upheld in the most expedient way possible. For example, while ethical oversight is essential in all research, accelerated ethical review during disasters may be necessary to ensure that valuable studies can begin as soon as possible without compromising ethical requirements».

A livello europeo va ricordato che l'*Additional Protocol Concerning Biomedical Research* (2005) alla *Convention on Human Rights and Bioethics* del Comitato direttivo di Bioetica del Consiglio d'Europa giustifica la ricerca in condizioni di emergenza su esseri umani quando non ci sono trattamenti di efficacia comparabile alternativi (art. 5) e ammette a partecipare alla ricerca anche malati in situazioni di emergenza anche se non sono in condizioni di esprimere un consenso o, anche se sono in condizioni, a causa della urgenza, non c'è il tempo per richiedere un consenso informato o ottenere l'autorizzazione del rappresentante legale. In tale circostanza sono indispensabili seguenti requisiti: che la ricerca non possa essere effettuata su persone in condizioni di non emergenza; che non vi siano obiezioni esplicitate precedentemente; che la ricerca sia stata approvata da un comitato etico; che la ricerca anche se non darà benefici diretti, potrà potenzialmente contribuire al miglioramento delle conoscenze che potrà essere di beneficio per la persona o altre persone che appartengono allo stesso gruppo e vivono le medesime condizioni di malattia, con minimi rischi e disagi. Il consenso o autorizzazione alla continuazione alla partecipazione dovrà essere richiesto non appena "ragionevolmente possibile".

Sulla stessa linea l'*Integrated addendum to ICH E6(R1), Guideline for Good Clinical Practice*, (2016) e the World Health Organization, *Operational Guidelines for Ethics Committees that Review Biomedical Research* (Geneva, 2000).

La *Regulation 536/2014 of the European Parliament and the Council on Clinical Trials on Medicinal Products for Human Use, and Repealing Directive 2001/20/EC* (2014), dedica l'art. 35 ai "Clinical Trials in Emergency Situations"³ e stabilisce come condizioni etiche della ricerca: la presenza di motivazioni scientifiche consistenti alla potenziale partecipazione con un beneficio diretto rilevante in termini di miglioramento della salute e delle condizioni di benessere o diminuzione delle sofferenze; assenza di obiezioni precedentemente espresse alla partecipazione; riduzione al minimo del rischio e disagio, in comparazione allo standard di cura e trattamento. Il consenso comunque deve essere dato non appena possibile, ossia quando il soggetto ritorna nelle condizioni per esprimerlo. Può essere espresso in forma non scritta con un testimone imparziale e la approvazione della ricerca di un comitato etico.

3. Declinazioni del consenso informato della ricerca durante la pandemia

3.1. Il consenso informato e la sperimentazione nell'ambito della pandemia

La World Medical Association sottolinea che la ricerca è un 'imperativo etico' quando è in gioco la salute pubblica⁴: ma la ricerca deve sempre rispettare standard scientifici di qualità e di validità. Il pericolo, in tempi di pandemia, potrebbe essere la spinta verso una accelerazione della ricerca, con la

³ «Scientific grounds to expect that participation of the subject in the clinical trial will have the potential to produce a direct clinically relevant benefit for the subject resulting in a measurable health-related improvement alleviating the suffering and/or improving the health of the subject, or in the diagnosis of its condition»; «the investigator certifies that he or she is not aware of any objections to participate in the clinical trial previously expressed by the subject»; «the clinical trial poses a minimal risk to, and imposes a minimal burden on, the subject in comparison with the standard treatment of the subject's condition».

⁴ WHO, *Ethical Standards for Research during Public Health Emergencies: Distilling Existing Guidance to Support COVID-19*, 2020; WHO, *Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks*, 2016; Nuffield Council on Bioethics, *Research in Global Health Emergencies: Ethical Issues*, 2020.

tentazione di saltare alcune delle “ordinarie” fasi del processo di sperimentazione nel contesto di una condizione di “straordinarietà” quale è la pandemia⁵. L'emergenza CoViD-19 ha sollecitato tutti i ricercatori ad avviare studi e sperimentazioni⁶, ma è importante monitorarne la qualità affinché siano protetti i diritti dei partecipanti alla ricerca, incluso il diritto ad avere una adeguata informazione ed avere la possibilità di esprimere un consenso libero ed informato.

L'informazione ai partecipanti alla ricerca deve essere chiara sin dal momento del reclutamento, esplicitando i criteri di inclusione ed esclusione, con il bilanciamento dei rischi e dei benefici della partecipazione o della non partecipazione alla ricerca, nella consapevolezza che a volte può essere o sembrare più rischioso non partecipare che partecipare, nel contesto della pandemia ove non esistono terapie validate. Il reclutamento deve proteggere i più vulnerabili ma non escluderli, perché l'esclusione comunque li può privare di nuove opportunità di cura: le c.d. categorie particolarmente vulnerabili, donne in gravidanza o allattamento, bambini, persone con disabilità, immigrati, non devono essere esclusi a priori per finalità “protettive”, senza una giustificazione ragionevole scientifica ed etica. Il reclutamento include anche i “lavoratori in prima linea” (medici e infermieri) che si espongono a rischi in prima persona per aiutare i pazienti, non solo nell'ambito della cura e assistenza, ma anche nell'ambito della ricerca: il principio di solidarietà può giustificare questa priorità, ma va sempre accertato che ci sia una adeguata informazione sui rischi, una proporzione e una equa distribuzione tra i rischi e i benefici tra i partecipanti alla ricerca, per evitare forme di sfruttamento consapevoli o inconsapevoli. I partecipanti devono essere trattati con rispetto e devono essere selezionati in modo da minimizzare i rischi, massimizzando il valore sociale della ricerca.

Deve sempre rimanere centrale il rispetto dell'autonomia del partecipante, accertando la libertà e volontarietà della partecipazione ed evitando che il partecipante senta una pressione ad entrare nella ricerca, anche sentendosi in colpa a non partecipare, nei confronti degli altri e della società in generale. Il contesto della pandemia rischia di diffondere l'idea che ogni tentativo vada fatto sempre e comunque, ma non si possono esporre soggetti a rischi non necessari, con il solo obiettivo di acquisire nuove conoscenze. Alcuni gruppi sono particolarmente suscettibili a queste dinamiche: ad esempio in Cina il primo grosso blocco di pazienti saranno i militari. Anche in contesti occidentali, i militari risultano vulnerabili a causa della possibile riduzione dell'autonomia a causa degli obblighi nei confronti di chi ha una posizione gerarchica superiore. L'esposizione dei partecipanti a rischi non necessari è inaccettabile eticamente. La partecipazione alla ricerca nella condizione di assenza di alternative rende la scelta particolarmente delicata; bisogna evitare fraintendimenti sul ruolo della ricerca nel partecipante, ossia chiarire la sperimentaltà e l'incertezza della ricerca e proporre i percorsi alternativi possibili, senza incorrere in forme di “accanimento sperimentale”. Nel contesto di una infezione pandemica grave e anche letale, molte persone potrebbero essere disponibili ad assumersi un alto rischio o usare agenti non provati dentro uno studio clinico o fuori da uno studio clinico. È essenziale che i ricercatori bilancino realisticamente i potenziali benefici e i rischi e li comunichino in modo chia-

⁵ *Administrative processes for reviewing research protocols must be accelerated and simplified if these protocols are related to the treatment, prevention or diagnosis of infections caused by SARS-CoV-2.*

⁶ CIOMS, *International Ethical Guidelines for Health-related Research Involving Humans*, Guidelines 1: Without scientific validity, the research lacks social value and must not be conducted (see Guideline 1 – Scientific and Social value and respect for rights).

ro e trasparente ai potenziali partecipanti. Se la partecipazione allo studio, in tempi di pandemia, aumenta i rischi del partecipante, va attentamente considerato, ricordando che la sicurezza ha una priorità. La giustificazione di studi compassionevoli deve sempre comunque avere una apertura di possibile beneficio per il paziente: è da ritenersi non etico uno studio che ha come obiettivo solo il beneficio indiretto per la società. È importante inoltre dissuadere i pazienti alla partecipazione di studi fuori dall'ambito clinico: la sperimentazione on line o la auto-sperimentazione comporta pericoli in assenza di controllo e monitoraggio medico.

Il consenso informato, anche se le condizioni nelle quali si svolge la ricerca sono difficili ed emergenziali, deve comunque essere raccolto nella misura possibile in modo da garantire che coloro che decidono di partecipare alla ricerca abbiano effettivamente compreso e valutato rischi e benefici ed abbiano potuto decidere in modo informato e consapevole. Il consenso informato rimane un requisito fondamentale; va accertata la comprensione dei rischi e i benefici del partecipante, evitando che nel contesto della pandemia la percezione dei rischi sia diminuita a fronte di aspettative non sempre ragionevoli⁷. Anche il consenso orale o fotografato/videoregistrato alla presenza di testimoni (selezionati secondo criteri imparziali giustificati dallo sperimentatore) è accettabile; vanno implementate le tecnologie digitali per il consenso informato (evitando carta e migliorando e velocizzando l'informazione per i pazienti). Ove non fosse possibile ottenere il consenso informato con le modalità consuete, a causa di restrizioni di movimento o isolamento dei pazienti, devono essere prese in considerazione procedure alternative, ma non appena la situazione lo consenta il consenso informato deve essere comunque ottenuto. I ricercatori devono considerare la particolare condizione di vulnerabilità nel contesto pandemico, la pressione del tempo della ricerca che può non coincidere con il tempo di maturazione del consenso: nonostante la pressione esterne, bisogna rispettare le incertezze della decisione del partecipante, considerando che paura, disagio, stress possono compromettere la comprensione della informazione e la stessa decisione della partecipazione. Nel caso di modifiche dei protocolli, frequenti a causa della evoluzione della pandemia, il consenso dovrà essere, nella misura possibile, chiesto nuovamente con le opportune modifiche.

La World Health Organization nel documento *Ethical Standards for Research during Public Health Emergencies: Distilling Existing Guidance to Support COVID-19*⁸ sottolinea che il consenso informato, quale requisito fondamentale della ricerca anche in condizioni di emergenza pandemica, esige anche un incremento di responsabilità da parte dei ricercatori e dei comitati etici nell'assicurare che le attività di ricerca non procedano senza una base scientifica ragionevole finalizzata alla sicurezza ed efficacia, e che i rischi siano minimizzati "nella misura possibile" ("to the extent reasonably possible"). Un elemento in evidenza è la problematicità della confusione del duplice ruolo di medico e di ricercatore: è auspicabile che il ricercatore non sia lo stesso medico che cura il malato, poiché tale duplice ruolo potrebbe esercitare una pressione indiretta alla partecipazione nel paziente, che può temere che la sua non partecipazione possa sottrarre cure e attenzione o comunque diminuirle. Inoltre ricercatori e sponsors dovrebbero garantire che individui che partecipano alla ricerca possano accedere ai

⁷ Council of Europe, Committee on Bioethics (DH-BIO), *Statement on Human Rights Considerations Relevant to the COVID-19 Pandemic*, 14 April 2020.

⁸ WHO, *Ethical Standards for Research during Public Health Emergencies: Distilling Existing Guidance to Support COVID-19*, 2020.

possibili benefici risultanti dalla loro partecipazione. Se la ricerca prova risultati sicuri ed efficaci, tali risultati dovrebbero essere resi disponibili ai partecipanti non appena possibile, anche l'accesso a farmaci o interventi non ancora registrati quando possibile, e comunque fare ogni sforzo per provvedere ad un equo accesso ai benefici della ricerca condotta in condizioni di emergenza. Anche questi elementi dovrebbero essere inseriti nel consenso informato.

Sul tema si è espressa anche la European Medicines Agency (EMA), insieme a Heads of Medicines Agencies (HMA) nel documento *Guidance on the Management of Clinical Trials During the Covid-19 Pandemic* (28 aprile 2020) in cui si sottolinea che gli sponsors dovrebbero essere consapevoli della pressione sui medici a valutare attentamente la pertinenza ed appropriatezza dell'arruolamento negli studi clinici e che i pazienti devono essere informati sulle modalità alternative al consenso informato scritto (es. consenso orale, in presenza di un testimone, consenso differito, rinnovo del consenso o riconferma per sopraggiunte modifiche al protocollo mediante contatto telefonico o tramite e-mail, per evitare che il partecipante debba esporsi a rischi non necessari). I consensi informati ottenuti mediante tali modalità devono essere riconfermati, tramite le procedure standard, il prima possibile e devono essere opportunamente motivate e registrate dal ricercatore le ragioni dell'impossibilità del consenso informato usuale del partecipante.

La Commissione Europea ha emanato linee guida specifiche *Guidance on the Management of Clinical Trials during the COVID-19 (Coronavirus) pandemic* (2020) mirate a come garantire durante l'epidemia COVID-19 la conduzione di trial clinici, date le numerose difficoltà, tra le quali la restrizione alle visite alle strutture sanitarie, la scarsa disponibilità di risorse tutte concentrate nell'affrontare l'emergenza, la necessità di isolamento e quarantena per alcuni partecipanti agli studi⁹. Sul consenso informato ribadisce che l'opportunità di ottenere il consenso dai soggetti deve essere sempre privilegiata rispetto ad altre soluzioni, anche nei casi di soggetti che si trovano in condizioni di isolamento, per i quali si può far uso di telecamere o di fotografie della documentazione prese attraverso le barriere di isolamento trasparenti. Nel caso di temporaneo consenso in forma verbale, è necessaria la presenza di un testimone imparziale che attesti l'avvenuta somministrazione del consenso e apponga data e firma sul documento di consenso informato. È compito dello sperimentatore attestare la modalità di selezione del testimone imparziale¹⁰.

Il Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa (DH-BIO) nel documento *Statement in the Context of the COVID19 Crisis* (2020) sottolinea come il caso di "isolamento obbligatorio" per malattia gravemente infettiva, come la pandemia, rientri nelle eccezioni al consenso informato per ragioni di protezione della salute pubblica. Tale eccezione è prevista dall'art. 8 della *Convention on Human Rights and Bioethics* (1997) che riguarda le situazioni di emergenza, che includono la pandemia. Il documento afferma che in tali condizioni, quando il consenso appropriato non può essere ottenuto, è possibile ogni intervento medico che si dimostri essere di beneficio diretto per l'individuo. Nell'ambito della ricerca, il DH-BIO ribadisce il requisito del rispetto dei diritti umani riflessi nella Convenzione di Oviedo, che non prevede eccezioni negli art. 16 e 17 alla protezione prevista per i partecipanti alla ricerca (ammettendo come uniche condizioni, quando non c'è un'alternativa comparabile in termini di effet-

⁹ *Guidance on the Management of Clinical Trials During the COVID-19 (Coronavirus) Pandemic*.

¹⁰ In Italia l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) ha esplicitato tali linee sul consenso informato nella Comunicazione del 12 marzo 2020 aggiornata il 7 aprile 2020.

tività alla ricerca su esseri umani, la non sproporzione dei rischi rispetto ai benefici potenziali, oltre all'approvazione del comitato etico). Il Comitato del Consiglio d'Europa sottolinea come l'Additional Protocol sulla ricerca biomedica completi utilmente la Convenzione all'art. 19 nell'ambito delle condizioni per la ricerca in condizioni di emergenza. Se la persona non è in grado di dare il consenso per assenza di consapevolezza e/o urgenza il consenso può essere dato dal legale rappresentante, con approvazione del comitato e accertamento dell'assenza di esplicita obiezione del soggetto.

Nel *Position of the European Network of Research Ethics Committees (EUREC) on the Responsibility of Research Ethics Committees During the COVID-19 Pandemic (2020)*¹¹ è sottolineato che il consenso informato deve rimanere conforme alle regolazioni europee e nazionali. Si riconosce che le regolazioni nazionali possono differire in Europa. La proposta di semplificazione dei consensi nell'ambito della pandemia dovrebbe essere tenuta in considerazione dai comitati etici europei, nell'ambito dell'obiettivo primario di proteggere dignità, diritti e sicurezza dei partecipanti, pazienti e volontari sani, nell'ambito di studi medici. Il documento sottolinea come «la pressione esercitata sulla ricerca medica non deve portare la ricerca o la sperimentazione di farmaci su esseri umani senza conformità agli standard etici applicabili alla ricerca medica».

Nell'ambito della ricerca sui vaccini emergono alcuni aspetti specifici, per quanto riguarda la sperimentazione. La World Medical Association nel documento *Key Criteria for the Ethical Acceptability of COVID-19 Human Challenge Studies (2020)* ritorna sul tema (dopo il documento *Human Challenge Trials for Vaccine Development: Regulatory Considerations, 2016*) affrontando il tema specifico della sperimentazione di vaccini mediante studi con infezione controllata intenzionale di volontari sani, con una dose abbastanza elevata da causare la malattia e quindi stimolare il sistema immunitario, ma non così elevata da causarla in forma grave. Si tratta di studi che potrebbero essere giustificati di principio data l'urgenza della ricerca sui vaccini, la necessità di accelerazione della ricerca per la velocità della espansione del virus, e la globalità dell'espansione. Ampia è la discussione bioetica sulla questione con particolare riferimento alla proporzionalità o sproporzionalità nel bilanciamento benefici e rischi. I potenziali benefici di tale ricerca sono: la possibilità di accelerare i tempi della ricerca; la riduzione del numero di volontari rispetto agli usuali *trial* clinici che prevedono decine di migliaia di partecipanti, a fronte di numeri sempre inferiori a cento per gli *Human Challenge Studies*; l'aumento delle informazioni ottenibili in meno tempo; la riduzione dei costi. Ma certamente i rischi sono elevati non esistendo una cura e una prova di efficacia dei trattamenti disponibili, pertanto anche con rischio di morte per i partecipanti. Va ricordato il principio basilare dell'etica clinica che ammette la sperimentazione a condizione di minimizzare il rischio dei soggetti e massimizzare i benefici: per loro natura gli *Human Challenges Trials* sembrerebbero contraddire questo precetto fondamentale. La *World Medical Association* sottolinea alcuni requisiti etici, aprendo a questa possibilità seppur limitatamente ad alcune condizioni, tra queste anche il consenso informato, che deve essere particolarmente rigoroso per l'elevato potenziale di rischio e le incertezze, la complessità della informazione che deve essere effettivamente compresa. Il consenso deve essere rivisto durante lo studio quando nuovi dati rilevanti riguardo ai rischi sono disponibili dopo che lo studio è iniziato. La selezione dei partecipanti al momento dell'arruolamento deve includere la piena comprensione dei potenziali ri-

¹¹ *Position of the European Network of Research Ethics Committees (EUREC) on the Responsibility of Research Ethics Committees During the COVID-19 Pandemic, 2020.*

schi e la volontarietà: in questo senso devono essere esclusi coloro che provengono da contesti sociali difficili proprio per il rischio di una non adeguata comprensione e la possibilità di uno sfruttamento per vantaggi scientifici. Il documento insiste sulla necessità di una giustificazione scientifica della ricerca, che deve poter produrre risultati rilevanti per la salute pubblica non ottenibile in altro modo meno rischioso, sulla importanza di una valutazione sistematica preliminare del rischio (quantificazione dei rischi, comparazione con altri studi, esplicitazione delle strategie per minimizzare i rischi) e sulla rilevanza di un coinvolgimento pubblico trasparente dei partecipanti alla ricerca, la garanzia di un monitoraggio a lungo termine, il coordinamento internazionale delle ricerche, la revisione etica di esperti. Inoltre si insiste anche su test di comprensione, che consentano di verificare l'acquisizione di una piena consapevolezza per la scelta. I dubbi etici su questi studi consistono, alla luce del principio bioetico del primato della dignità umana sull'interesse della scienza (condiviso dalla bioetica e biogiuridica internazionale), sulla accettabilità del sacrificio dell'esposizione a rischi per la collettività subordinando il bene personale al bene pubblico, sulla doverosità del ricercatore di intervenire sui soggetti solo in modo proporzionato oltre che sulla problematicità di rimborsi o addirittura compensi che mettano in discussione il principio bioetico della gratuità della partecipazione e della proibizione della compravendita del corpo (esponendo persone indigenti a rischi sproporzionati per meri obiettivi economici).

3.2. Il consenso ai campioni biologici

Nell'ambito della pandemia emergono problematiche specifiche in relazione al consenso informato per i campioni biologici.

Va precisato al soggetto se i campioni, prelevati tramite modalità diverse, siano prelevati a soli fini diagnostici o anche a fini di ricerca. La possibilità di test per la diagnosi della presenza o assenza della infezione è una opportunità per gli individui e per la collettività, ma non deve nascondere i percorsi della ricerca. Devono essere chiarite nel consenso le finalità del test, precisando se si tratta di uno studio epidemiologico, una sorveglianza sanitaria su popolazioni specifiche per finalità di salute pubblica, un test di screening, un test diagnostico e/o un biobancaggio. La possibilità di biobancaggio deve essere esplicitata nel consenso, con precisazioni – come per ogni ricerca – sul tempo e sulle finalità della ricerca, sulla loro eventuale distruzione o sulla conservazione dei campioni per uso futuro, esplicitando che sia correlato direttamente o indirettamente alla ricerca su CoViD-19. Va precisato anche il luogo della conservazione della biobanca ed eventuale trasferimento all'estero del materiale biologico, con la specificazione della presenza di adeguata garanzia per la privacy¹². Deve essere chiaro cosa si raccoglie, dove lo si raccoglie, come lo si raccoglie, per quali scopi, per quanto tempo. Va anche precisato se i campioni saranno pseudoanonimizzati (in modo conforme alla normativa vigente) e nel caso di interruzione della ricerca (da parte del ricercatore o del partecipante) se verranno distrutti o anonimizzati. I ricercatori devono rendere pubbliche le informazioni non appena disponibili. Va precisato se verranno fatte analisi genetiche e le eventuali strategie nel caso di "risultati inattesi", ossia risultati non previsti ma di rilevanza clinica per la prevenzione, diagnosi o trattamenti.

¹² ISS, Gruppo di lavoro ISS Ricerca traslazionale COVID-19, *Raccomandazioni per raccolta, trasporto e conservazione di campioni biologici COVID-19*, Gruppo di lavoro ISS Ricerca traslazionale COVID-19.

Una questione specifica emerge in relazione alla obbligatorietà o volontarietà dei test: l'obbligatorietà si può declinare con *diversi gradi e forme*; la volontarietà può indicare *situazioni diverse* (ad es. una cosa è se il test è proposto dalla struttura sanitaria ai suoi dipendenti, altra se viene richiesto dal soggetto interessato per i suoi fini). Va precisato nel consenso se la richiesta del test parte dall'interessato o se viene dalle istituzioni per finalità di sorveglianza sanitaria e/o di salute pubblica. È necessario garantire la disponibilità del materiale – ovvero kit per i test sierologici e reagenti per i tamponi – per i test richiesti per finalità di salute pubblica (come, ad esempio, quelli sugli operatori sanitari) e per finalità cliniche di urgenza.

La *World Health Organization* nel documento *Ethical Standards for Research During Public Health Emergencies: Distilling Existing Guidance to Support COVID-19* sottolinea che i ricercatori dovrebbero informare i potenziali partecipanti sulle circostanze in cui i campioni biologici possono essere condivisi. Nel contesto della pandemia la condivisione dei campioni biologici diviene una possibilità di cui devono essere informati i partecipanti e gli stakeholders. Nella misura in cui i campioni hanno la potenzialità di generare risposte utili per la salute pubblica esiste un obbligo etico di condividere le informazioni. Data l'emergenza della ricerca, il consenso può essere ampio e dinamico, aperto ad usi futuri dei campioni per la ricerca. La condivisione di campioni biologici può/deve essere una opzione possibile¹³, accanto alla opzione del controllo dei campioni biologici (consenso ristretto). La condivisione assume una valenza umanitaria e solidale per il futuro della ricerca, nel contribuire a ridurre le sofferenze dei pazienti presenti e futuri. È compito del ricercatore e del comitato etico verificare che i consensi siano comprensibili, ed evitare i rischi di danni e sfruttamento di coloro che già subiscono svantaggi e disagi. Le condizioni etiche per la condivisione dei campioni deve essere equa e responsabile: equa, ossia consentire una equità di accesso ai benefici; responsabile, ossia assicurare che la condivisione sia efficace e protetta. In questo senso sarebbe auspicabile un'informazione pubblica sull'importanza della ricerca sui campioni biologici. Nel caso di un diniego, i campioni devono essere anonimizzati e distrutti una volta finalizzato lo scopo per cui erano stati raccolti in emergenza. I campioni devono essere allo stesso modo anonimizzati nel caso di decesso del paziente, in assenza di un suo consenso esplicito al biobancaggio CoViD-19.

A livello europeo come a livello nazionale non esiste una regolamentazione specificatamente dedicata al biobancaggio di ricerca, ma la ricerca sui campioni biologici è normata in modo contestuale alla normazione sul trattamento dei dati per scopi scientifici¹⁴.

Nella *Convention on Human Rights and Bioethics Oviedo, 1997* del Consiglio d'Europa si afferma esplicitamente: «allorché una parte del corpo umano è prelevata nel caso di un intervento essa non può essere conservata e utilizzata a scopi diversi da quelli per i quali è stata prelevata ed in conformità di procedure di informazione e consenso appropriate». La *Raccomandazione 2006/4* del Consiglio d'Europa, sostituita e aggiornata, dalla *Raccomandazione 2016/6 on Research on Biological Materials*

¹³ Comité de Bioética de España, *Informe sobre los requisitos ético-legales en la investigación con datos de salud y muestras biológicas en el marco de la pandemia de Covid-19*, aprile 2020.

¹⁴ Per rappresentare l'assetto etico-normativo del consenso informato al biobancaggio di ricerca, utilizzando anche lo strumento dell'analogia, si propongono sia atti legislativi con valore legale vincolante (Regolamento, Direttiva europei; Decreto Legislativo, Provvedimento, Autorizzazione, ecc.) che documenti (Raccomandazione, Convenzione, Dichiarazione, ecc.) che indirizzano, raccomandano le buone pratiche ma non sono vincolanti.

of Human Origin precisa la difesa dell'integrità fisica e della privacy; il diritto di ogni individuo di accettare o rifiutare di contribuire alla ricerca; la trasparenza della *governance*; la minimizzazione del rischio fisico del prelievo e rischio per la vita privata (per l'individuo e la famiglia) e la proporzione rispetto ai benefici ottenibili dalla ricerca (rischi per gruppo di individui); il rifiuto a dare consenso o il ritiro del consenso al prelievo e uso per la ricerca non deve portare ad alcuna discriminazione (in particolare nell'ambito del diritto alle cure); la gratuità della donazione; l'anonimizzazione e l'uso di campioni identificabili deve essere giustificato nella ricerca e valutato da un comitato etico; la diffusione della conoscenza delle ricerche; la tracciabilità dei materiali biologici. La raccomandazione afferma che i materiali biologici possono essere rimossi dal corpo di una persona deceduta per essere conservati per future ricerche solo con il consenso o l'autorizzazione previsti dalla legge, preceduti da informazioni adeguate, anche sul diritto di rifiutare. Inoltre, i materiali biologici non dovrebbero essere rimossi per essere conservati per ricerche future se è noto che la persona deceduta si è opposta alla loro conservazione post-mortem.

Nell'ambito della regolazione italiana sul biobancaggio di ricerca post-mortem si può fare riferimento alla Legge 10 febbraio 2020, n. 10 *Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post-mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*. Le modalità e i requisiti del consenso alla donazione post-mortem del proprio corpo e di parti del corpo (i campioni biologici) sono stabilite dall'articolo 3: la dichiarazione di consenso deve essere redatta, in analogia con la Legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento, nelle forme previste per le DAT, vale a dire per atto pubblico, per scrittura privata autenticata o per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'Ufficio dello stato civile del comune di residenza. Inoltre, la dichiarazione di consenso deve essere consegnata alla ASL di appartenenza a cui spetta il compito di conservarla e di trasmetterla telematicamente alla Banca dati DAT. La revoca al consenso può essere effettuata in qualsiasi momento con le medesime modalità. A differenza della Legge 219/2017, la dichiarazione di consenso alla donazione post-mortem prevede che venga obbligatoriamente indicato un fiduciario a cui spetta l'onere di comunicare al medico che accerta il decesso l'esistenza del consenso.

3.3. La protezione dei dati personali e il consenso informato alla privacy

La raccolta dei dati nell'ambito della partecipazione alla ricerca nell'ambito della pandemia deve essere veloce e accurata, secondo il criterio di qualità, accessibilità, trasparenza, standardizzazione, interoperabilità. La protezione dei dati deve essere garantita, ma non deve impedire le misure contro la pandemia, essendo la lotta alla pandemia un valore condiviso da tutte le nazioni, come interesse dell'intera umanità.

Il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, *General Data Protection Regulation*, ammette in circostanze eccezionali come un'epidemia e per motivi di interesse pubblico, temporaneamente di trattare i dati avendo l'interesse pubblico come base giuridica legittima del trattamento, anche in assenza di consenso. Questo non solleva i titolari e i responsabili del trattamento dalla protezione dei dati personali dei soggetti coinvolti, ma l'emergenza è riconosciuta come una «condizione giuridica che può legittimare restrizioni alle libertà prevedendo restrizioni proporzionate e limitate nel tempo» e anche deroghe alla privacy. Necessità, proporzionalità,

appropriatezza di tali deroghe, nel contesto di una società democratica, devono essere conformi alla Charter of Fundamental Rights della Unione Europea (2000) e la *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1958) soggetta al controllo della European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Ogni misura deve essere appropriatamente documentata.

Il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati o European Data Protection Board (EDPB) nel documento *Statement by the EDPB Chair on the Processing of Personal Data in the Context of the Covid-19 Outbreak*, adottato il 16 marzo 2020, chiarisce che tali limitazioni devono essere proporzionate e confinate al periodo di emergenza, e che in ogni caso, i titolari e i responsabili del trattamento devono garantire la protezione dei dati personali degli interessati. In particolare, il Comitato afferma che i dati personali necessari per conseguire gli obiettivi perseguiti dovrebbero essere trattati per finalità specifiche ed esplicite, gli interessati dovrebbero ricevere informazioni trasparenti sulle attività di trattamento svolte e sulle loro caratteristiche principali, compreso il periodo di conservazione dei dati raccolti, le informazioni dovrebbero essere facilmente accessibili e formulate in un linguaggio semplice e chiaro, le misure messe in campo per gestire l'attuale emergenza e il relativo processo decisionale devono essere adeguate e documentate.

Il documento *Joint Statement on the Right to Data Protection in the Context of the COVID-19 Pandemic* (di Alessandra Pierucci, Chair of the Committee of Convention 108 e Jean-Philippe Walter, Data Protection Commissioner of the Council of Europe Strasbourg, 30 March 2020), sottolinea che il principio etico guida deve rimanere il primato dell'essere umano e l'adozione degli standard professionali nell'ambito dell'uso dei dati sulla salute nella garanzia dei diritti e libertà fondamentali, con particolare riferimento al diritto alla privacy. La condivisione dei dati nell'ambito dei professionisti sanitari va ammessa; nell'ambito della comunicazione pubblica da parte delle autorità i dati sulla salute di specifici individui andrebbero evitati¹⁵.

Il Comitato di Bioetica DH-BIO presso il Consiglio d'Europa nello *Statement in the Context of the COVID19 Crisis* (2020) richiama l'art. 10 della *Oviedo Convention* che riguarda il diritto alla privacy delle informazioni nell'ambito della salute, riaffermando il principio introdotto nell'art. 8 della *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. La possibilità di tale restrizione all'esercizio dei diritti incluso il diritto alla privacy è esplicito nell'art. 26. Tali eccezioni sono finalizzate alla protezione collettiva e della salute pubblica. Ma tali restrizioni devono essere prescritte dalla legge nelle società democratiche e devono essere interpretate nel quadro dei criteri definiti dalla *European Court of Human Rights*, in particolare necessità e proporzionalità.

In Italia il Decreto legge n. 14 del 9 marzo 2020, *Disposizioni per il potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale in relazione all'emergenza COVID-19* chiarisce come il trattamento dei dati raccolti durante il periodo emergenziale, deve avvenire nel rispetto dei principi enunciati nell'art. 5 del Regolamento Europeo 679/2016 adottando misure proporzionali rispetto alla necessità. All'art. 14 il decreto

¹⁵ *Joint Statement on the Right to Data Protection in the Context of the COVID-19 Pandemic* by Alessandra Pierucci, Chair of the Committee of Convention 108 and Jean-Philippe Walter, Data Protection Commissioner of the Council of Europe Strasbourg, 30 March 2020; European Data Protection Board, *Statement on the Processing of Personal Data in the Context of the COVID-19 Outbreak*, 19 March 2020. Cfr. anche Research Data Alliance (RDA), COVID-19 Working Group, *Recommendations and Guidelines*, 15 May 2020.

legge prevede, fino al termine dello stato di emergenza, la possibilità di semplificare alcuni aspetti dei trattamenti di dati personali per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, menzionando la diagnosi e l'assistenza sanitaria dei contagiati, ma potrebbe essere anche estesa alla ricerca. Il comma 5 dello stesso articolo introduce la possibilità di omettere l'informativa o di fornire un'informativa semplificata, previa comunicazione orale della limitazione. Il comma 4 consente al titolare o al responsabile del trattamento di attribuire, sotto la propria responsabilità, specifici compiti e funzioni connessi al trattamento di dati personali a persone fisiche, espressamente designate, che operano sotto la loro autorità, con modalità semplificate, anche oralmente. Sul tema è stato elaborato un rapporto *Protezione dei dati personali nell'emergenza COVID-19* da parte del Gruppo di lavoro Bioetica COVID-19 n. 42 2020 (28 maggio 2020).

Nell'ambito delle "deroghe al consenso" in una FAQ (Frequently Asked Question) pubblicata sul sito del Garante per la Protezione dei Dati Personali relativa al *Trattamento dati nel contesto delle sperimentazioni cliniche e delle ricerche mediche nell'ambito dell'emergenza sanitaria da COVID-19*, è indicato che, qualora per specifiche e comprovate ragioni (es. impossibilità di comunicazione delle informazioni o sforzo sproporzionato richiesto dalla procedura con il rischio di rendere impossibile o di pregiudicare l'esito della ricerca), non sia possibile acquisire il consenso informato dell'interessato neanche presso terzi – come nel caso di trattamento di dati riferiti a pazienti defunti o ricoverati in reparti di terapia intensiva – i titolari che intendano svolgere trattamenti di dati che riguardano studi sperimentali e usi compassionevoli dei medicinali per uso umano, per la cura e la prevenzione del virus, non sono obbligati, nella fase emergenziale, alla preventiva sottoposizione del progetto di ricerca, alla valutazione di impatto e alla consultazione preventiva del Garante di cui all'art. 110 del Codice in materia di protezione dei dati personali.

Nel rispetto della regolazione sulla privacy (mediante pseudo-anonimizzazione), in tempi di pandemia va considerata la importanza della condivisione dei dati nella comunità scientifica per un impatto efficiente dei risultati e vanno considerati i rischi e i potenziali danni della non condivisione dei dati: i dati sono un bene prezioso e un contributo individuale all'avanzamento delle conoscenze con anche un potenziale beneficio diretto, oltre al beneficio indiretto per la società. È indispensabile un monitoraggio della conservazione corretta dei dati in depositi affidabili e certificati, pubblici, con le garanzie di rispetto della regolazione e dei requisiti etici, impedendo abusi¹⁶. Secondo la World Health Organization la cultura della condivisione dei dati e dei risultati dovrebbe essere la norma nelle emergenze sanitarie, e la decisione di non condividere dati e risultati andrebbe giustificata dai ricercatori e dagli amministratori a livello locale, nazionale e internazionale.

¹⁶ UNESCO International Bioethics Committee (IBC), World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), *Statement on Covid-19: Ethical Considerations from a Global Perspective* (April 2020): «there is a need for coordination of international efforts and the formulation of a common understanding of ethical review processes; an oversight committee for responsible research during this pandemic on a global level needs to be urgently created».

4. Le “lezioni apprese” sul consenso informato nell'ambito della pandemia CoViD-19

Il consenso informato acquisisce un ruolo sempre più importante per consentire una autonoma scelta del paziente, fondata sulla piena consapevolezza e responsabilità nell'ambito della pandemia Covid-19. Il paziente deve essere consapevole anche delle particolari condizioni di vulnerabilità, con una equa e proporzionata distribuzione tra i rischi e i benefici al fine di minimizzare i rischi, massimizzando il valore sociale della ricerca. Va accertata la comprensione dei rischi da parte del ricercatore (possibilmente non coincidente con il medico curante), evitando che nel contesto della pandemia la percezione degli stessi sia diminuita a fronte di aspettative non sempre ragionevoli e realistiche. Nonostante la pressione esterna, emerge l'importanza di rispettare le incertezze della decisione del partecipante e il processo di maturazione della decisione, considerando che paura e disagio possono compromettere una serena partecipazione. La pandemia ha sollecitato anche il diffondersi di modalità alternative rispetto al consenso scritto (consenso orale o fotografato/videoregistrato alla presenza di testimoni) oltre che la implementazione dell'uso di tecnologie digitali velocizzando e migliorando l'informazione per i pazienti.

Nell'ambito dei campioni biologici emerge sempre più l'importanza di una specificazione della finalità della ricerca, e la forte spinta solidale alla condivisione di campioni biologici come opzione possibile, in contrapposizione alla linea di tendenza individualistica¹⁷. La condivisione assume una valenza umanitaria e solidale, nell'ambito della c.d. svolta partecipativa, nel contesto della ricerca biomedica data l'urgenza di risposte per la collettività. La raccolta dei dati nell'ambito della partecipazione alla ricerca della pandemia deve essere veloce e accurata, secondo i criteri di qualità, accessibilità, trasparenza, standardizzazione, interoperabilità. La protezione dei dati deve essere garantita, ma non deve impedire le misure contro la pandemia, essendo la lotta alla pandemia un valore condiviso da tutte le nazioni, come interesse globale dell'intera umanità.

¹⁷ In tema, M. TOMASI, *Genetica e costituzione: esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019, 25 ss.

Diritto, tecnologia, scienze applicate: regimi di conoscenze e professionalità integrate per la qualità della giustizia

Daniela Piana*

Reviews

LAW, TECHNOLOGY, APPLIED SCIENCES: EPISTEMOLOGICAL REGIMES AND INTEGRATED PROFESSIONALISM FOR THE QUALITY OF JUSTICE

ABSTRACT: Once these epistemological approaches interact with the legal reasoning of the judge or interplay with the current patterns of organization featured by courts and legal institutions, the overall outcome is deeply and widely influenced by the degree of awareness actors enjoy with regard to 1) how to combine these different approaches, 2) how to make the best for the quality of justice out of this interplay 3) how to make for the laypeople and the society the use of sciences and technologies applied within the legal and justice sector. The author suggests a new model of professionalism for the XXI legal and justice sector, where different epistemological regimes enter into a virtuous dialogue.

KEYWORDS: Law and technology; professionalism; epistemological regimes; legal and judicial training; court expertise

SOMMARIO: 1. Soltanto una espansione delle opzioni di scelta? – 2. “Autoctonie” che si incontrano? – 3. Professionalità di cui abbiamo bisogno.

Homo sum, humani nihil a me alienum puto.

Terenzio

1. Soltanto una espansione delle opzioni di scelta?

A fronte della pervasiva diffusione e dell'intensa applicazione delle scienze dell'informatica, della matematica e della tecnologia digitale all'interno dei diversi ambiti di interazione sociale, economica e culturale, nonché della funzionalità delle istituzioni, oggi l'idea che le scienze e la tecnologia aumentano le nostre opportunità di scelta è oggetto di un consenso diffuso¹.

* Daniela Piana, Professore di scienza politica, Università di Bologna, componente del tavolo tecnico OCSE sulle giustizia e del Comitato scientifico del Consiglio di Stato, d.piana@unibo.it. L'autrice ringrazia i referee per avere condiviso suggerimenti ed idee. Il presente contributo si situa nel contesto della discussione di ampio respiro su temi affrontati sul piano giurisprudenziale sia a livello nazionale, sia a livello europeo e transnazionale. Data l'impostazione metodologica dell'articolo, si è scelto di non affrontare nel dettaglio la giurisprudenza, discussione e disamina che richiederebbero l'elaborazione di un lavoro dedicato a questo. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

Intervenendo su quella che lucidamente Cass Susstein chiama “architettura della scelta”² ossia l’insieme generato da un tessuto intricato di fattori entro cui si situa il percorso che porta dalla definizione di un agire intenzionale al suo effettivo dispiegarsi, scienze applicate e tecnologia sono considerati come volano di espansione di quel ventaglio di opzioni dell’agire. Ciò che si intende è che conoscendo più opzioni ed avendo più informazioni – e più fortemente fondate – in merito alla attendibilità di queste, allora la scelta si espande e sarà migliore.³ Dinanzi alla scelta si pone il decisore.

Tale trasformazione ha coinvolto anche il mondo professionale e in particolare quelle professioni che intervengono nell’interfaccia con il settore pubblico nella produzione di beni collettivi o che sono, esse stesse, espressione funzionali di diritti fondamentali – come l’avvocato. L’incontro fra la tecnologia e le istanze della *public governance* è stato interpretato come un modo per aumentare le opzioni di scelta, per rispondere a domande di servizi sempre più complesse e diversificate.⁴ Egualmente da parte dei programmi nazionali e transnazionali che promuovono la tecnologia come fattore di progresso umano, il digitale è visto come strumento che moltiplica le opportunità che sono poste dinanzi ai cittadini per far valere i propri diritti.⁵

Accanto alla ‘narrativa’ centrata sulla espansione delle opportunità e sull’aumento del grado di oggettività della valutazione che ogni attore fa sulla attendibilità/utilità delle stesse, vi è una ‘narrativa’ sviluppata soprattutto nel settore pubblico, in diretta relazione con l’espansione della complessità procedurale e processuale che lo contraddistingue, centrata sul tema della standardizzazione e della oggettivizzazione, come viatici per raggiungere un livello di performance più elevato.⁶ In questo contesto, la trasformazione digitale è intesa in una logica di aumento della uguaglianza di accesso in ragione a) dell’aumento delle opzioni di scelta e b) dell’abbassamento dei costi legati a quelle opzioni. Molto più di rado si è affrontato, quantomeno in modo sistematico, la questione di quali siano le

¹ Y. BENCKLER, *The Wealth of Networks: How social production transforms markets and freedom*, 2006; J.R. BENIGER, *The Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society*, Cambridge, 1986.

² C. SUSSTEIN, *Freedoms*, Princeton, 2018.

³ Non è questa la sede per entrare nel merito della seppur ricchissima letteratura in materia di agire intenzionale. Ci limitiamo a richiamare quanto elaborato dalla psicologia cognitiva e della scienza della decisione che si sono cimentate nello studio del nesso fra conoscere ed agire sul piano empirico, in taluni, importanti, filoni di ricerca, sperimentale. Solo a titolo esemplificativo di un settore di ricerca di lungo corso che meriterebbe una trattazione a parte, rimandiamo a D. KAHNEMAN, *Thinking Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011; R. SUGDEN, *Looking for a Psychology for the Inner Rational Agent Social Theory and Practice*, 2015, 41, 579-598, una rivitalizzazione critica di questa letteratura applicata alla analisi empirica delle istituzioni in D. PIANA, *La scommessa di Pascal*, Soveria Mannelli, 2005, e sul piano organizzativo J. EGGERS AND S. KAPLAN, *Cognition and Capabilities: A Multi-Level Perspective*, in *The Academy of Management Annals*, 2013, 7(1): 293-338.

⁴ A. BARRY, *Political Machines. Governing a Technological Society*, London, 2001; J. CLARKE, *Performing for the Public: Doubt, Desire, and the Evaluation of Public Services*, in DU GUY, P (ed.) *The Values of Bureaucracy*, Oxford. Si veda poi A. MARTON, *Self-Referential Technology and the Growth of Information. From Techniques to Technology to the Technology of Technology*, in *Soziale Systeme*, 2009, 15/1, 137-59.

⁵ W. ACKERMANN, B. BASTARD, *Innovation et gestion dans l’institution judiciaire*, Paris, 1993 ; S. GABORIAU, *Justice en Europe : état d’urgence démocratique*, in *Délibérée*, 3, 1, 2018, 64-70.

⁶ È qui rilevante ricordare come il criterio della performance abbia acquisito all’interno del paradigma di policy sulla qualità della giustizia. Si veda la discussione dei criteri che hanno strutturato tale paradigma e lo hanno qualificato anche in relazione agli attori internazionali che sono intervenuti sul tema D. PIANA, *Quality of Justice as an Institutional Game*, *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 2016, 22, 2, 165-189.

condizioni entro cui criteri di validazione e accettabilità delle opportunità di decisione che nascono in regimi di conoscenza⁷ diversi – il diritto, la tecnica, la scienza ovvero le scienze nella loro plurale definizione epistemologica – possono entrare in un dialogo virtuoso. In altri termini, se tradizionalmente la ratio decidendi si assume sia centrata su una fonte di norme e criteri di validazione/accettabilità, in un mondo dove saperi diversi si parlano perché messi in relazione attraverso la disponibilità di interfaccia digitali resta da chiedersi quali siano le ratio decidendi o, più propriamente, come diverse ratio si combinano.

Per rispondere a tale interrogativo occorrerebbe definire anche quali sono le condizioni entro cui attori le cui professionalità nascono con una forte centratura su una competenza dominante – il diritto, la tecnologia, la scienza dell'informazione, le scienze naturali, le scienze mediche, le scienze dell'organizzazione ecc – arrivino ad interagire in modo tale da potere operare nel rispetto sia della pluralità dei saperi, sia del primato che nel settore pubblico deve restare quello della tutela dei diritti della persona.⁸

Questo lavoro si pone come obiettivo quello di discutere tali profili con riferimento al settore della giustizia. Le argomentazioni sviluppate sono orientate a mostrare a) l'interesse dell'osservare le normatività⁹ plurali che intervengono nella coniugazione di diversi saperi all'interno del sistema giustizia in una ottica sia di qualità della giurisdizione, sia di qualità della gestione di servizi e risorse che il sistema distribuisce sul territorio al fine di assicurare qualità della giurisdizione in modo eguale per i cittadini e le comunità; b) la necessità di trarre dalla natura plurale dei regimi di conoscenze che gravitano attorno alla giustizia le conseguenze opportune in termini di formazione e soprattutto di validazione delle professionalità di cui oggi il sistema giustizia ha bisogno. Alcuni passi nella direzione au-

⁷ La nozione di « regime di conoscenza » va qui intesa come concetto che denota l'insieme delle procedure che presiedono alla creazione, al controllo, alla validazione delle conoscenze che costituiscono il tratto distintivo di professionalità istituzionali riconosciute attraverso meccanismi regolativi. Le procedure di accreditamento dei percorsi deputati alla creazione e trasmissione di tali conoscenze – appartenenti largamente al mondo della formazione e del reclutamento professionale – fanno parte della estensione semantica di tale concetto. Esso è tratto da una intuizione condivisa da Jacques Commaille in occasione del primo convegno internazionale sulle teorie elaborate per spiegare le riforme della giustizia e sulle teorie che spiegano il funzionamento dei sistemi di giustizia assunte come premessa alla previsione di potenziali impatti – dati i meccanismi causali che nelle suddette teorie sono identificati – di interventi normativi sia di hard sia di soft law. Da quella intuizione iniziale si compie in questo nostro lavoro un passo in avanti nella direzione di enucleare i confini di un "oggetto" astratto, surveniente rispetto a comportamenti e strutture sociali, che chiamiamo "regime di conoscenza" e che andrebbe studiato operazionalizzandone le dimensioni: procedure, spazi, meccanismi di creazione, controllo, validazione, accreditamento, diffusione, revisione di competenze professionali rilevanti ai fini della produzione di beni collettivi e della tutela di diritti individuali.

⁸ J.D. MARSHALL, *Performativity: Lyotard and Foucault Through Searle and Austin. Studies in Philosophy and Education* 1999, 18, 309–317 (1999). J. KAGAN, *Characterizing the Three Cultures*, in *The Three Cultures: Natural Sciences, Social Sciences, and the Humanities in the 21st Century* (1-50). Cambridge, 2009.

⁹ Per normatività si intenderà qui l'insieme dei criteri rispetto a cui le conoscenze e i saperi sono validati e considerati quindi una ottica epistemologica prima e poi, essendo riconosciuti ed istituzionalizzati, in una ottica istituzionale. Le normatività sono al centro della deontologia professionale, ma sono anche il punto focale che orienta e ispira i percorsi di formazione e di validazione delle competenze conseguite. È chiaro che un approccio fondato essenzialmente sulla interdisciplinarietà come quello qui proposto implica che queste normatività plurali entrino in un dialogo virtuoso, partendo dal primo passo che è quello del mutuo conoscersi e riconoscersi.

spicata sono identificati nelle recenti azioni di potenziamento del personale che sono state intraprese a livello ministeriale, ma molto potrebbe ancora essere fatto con la partecipazione di tutte le istituzioni responsabili, ciascuna per la propria competenza professionale e la propria missione istituzionale, nel validare saperi e metodi di lavoro.

Il lettore troverà un grandangolo delle questioni sul tavolo, che non saranno approfondite in modo analitico, esaustivo e dettagliato. Il loro tratteggio, tuttavia, permette di intravedere lo scenario di insieme, il quale si connota per una inedita domanda funzionale di meccanismi di governance che insistono sul modo con cui sono a) combinati i saperi nel sistema giustizia e b) sono messi in relazione trasparente, prevedibile e standardizzata criteri di validazione delle competenze e delle professionalità che inevitabilmente si inquadrano in regimi epistemologici diversi fra loro. Per fare questo si procede in tre snodi argomentativi, uno di perimetrazione del tema, uno di tratteggio degli snodi significativi per il design della governance delle professionalità, uno su alcune proposte per un sistema giustizia che dovrebbe affrontare il tema del connubio fra saperi sotto condizione dell'indiscusso primato del principio – normativo – del giusto processo. Le riflessioni qui proposte tratteggiano le macro-dimensioni di un problema, i cui aspetti più specifici meritano di essere approfonditi in lavori che vanno al di là dello spazio di questo.

2. “Autoctonie” che si incontrano?

È stata sviluppata una vasta letteratura per esplorare le conseguenze che tecnologia e scienza dell'informazione hanno o possono avere sulla legittimità delle azioni di potere. Più di rado ci si è dedicati a discutere cosa significa, una volta che la trasformazione digitale e lo sviluppo scientifico si sono riflessi nella riorganizzazione del lavoro e nella riqualificazione delle mansioni all'interno di istituzioni pubbliche, mantenere un sistema che eroga servizi nel rispetto di diritti fondamentali – che sono il criterio normativo primario e sovraordinato rispetto ad altri – coniugando diversi standard di comportamento e diversi criteri per validare, valutare o sanzionare comportamenti e scelte.

Gli esperti di scienze umane e sociali hanno affrontato questo argomento da diverse angolazioni, rivelando gli effetti sul modo di vivere quotidiano, sul potenziale trasformativo del digitale rispetto al modo in cui le mansioni sono gestite nelle organizzazioni complesse, sugli effetti, sia attesi che imprevisi, della tecnologia digitale sulle interfacce istituzionali dove si scambiano risorse, idee, informazioni, ecc.

Occorre innanzitutto riconoscere che l'impatto delle tecnologie sulle scelte e sulle opzioni di scelta è accompagnato da un impatto dell'ambiente normativo in cui siamo. Tale ambiente è fatto di relazioni di significato sociale, simboli, cognizione della realtà presente e proiezione della realtà futura. Più concretamente, l'arrivo della tecnologia digitale ha comportato l'attivazione di processi di trasformazione che hanno inizio già dalle procedure, dal modo in cui si gestisce l'uso delle tecnologie nell'interfaccia con gli utenti. Apriamo il sito di un intermediario di viaggio: riempiamo le caselle con un meccanismo di "menu", non usiamo tutti i segni disponibili sulla tastiera, digitiamo solo quelli che la matrice del computer accetta, a seconda di come è stato proiettato. Ci colleghiamo al sito per presentare una domanda per un dottorato: troviamo le opzioni di menu, in un ordine predeterminato, struttureremo la domanda e il contenuto che dovrebbe essere trasmesso alla giuria di selezione, nell'or-

dine fornito dalla matrice dell'interfaccia. Potremmo moltiplicare gli esempi all'infinito. Ma la dimensione regolativa della tecnologia non si manifesta solo nei dispositivi "a tendina" o nelle matrici di interfaccia fra siti o banche dati.

L'arrivo della tecnologia digitale ha comportato una trasformazione strutturale, contemporaneamente di ristrutturazione, *reshuffling e layering*,¹⁰ di sistemi di riferimento normativo rispetto a cui vengono fatte le scelte. Il "fatto digitale e digitalizzato" penetra nel mondo organizzativo per trasformarne la chiave di volta: la conoscenza degli standard di comportamento, i parametri rispetto a cui e entro cui ci si orienta per prendere decisioni.

È questa seconda dimensione dell'impatto trasformativo della tecnologia digitale che interessa in modo particolare il mondo della giustizia. Vi sono molti modi per affrontare il tema, oggi prioritario, del rapporto fra giustizia e tecnologia: molti di questi costituiscono la *ratio* con cui se ne discute nelle arene internazionali, centrando il focus della agenda istituzionale sul potenziale di efficienza che la tecnologia introduce con le proprie forme di standardizzazione e di contrazione dei tempi di trattazione di informazioni e dati.¹¹

Vi è poi la prospettiva, più interna al mondo degli operatori del diritto, che osserva come la tecnologia porti con sé, oltre al potenziale di sviluppo, una tensione con valori e principi cardinali del sistema democostituzionale, ad esempio aprendo un varco a forme di "sorveglianza"¹² o a forme di minaccia alla privacy e alla sfera individuale di cui non possiamo non tenere conto.¹³

Marginale sino ad oggi nel nostro paese è la riflessione sull'effetto generato dall'incontro fra giustizia e sviluppo tecnologico in termini di creazione di spazi dove l'esercizio di una funzione di raccordo fra normatività diverse, ancorché in necessario dialogo, deve essere garantito e messo nelle mani di profili professionali formati con questa prospettiva.¹⁴

Sul piano teorico, quali sono i meccanismi di controllo validazione e revisione delle decisioni che si basano su conoscenze provenienti da diversi "regimi" così come li abbiamo definiti? Come si articola questo sistema che mette insieme scienza, tecnica e diritto nello strutturare l'architettura delle scelte degli operatori della giustizia?

Avrebbe senso istituire dei meccanismi o degli organismi permanenti che garantiscano la trasparente partecipazione di attori il cui profilo professionale è riconosciuto secondo regimi di conoscenza diversi ad esempio nella progettazione nella produzione nella verifica dell'utilizzo e nella valutazione – tecnica sociale e giuridica – di innovazioni tecnologiche ad impatto strutturale, come gli investimenti sulle reti, i sistemi di cyber-security, gli applicativi adottati nella pubblica amministrazione, le forme di remotizzazione delle repository dei documenti che fanno riferimento alla posizione di ciascun cittadino rispetto alla pubblica amministrazione, ecc.?

Crediamo che l'esperienza fatta nel mondo della giustizia ci sia ragioni di fatto molto forti per argomentare in favore di simili soluzioni istituzionali.

¹⁰ Riprendiamo i termini da James Mahoney e Kathleen Thelen, *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*, Cambridge University Press, 2010.

¹¹ D. PIANA, *Retour à Glasgow: normativité, performativité et gouvernance du judiciaire en Europe*, in B. FRYDMAN e A. VAN WAEYEBERGE (eds), «Gouverner par les standard et les indicateurs». Bruxelles, 263-275.

¹² S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2018.

¹³ S. LACOUR, *La sécurité de l'individu numérisé*, Paris, 2009.

¹⁴ D. PIANA, *La giustizia e i suoi saperi*, Roma, 2018.

Nel sistema giustizia poi a diversi livelli di governance esiste il bisogno funzionale di assicurare una co-partecipazione di saperi diversi, declinati all'interno del perimetro rappresentato dalla qualità della giurisdizione e della organizzazione giudiziaria. Senza alcuna pretesa di esaustività, riteniamo che debbano essere riconosciuti tre livelli di osservazione, il primo individuale, il secondo a livello organizzativo e il terzo a livello di sistema.

Il livello individuale consta di due aspetti. Il primo attiene specificatamente alla modalità con la quale ciascun attore pensa e giustifica le sue decisioni. Osserviamo il giudice che elabora la motivazione di una sentenza e che è nella posizione di dovere strutturare il ragionamento tenendo conto, come spesso accade, di almeno due forme di conoscenza, una di tipo giuridico e una di tipo tecnico o scientifico, le due essendo rette da forme di validazione diverse.¹⁵ La questione è stata affrontata correttamente nella letteratura internazionale innanzitutto mostrando come la combinazione del ragionare in termini giuridici con il ragionare in termini scientifici non debba essere inquadrata in termini dicotomici. Si necessita infatti di un approccio più mitigato che riconosce come il ragionamento del giudice e l'elaborazione della motivazione siano debitori di forme della razionalità plurali, la cui composizione deve, in ogni caso, in ultima istanza, passare il vaglio dei criteri di validazione di carattere giuridico e giurisprudenziale.¹⁶ In concreto, va detto che l'incontro fra diritto e scienze si pone oggi come un puzzle da comporre non soltanto sul piano della logica del ragionamento, ma anche sul piano delle politiche di governance.¹⁷

Vediamo il *livello organizzativo della giurisdizione*. Le "finestre decisionali" entro cui entra la scienza e la tecnica, intese come sistemi di conoscenze e di standard che orientano decisioni e scelte, si affacciano nel mondo della giustizia sono numerose e crescenti. Alcuni esempi. Dal 2015 le spese di funzionamento dei palazzi di giustizia sono gestite attraverso una effettiva azione del Presidente della Corte di appello, nel quadro di una ripresa del controllo del centro del sistema – il Ministero di Giustizia – della competenza, fino ad allora nell'ambito delle funzioni svolte dai Comuni, di assicurazione della funzionalità dei palazzi di giustizia.¹⁸ L'istituzione delle Conferenze permanenti, composte dai capi degli uffici e dai dirigenti amministrativi, presiedute e convocate dal presidente della Corte di appello, ovvero, nelle sedi che non sono capoluogo del distretto, dal presidente del tribunale, testimonia del bisogno funzionale di dotarsi di uno strumento organizzativo per individuare i fabbisogni

¹⁵ J. KALLINIKOS, *The Consequences of Information. Institutional Implications of Technological Change*, Elgar, 2006.

¹⁶ D. WALTON, *Legal Reasoning and Argumentation*, In *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, ed. G. BONGIOVANNI, G. POSTEMA, A. ROTOLO, G. SARTOR, C. VALENTINI AND D. WALTON, Cham, 2018, 47-75.

¹⁷ Si muovono sulle questa linea le molte iniziative intraprese a livello circondariale e distrettuale aventi come obiettivo quello di assicurare uno standard di qualità delle conoscenze fornite nel contest delle CTU e delle prestazioni peritali, laddove la qualità non va intesa solo in senso sostanziale, ma anche in senso gestionale e comunicativo. D'altra parte anche dal lato delle professionalità tecniche la interazione con gli organi giurisdizionali e la declinazione delle competenze nel contesto endoprocessuale costituiscono, seppur non esauriscono la ampia tematica del rapporto diritto, scienze e tecniche, un tema sul quale ci si è cimentati con uno obiettivo istituzionale di razionalizzazione e di garanzia di qualità. Si veda in tal senso lo schema di decreto ministeriale recante regolamento concernente modifiche al decreto del Ministro della giustizia 12 agosto 2015, n. 144, recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista, ai sensi dell'articolo 9 della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

¹⁸ Legge 23 dicembre 2014, n. 190, art.1 comma 526. Trasferimento al Ministero della Giustizia delle spese obbligatorie di cui all'art. 1 della legge 24 aprile 1941, n. 392.

necessari per il funzionamento degli uffici (manutenzione di immobili, riscaldamento, climatizzazione, utenze, pulizia e disinfestazione, raccolta e smaltimento dei rifiuti, giardinaggio, facchinaggio, traslochi, vigilanza, custodia)¹⁹. A fronte di una crescente complessità dell'ambiente entro cui gli uffici giudiziari operano, le competenze tecniche che in questo contesto diventano dirimenti per prendere decisioni sono conseguentemente amplificate. Vi è un ulteriore esempio che ancor più esemplifica il ragionamento che intendiamo proporre. La obbligatorietà del processo civile telematico e l'avvio del percorso che orienta gli uffici giudiziari verso il processo penale telematico hanno introdotto ed ancor più introdurranno nell'organizzazione del lavoro e delle mansioni all'interno della giurisdizione e nella amministrazione della giustizia forme di gestione delle scelte e dei comportamenti che sono eteronome rispetto alla normatività che è "embedded" nella organizzazione del lavoro basata e orientata dalla "sola" procedura, civile o penale.²⁰ In altri termini, l'operatore che deve decidere come agire, anche nella attività quotidiana, si trova dinnanzi a una architettura delle scelte che dipende sia dalla procedura, sia dalla tecnologia.

A livello organizzativo la *governance* di questa "combinazione di normatività" non ha solo a che vedere con il rapporto che intercorre fra singolo magistrato o cancelliere o avvocato e il formante tecnologico del processo,²¹ ma anche con la capacità di assicurare che lo spazio digitale sia adeguatamente predisposto e che risponda alle esigenze funzionali. Infine, un ulteriore contesto in cui normatività giuridica e normatività tecnica e scientifica si incontrano e necessitano di essere opportunamente coniugate è quello della applicazione delle forme di intelligenza artificiale nei diversi snodi che vanno dalla domanda di giustizia fino alla esecuzione delle sentenze.²²

Operare attraverso la costruzione di sistemi di diagnosi e analisi di andamenti giurisprudenziali che offrano una informazione estratta da basi dati e resa disponibile ad operatori del foro e della magistratura significa introdurre nella giurisdizione una normatività "ibridata", dove la determinazione delle tendenze giurisprudenziali e la conseguente valutazione del rischio di soccombenza di un impianto argomentativo si incontrano con standard giuridici entro cui si articola più propriamente l'argomentazione degli attori del processo.

Infine consideriamo il livello sistemico. I sistemi giustizia, intesi come complesso di interazioni fra livelli istituzionali e unità organizzative, accomunati dall'orientamento verso la qualità della giurisdizione e la qualità della amministrazione che a quella è necessaria, si trovano oggi dinnanzi a diverse nuove funzioni da esplicare in virtù degli sviluppi tecnologici e scientifici. Fra questi, innanzitutto la creazione di competenze al centro del sistema che siano in grado di presidiare sia in una chiave di sviluppo sia in una chiave di diffusione e manutenzione dei sistemi informativi e delle infrastrutture tecnologiche immateriali che sono ormai necessarie sia alla garanzia della privacy, sia alla garanzia

¹⁹ Regolamento sulle misure organizzative a livello centrale e periferico per l'attuazione delle disposizioni dei commi 527, 528, 529 e 530 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 2014, n. 190.(15G00148), art 3.

²⁰ HAGAN, M., *The user experience of the Internet as a legal help service: defining standards for the next generation of user-friendly online legal services*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 2016, 20(394): 411–417.

²¹ Su questo si veda Liccardo, P. In Castelli, C. et al. *Innovazione e governo del territorio*, Roma, Carocci, 2014.

²² BEN-ARI, D., FRISH, Y., LAZOVSKI, A., ELDAN, U. AND GREENBAUM, D., *Artificial Intelligence in the practice of law: an analysis and proof of concept experiment*, in *Richmond Journal of Law & Technology*, 2017, 23(2): 2–55; COULSON, S., *Normative ethics and the changing face of legal technology: or how to stay relevant in a transformed profession*, in *The Advocate*, 2017, 76, Part 1.

della cyber-security, sia ancora alla garanzia della funzionalità del sistema – nella continuità e nella stabilità.

Ma forse la sfida che più di ogni altra appare essere sulla agenda istituzionale dei sistemi di giustizia riguarda la necessità di integrare nelle articolazioni centrali della amministrazione competenze che siano di carattere non giuridico e che siano rivolte non tanto a presidiare la applicazione di standard di qualità di settore nell'ambito specifico di competenza dei servizi che operano nella amministrazione, quanto ad assicurare che sia possibile monitorare sulla base di set di standard definiti in modo comune fra professionalità diverse. Alcune proposte ci pare possano in tal senso essere fatte.

3. Professionalità di cui abbiamo bisogno

Le riflessioni che precedono hanno voluto mettere in evidenza il fatto che il mondo della giustizia vive oggi una nuova forma di “architettura delle scelte”, dove le norme che individuano e orientano scelte, decisioni e comportamenti, così come i riferimenti normativi che sono oggi pertinenti per valutare la qualità dell'operato che si esplica nel settore giustizia, sono caratterizzati da una forma nuova di pluralismo, dove la normatività giuridica è costretta ad incontrare e dialogare con altre forme di normatività, di carattere tecnologico e scientifico.

Se in uno scenario tradizionale la professionalità degli attori che operano nel contesto della giurisdizione e della amministrazione della giustizia può essere valutata rispetto alla rispondenza delle scelte e delle strategie con principi e criteri di carattere giuridico, in uno scenario contemporaneo di governance giudiziaria a formanti ibridi – diritto più scienza, diritto più tecnologia, ecc – la professionalità di cui il sistema ha bisogno è necessariamente plurale. Il punto qui messo in evidenza non vuole essere quello di chiedere la assegnazione di una professionalità plurima allo stesso attore, che sarebbe depositario della capacità di valutare e validare scelte e comportamenti rispetto a tutti i canoni qui menzionati.²³ L'idea non è quella di immaginare funzioni direttive e profili dirigenti che siano qualificati per competenze giuridiche, tecniche e scientifiche. Si tratta invece di immaginare sui raccordi fra centro e territori che idealmente si situano in modo più pregnante a livello distrettuale o a livello di amministrazione decentrata strutture organizzate e strutturate a più componenti professionali che siano coordinate da funzioni direttive del settore giustizia capaci di svolgere il ruolo di funzione di garanzia del dialogo fra standard epistemologici diversi.²⁴ Alcuni esempi si vedono già nel mondo della giustizia, come ad esempio la creazione di “cabine di regia” a componente mista – togata, forense, amministrativa, accademica e sociale – per lo studio delle forme di applicazione dell'intelligenza artificiale; la creazione di gruppi di lavoro trasversali fra amministrazione e team di ricerca, laddove questo risponde al dispiego di risorse scientifiche in vista del raggiungimento di un obiettivo sia accademico che di policy making; la creazione di unità organizzative negli uffici giudiziari con competenza in

²³ E. ROWDEN et al, *Gateways to Justice: Design and Operational Guidelines for Remote Participation in Court Proceedings*, 2013, Penrith, NSW: University of Western Sydney.

²⁴ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, PUF, 2018; T. M. PORTER, *Objectivity as standardization: The rhetoric of impersonality in measurement, statistics, and cost-benefit analysis*, in *Annals of Scholarship*, 9, 1992, 19-60.

materia di innovazione nelle quali partecipano anche esponenti del mondo della ricerca e dello sviluppo tecnologico.²⁵

Infine preme sottolineare quanto sia nodale in questa prospettiva tutta la formazione e la qualificazione professionale sia in una chiave di obbligo istituzionale sia – e forse ancor più – in una chiave di arricchimento culturale del sistema giustizia. A valle di tre anni che hanno registrato un aumento (inedito nell'ultimo ventennio) di personale, ora è il momento della costruzione delle competenze e delle professionalità, proprio in quei punti di interfaccia in cui la giustizia – come funzione vitale per lo sviluppo del paese – dialoga con altre forme di organizzazione della conoscenza e altre forme di normazione dell'agire.

Professionalità di carattere organizzativo, gestionale, economico, statistico, solo per riassumere, senza pretesa di esaustività, le competenze di cui oggi gli uffici giudiziari sembrano avere maggiore necessità, sono risorse umane e cognitive di estremo valore e rappresentano una opportunità di integrazione di conoscenza motivata, aggiornata, da affiancare a quella più consolidata, legata alla memoria collettiva dell'ufficio rappresentata dal personale amministrativo strutturato. Le due risorse insieme possono attivare meccanismi di virtuosa sinergia, come è stato possibile individuare da ricerche qualitative svolte negli ultimi anni.²⁶

In sintesi, per rispondere alla domanda su quali professionalità e competenze siano utili ad un sistema della giustizia di qualità occorre fare riferimento a due dati. Il primo riguarda le funzioni che vengono svolte nei sistemi di giustizia oggi e che non erano state previste nella architettura che informa l'ordinamento giudiziario e nella normativa tradizionalmente riguardante la gestione del personale. Nonostante le norme siano rimaste largamente invariate – se si fa eccezione per la riforma Castelli Mastella che recepisce uno spostamento verso competenze di carattere organizzativo e gestionale dei capi ufficio – nei fatti gli uffici giudiziari si sono trovati a dovere dare una tempestiva risposta sia alla introduzione di innovazioni tecnologiche – si pensi alle sperimentazioni della consolle del magistrato e del PCT a partire dalla metà degli anni 2000 – con le conseguenti pressioni adattive che queste hanno comportato, sia all'ampliamento dei servizi di supporto al funzionamento dell'ufficio, come la gestione delle spese di giustizia, gli uffici statistici per le corti di appello, solo per fare alcuni esempi. Pertanto, ciò che si è chiesto al personale è stata un'azione di stretching delle proprie capacità e competenze spesso integrando con un processo *problem driven* conoscenze che erano state acquisite tempo addietro e che avevano come centro la conoscenza del diritto o delle procedure di carattere contabile, amministrativo, gestionale.

Al *gap* fra struttura e funzione di cui spesso si è parlato – e non soltanto per quanto riguarda il sistema giustizia anche se per quest'ultimo si tratta di una caratteristica particolarmente pregnante – va associato un secondo dato che mette l'Italia in prospettiva comparata. Dai rapporti pubblicati dalla CEPEJ emerge che l'Italia si qualifica per la scarsa dotazione di personale con competenze organizza-

²⁵ KERIKMÄE, T., MÜÜRSEPP, P., SÄRAV, S. AND CHOCHIA, A., *Ethical Lawyer or Moral Computer – Historical and Contemporary Discourse on Incredulity between the Human and a Machine*. Вісник Національної академії правових наук України, 2017, 2(89): 27–42.

²⁶ Ci cita in tal senso, a titolo meramente esemplificativo, il programma JUSTICE ER all'interno del quale la Regione Emilia Romagna le università e gli uffici giudiziari del territorio regionale hanno condiviso percorso di micro ricerca applicata con saperi diversi introdotti nel mondo della giustizia attraverso lo strumento della borsa di ricerca applicata.

tive e manageriali all'interno delle cancellerie. In realtà il direttore amministrativo che viene introdotto proprio per rispondere ad una esigenza di carattere gestionale non rappresenta una soluzione adeguata se non in casi – contingenti – in cui il profilo individuale della persona che svolge questo ruolo è comprensivo di competenze di carattere manageriale acquisite per lo più attraverso l'esperienza, il *learning by doing*.

In altri termini il percorso strutturato che assicuri nella formazione-reclutamento-promozione di carriera l'inserimento certo di capacità distribuite nei diversi uffici ed aventi nel percorso di costruzione delle stesse una garanzia di dialogo, appare di altissimo valore aggiunto per la qualità del sistema giustizia nel suo complesso. "Di quali saperi si avvarranno le cancellerie e le segreterie dei tribunali e procure nel prossimo futuro?" Sarebbe questo l'orizzonte temporale entro cui deve situarsi un ragionamento che abbia come obiettivo quello di garantire che professionalità necessarie siano create e certificate nel corso degli anni attraverso un percorso che da «pilota» (sperimentale) deve trasformarsi in sistematico ed istituzionalizzato.

Come strutturare tale percorso? e quali istituzioni dovrebbero certificarne contenuti e portato formativo? Vi sono due strumenti che possono essere utilizzati in una chiave di programmazione didattica nelle università. Il primo è il dottorato con tesi di ricerca applicata. Ad esempio, si possono immaginare percorsi specifici applicati alle corti di appello per gli uffici di statistica aventi come oggetto la statistica giudiziaria del distretto e come prodotto una analisi metodologicamente solida, fruibile nel mondo scientifico ed istituzionale, che costituisce un precedente analitico al quale fare riferimento. Il o la titolare di borsa dottorale può svolgere la propria ricerca applicata a stretto contatto con la corte e può altresì trasmettere competenze di gestione di strumenti statistici e di analisi quantitativa dei dati di grande utilità per l'ufficio anche quando la ricerca dottorale sarà terminata. Un secondo strumento, non incompatibile con il primo, è quello del master professionalizzante. Si tratta di un percorso che dovrebbe avere degli addentellati con le procedure di reclutamento ed in particolare essere connesso con clausole di riconoscimento delle competenze acquisite nell'ambito delle procedure di concorso pubblico. Il master dovrebbe avere la possibilità di frequenza anche per quei o quelli funzionari(e) di cancelleria che volessero riqualificare le proprie competenze.

Sono soltanto possibili soluzioni. La accelerazione delle forme di *e-learning* e *distant learning* cui abbiamo di recente assistito può offrire molte utili finestre di riflessione e di arricchimento dei canali di fruizione anche in risposta alle barriere che la mobilità pone sovente alla formazione professionale cosiddetta *life long*. In ogni caso, si tratta di una strategia di lungo periodo che richiede l'impegno di diversi attori e di diverse istanze politico-istituzionali. L'evidenza empirica sui bisogni e sul potenziale di miglioramento però è condivisa. Questo lavoro ne ha inteso richiamare alcuni, sintetici, aspetti.

Obiezione di coscienza nell'interruzione di gravidanza ancora a giudizio? Punti fermi e prospettive future

*Benedetta Liberali**

CONSCIENTIOUS OBJECTION IN VOLUNTARY TERMINATION OF PREGNANCY STILL UNDER JUDGEMENT?
FIXED POINTS AND FUTURE PERSPECTIVES

ABSTRACT: The essay examines the problems connected to the exercise of the right of conscientious objection in the matter of voluntary termination of pregnancy, starting with the two recent decisions of the European Court of Human Rights against Sweden. Taking into account these two decisions and those of the European Committee of Social Rights against Italy, as well as the Italian constitutional principles, the essay focuses on the position of doctors and health professionals who decide to refuse services strictly connected to a freely chosen profession.

KEYWORDS: Health; conscientious objection; voluntary termination of pregnancy; European Court of Human Rights; self-determination

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le decisioni «gemelle» – 3. Il libero esercizio del diritto di obiezione di coscienza in relazione a una professione scelta liberamente – 4. Dalle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e del Comitato Europeo dei Diritti Sociali una possibile strada per un sindacato costituzionale o amministrativo?.

1. Premessa

Il trattamento sanitario di interruzione volontaria di gravidanza¹ ha da sempre posto numerose problematiche in merito alla sua legittimità, alle condizioni per il suo accesso, ai limiti e alle modalità per la sua esecuzione, in relazione alle posizioni del nascituro, della donna e dei medici e operatori sanitari coinvolti².

* *Ricercatore a tempo determinato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: benedetta.liberali@unimi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ In merito alla qualificazione dell'interruzione di gravidanza quale vero e proprio trattamento sanitario sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 455 ss. Significative le riflessioni di A. APRILE, P. BENCIOLINI, *Gravidanza, parto, nascita: questioni medico-legali nell'ottica del biodiritto*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 1769 ss., intorno alla stessa nozione di interruzione di gravidanza, che andrebbe intesa «semplicemente» quale «cessazione del processo della gravidanza, prima del suo termine fisiologico», e non come «sinonimo di aborto, termine che comporta, oltre all'interruzione della gravidanza, anche la morte del prodotto del concepimento».

² Sulle problematiche sottese all'interruzione volontaria di gravidanza e agli approcci dei diversi ordinamenti giuridici si veda innanzitutto M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994, 28 ss., oltre che G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di*

In particolare, sono emerse (e ancora emergono) le problematiche relative al bilanciamento fra la posizione della donna che intende interrompere la gravidanza (alle condizioni previste dalla disciplina di riferimento) e quella del personale sanitario che per motivi di coscienza non intende partecipare ad alcune o a tutte le fasi correlate al trattamento, unitamente alle criticità organizzative degli ospedali che, a fronte di un elevato e crescente numero di obiettori di coscienza, possono non riuscire a garantire la relativa prestazione sanitaria.

Due decisioni che potremmo definire «gemelle»³ della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (che già in precedenti occasioni si è pronunciata in materia di interruzione di gravidanza⁴) offrono l'occasione per tornare a ragionare nuovamente su tali profili ancora molto dibattuti nel nostro ordinamento.

In Italia, la legge n. 194 del 1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*)⁵, intervenuta a disciplinare la materia a seguito della nota sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale, riconosce all'art. 9 la possibilità di esercitare il diritto di obiezione di coscienza per una specifica categoria di soggetti (ossia il «personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie») e in relazione a specifiche prestazioni (ossia le «procedure» e le «attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza» e non quelle di «assistenza antecedente e conseguente all'intervento»).

Pur a fronte del libero esercizio di tale diritto e considerando i termini del bilanciamento con la posizione che si contrappone a quella del rifiuto di prestare simili attività – ossia quella della donna che richiede, alle condizioni previste dalla legge, di accedere al trattamento sanitario interruttivo della gravidanza – lo stesso art. 9 pone in capo agli ospedali innanzitutto e in secondo luogo alle Regioni rispettivamente un obbligo di organizzazione interna e di controllo di tale adempimento, anche attraverso la mobilità del personale. Solo in un caso, proprio dando rilievo alla posizione della donna, si impone un obbligo di intervento anche per i medici obiettori di coscienza: quando, «data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo».

Lorenza Carlassare, Napoli, 2009, 815 ss., I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 19 ss., e L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, 151 ss.

³ CORTE EDU, *Grimmark contro Svezia e Steen contro Svezia* (2020).

⁴ Si vedano, per esempio, CORTE EDU, *P. e S. contro Polonia* (2012), *R. R. contro Polonia* (2011), *A. B. e C. contro Irlanda* (2010), *Tysiack contro Polonia* (2007), *Vo contro Francia* (2004), *Boso contro Italia* (2002), su alcune delle quali si rinvia alle osservazioni di A. OSTI, *L'interruzione di gravidanza nella sentenza R. R. c. Polonia*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2011, 963 ss., L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2011, 445 ss., e A. BARAGGIA, *La sentenza A. B. and C. v. Ireland sotto la lente dell'ordinamento irlandese: osservazioni a prima lettura*, in *Rivista AIC*, 2, 2011, 1 ss.

⁵ Sulla disciplina della legge n. 194 del 1978 si vedano i primi commenti di G. GALLI, V. ITALIA, F. REALMONTE, M. SPINA, C.E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, 1978, e C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194)*, Padova, 1978, oltre che M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016.

Le decisioni della Corte Europea stabiliscono – in relazione agli specifici casi concreti sottoposti al suo esame – che la mancata definitiva assunzione di due ostetriche che si sono rifiutate di offrire le prestazioni connesse alla loro professione, in relazione all'aborto, non ha violato alcun diritto connesso alla libertà di pensiero e di espressione, non determinando nessuna discriminazione, proprio perché l'ordinamento svedese impone la garanzia dei servizi relativi al trattamento interrutivo della gravidanza.

Le concise e nette motivazioni che sostengono le decisioni rese nei confronti della Svezia contribuiscono a rafforzare le riflessioni che, in altra sede, si sono già svolte rispetto alle concrete conseguenze che, per il nostro ordinamento, si sono prodotte (o, meglio, avrebbero dovuto prodursi con maggiore immediatezza e rigore) a seguito delle due decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia rese nei casi *International Planned Parenthood Federation European Network* (reclamo collettivo n. 87 del 2012) e Confederazione Generale Italiana del Lavoro (reclamo collettivo n. 91 del 2013), che hanno accertato la violazione del diritto alla salute e del principio di non discriminazione in relazione alla posizione delle donne e anche del diritto al lavoro e alla sua dignità con riguardo ai medici non obiettori di coscienza⁶.

Al riguardo, vengono in rilievo non solo i documenti istituzionali costituiti dalle annuali relazioni del Ministero della Salute al Parlamento sullo stato di applicazione della legge n. 194, che non rilevano alcuna criticità in merito alla garanzia effettiva della prestazione sanitaria e all'organizzazione interna degli ospedali, ma anche, e soprattutto, le iniziative assunte da alcuni ospedali che con bandi di concorso nel settore hanno tentato di dare effettiva e concreta applicazione a quanto, in fondo, già prevede l'art. 9 (ossia l'obbligo di una adeguata organizzazione interna degli ospedali e di un controllo efficace da parte delle Regioni).

Più in generale, le decisioni della Corte Europea unitamente alle due decisioni sui reclami collettivi del Comitato Europeo sembrano ulteriormente sostanziare i profili di violazione dei diritti alla salute delle donne e del principio di non discriminazione, anche nei confronti dei medici non obiettori di coscienza, con specifico riguardo all'art. 117, primo comma, Cost.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), interpretata dalla Corte Europea in questi due specifici casi, e la Carta Sociale Europea (CSE), interpretata dal Comitato Europeo proprio nei con-

⁶ Sulle due decisioni del Comitato Europeo di vedano le riflessioni di M. D'AMICO, *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, 2014, 219 ss., L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo OnLine*, 2, 2016, 311 ss., e A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2014, 1 ss., oltre che, volendo, B. LIBERALI, *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 417 ss.

fronti dell'Italia (pur con alcune differenze su cui necessariamente ci si soffermerà oltre), infatti, costituiscono a pieno titolo parametri interposti nel giudizio di legittimità costituzionale⁷.

A tale riguardo, allora, si può giungere a ragionare sulle future eventuali prospettive di sindacato costituzionale dell'art. 9 della legge n. 194, nella parte in cui, non individuando precisamente quali misure debbano essere adottate dagli ospedali e dalle Regioni, non essendo sufficiente il riferimento alla mobilità del personale, a esso non viene data effettiva e completa applicazione: sia con riguardo ai parametri sovranazionali (attraverso il richiamo all'art. 117, primo comma, Cost. e, dunque, alla CEDU e alla CSE), sia con riferimento ai parametri costituzionali più propriamente interni (si pensi agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., per quanto riguarda la posizione delle donne, ma anche agli artt. 2, 3, 4, 35 e 36 Cost., rispetto ai medici non obiettori di coscienza).

Inoltre, proprio alla luce di quanto ha stabilito la Corte Europea (se pure nei confronti della Svezia) e sempre tenendo conto delle due decisioni rese dal Comitato Europeo, si possono individuare ulteriori argomentazioni a sostegno della piena legittimità dei sopra citati bandi che, come si vedrà, introducono con formulazioni analoghe l'obbligo per i candidati di garantire il servizio interruttivo di gravidanza (con ciò escludendo coloro che decidono di sollevare obiezione di coscienza).

2. Le decisioni «gemelle»

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo rigetta all'unanimità dei propri componenti i ricorsi presentati contro la Svezia da due ostetriche che lamentavano la violazione della libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9 CEDU) e della libertà di espressione (art. 10 CEDU), unitamente alla violazione del principio di non discriminazione (art. 14 CEDU).

I casi da cui originano i due ricorsi sono molto simili e riguardano il rifiuto di svolgere alcune prestazioni, fra quelle comunque rientranti nella professione di ostetricia, che concernono l'interruzione di gravidanza. A simile rifiuto fa seguito la mancata assunzione da parte degli ospedali in cui le ricorrenti prestavano servizio. In questa prospettiva, a loro avviso, si sarebbe determinata la discriminazione fondata sul legittimo esercizio della libertà di pensiero, di espressione, di coscienza e di religione, attraverso la decisione di non voler prestare quel tipo di attività relative all'aborto.

Per i giudici nazionali, invece, simili violazioni non erano configurabili, poiché la mancata assunzione costituiva una diretta conseguenza della (comunque pur sempre libera) scelta di non offrire determinate attività professionali che rientrano, però, a pieno titolo nella specialità prescelta (ugualmente in modo libero) dalle ricorrenti. Nessuna discriminazione, quindi, si sarebbe determinata (e di conseguenza nessuna violazione dei sopra citati diritti di libertà), poiché il medesimo trattamento sarebbe

⁷ Si veda a tal proposito la consolidata giurisprudenza costituzionale relativa alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo inaugurata con le note sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007 (sulle quali si veda M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3564 ss.) e il più recente orientamento della Corte costituzionale riguardante la Carta Sociale Europea (e il ruolo del Comitato Europeo dei Diritti Sociali) avviato con le sentenze nn. 120 e 194 del 2018, sulla prima delle quali si veda C. SALAZAR, *La Carta sociale europea nella sentenza n. 120 del 2018 della Consulta: ogni cosa è illuminata?*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, 905 ss., mentre sulla relativa ordinanza di rimessione e sulle prospettive di soluzione sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in *Federalismi*, 17, 2017, 2 ss.

stato riservato senz'altro ad altri lavoratori che avessero rifiutato, per qualsiasi altra ragione, di offrire quelle medesime o anche altre prestazioni e mansioni sanitarie richieste dalla specifica specializzazione professionale.

La Corte Europea, con motivazioni sostanzialmente identiche e in modo molto netto, a proposito dell'art. 9 CEDU chiarisce innanzitutto come esso non garantisca affatto un diritto a essere promossi o a occupare un determinato posto di lavoro nel settore pubblico. Se è pur vero che la libertà religiosa attiene alla libertà di manifestare il proprio pensiero e alla propria coscienza individuale (consentendosene una manifestazione non solo individuale, ma anche collettiva, oltre che pubblica), il suo esercizio può incidere sulle libertà altrui e per tale motivo la stessa CEDU prevede che ogni limitazione sia prevista dalla legge e debba essere necessaria in una società democratica per raggiungere un obiettivo legittimo, riconoscendo agli Stati membri un certo margine di apprezzamento.

Se, quindi, certamente il rifiuto di prestare determinate attività connesse agli interventi interruttivi motivato dalla fede religiosa e da motivi di coscienza costituisce una manifestazione della libertà religiosa di cui all'art. 9 CEDU, esso ha interferito con altri interessi, primo fra tutti con lo scopo stabilito dalla legge svedese di garantire la salute delle donne che a quel tipo di prestazione sanitaria intendono accedere (obiettivo legittimo), attraverso il generale obbligo per i dipendenti di prestare tutte le attività riconducibili alla professione.

Proprio l'obiettivo che l'ordinamento svedese si pone – ossia la garanzia del servizio sanitario nazionale in materia di interruzione di gravidanza su tutto il territorio – da raggiungersi attraverso un'ideale ed efficiente organizzazione del sistema, pur a fronte dell'esercizio della libertà di coscienza degli operatori sanitari, risulta particolarmente rilevante ai fini delle decisioni della Corte Europea. E, infatti, intorno a esso ruotano le ragioni che rendono niente affatto sproporzionato e irragionevole l'obbligo – in questo caso imposto alle ostetriche nel caso di assunzione – di adempiere tutti gli obblighi tipici del loro servizio professionale: la stessa legge svedese, in questa prospettiva, garantisce ai datori di lavoro un certo grado di flessibilità nell'organizzazione interna e, soprattutto, nel riconoscimento del diritto di richiedere che i dipendenti adempiano, in generale, i loro doveri professionali. Questi ultimi sono implicitamente accettati e di essi i dipendenti si fanno carico attraverso la stessa conclusione del contratto di lavoro (e, in fondo, ancor prima, nelle preliminari scelte di studio e professionali).

Se, come risulta dai casi concreti oggetto delle due decisioni, le ricorrenti avevano liberamente e volontariamente intrapreso la carriera professionale di ostetricia e, inoltre, si erano altrettanto liberamente e volontariamente candidate per i posti vacanti delle strutture ospedaliere interessate, esse erano altrettanto consapevoli che le mansioni richieste avrebbero compreso anche l'assistenza a quel tipo di interventi.

Si deve sottolineare come la Corte Europea tenga a ricordare che le strutture – a fronte degli iniziali rifiuti a svolgere le mansioni richieste – si erano adoperate per trovare una soluzione ragionevole, ossia garantire la continuità lavorativa, con il pur diverso incarico di infermiere.

Anche simile circostanza rende evidente come l'effettivo bilanciamento individuato nei casi concreti fosse stato garantito e avesse assicurato, in fondo, la posizione di tutte le parti.

Rispetto all'art. 10 CEDU, ritenuto violato in ragione delle conseguenze negative subite a fronte dell'esercizio della libertà di espressione anche pubblica della propria posizione rispetto all'aborto, la

Corte Europea ribadisce che tale libertà costituisce uno dei pilastri essenziali delle società democratiche pluralistiche e una delle condizioni essenziali per la stessa realizzazione dell'individuo. Se pure agli Stati membri viene riconosciuto un certo margine di discrezionalità nella disciplina del suo esercizio, gli eventuali limiti a esso posti devono pur sempre essere previsti dalla legge e costituire misure necessarie in una società democratica per garantire una serie di interessi, come la protezione della salute, della morale, della reputazione e dei diritti degli altri. Il sindacato operato dalla Corte Europea non si sostituisce certamente alla valutazione rimessa ai legislatori nazionali, ma ne controlla, entro questo specifico perimetro, l'esercizio.

In uno dei due casi (Grimmark), la ricorrente aveva concesso un'intervista pubblicata su un giornale in un momento in cui non vi era ancora alcun contratto di lavoro vincolante con la struttura ospedaliera: proprio tale intervista, a suo avviso, avrebbe indotto l'ospedale a non assumerla, così violando la sua libertà di espressione. La Corte Europea, analogamente a quanto statuito in relazione all'art. 9 CEDU, non ritiene che vi sia stata alcuna violazione, ricordando come i giudici svedesi avessero stabilito che il motivo della mancata assunzione fosse da ricondurre al rifiuto di garantire le prestazioni professionali richieste e non alla pubblicazione dell'intervista. Anche nell'altro caso (Steen) non vi era alcun contratto di lavoro vincolante fra le parti e la ricorrente lamentava la medesima violazione del proprio diritto di espressione a fronte della sua opinione rispetto agli interventi interruttivi. Analogamente all'altro ricorso la Corte Europea non ritiene che vi sia stata alcuna violazione dell'art. 10 CEDU, dovendo ricondursi la mancata assunzione non alle opinioni personali della ricorrente, ma al rifiuto di prestare le attività professionali richieste dalla tipologia di impiego prescelto.

Dopo aver dichiarato i ricorsi manifestamente infondati rispetto agli artt. 9 e 10 CEDU, la Corte da ultimo chiarisce che, in uno dei due casi (Grimmark), neppure vi è stata alcuna violazione del principio di non discriminazione (14 CEDU)⁸, che si potrebbe configurare laddove si individuasse un differente trattamento riservato a categorie di persone che si trovano in situazioni simili senza che vi sia alcuna ragionevole giustificazione. La ricorrente, in particolare, lamentava il diverso trattamento riservatole rispetto alle altre ostetriche, disposte a svolgere tutte le mansioni richieste. Proprio in tale ultima circostanza risiede per la Corte Europea l'elemento di irriducibile e insuperabile differenziazione che non consente affatto di assimilare e ritenere omogenee e paragonabili le due categorie di ostetriche.

3. Il libero esercizio del diritto di obiezione di coscienza in relazione a una professione scelta liberamente

Dalle due decisioni della Corte Europea emerge un profilo di grande rilievo, che sembra (forse finalmente) chiarire il punto maggiormente critico relativo all'esercizio del diritto di sollevare obiezione di coscienza (e, quindi, per questa via, di esprimere liberamente la propria posizione rispetto all'interruzione volontaria di gravidanza, con conseguenze che si dispiegano direttamente su altri soggetti, ossia le donne da una parte e dall'altra parte i medici che decidono di non sollevare analoga obiezione e di farsi conseguentemente carico della complessiva domanda di prestazioni sanitarie).

⁸ Rispetto al secondo ricorso (Steen), invece, la Corte Europea non ritiene soddisfatto il requisito del previo esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, non avendo la ricorrente eccepito simile censura davanti ai giudici nazionali.

Come si è accennato, in Italia, a seguito delle due decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali che hanno accertato la perdurante violazione non solo del diritto alla salute delle donne e del principio di non discriminazione (laddove esse incontrano difficoltà o non riescono ad accedere al servizio a fronte della mancata organizzazione degli ospedali e del mancato controllo da parte delle Regioni), ma anche dei diritti dei medici non obiettori di coscienza si sono registrate alcune iniziative di ospedali che hanno cercato di dare effettiva applicazione a quanto, in fondo, già prevede l'art. 9 della legge n. 194, laddove richiede che le strutture si organizzino, insieme al controllo delle Regioni, in modo tale da garantire l'accesso al trattamento interruttivo (e, quindi, anche in modo da non comprimere il libero esercizio – pure entro i limiti previsti dallo stesso art. 9 – dello stesso diritto di obiezione di coscienza).

Si pensi, per esempio, ai bandi di concorso dell'Azienda ospedaliera S. Camillo Forlanini e dell'Azienda ospedaliera universitaria Policlinico Umberto I di Roma oppure ancora a quello dell'Azienda ospedaliera Pugliese Ciaccio di Catanzaro, che, con formulazioni analoghe, hanno richiesto medici disposti a dare applicazione alla legge n. 194 (e, quindi, a non sollevare obiezione di coscienza)⁹.

Come si è in altra sede già sottolineato, simili bandi – oltre a non condurre al licenziamento di medici obiettori di coscienza presenti nelle relative strutture né tantomeno all'obbligo di revocare l'obiezione di coscienza – si limitano a «individuare medici che si rendano disponibili a effettuare proprio quelle prestazioni che altri (sia medici attualmente in servizio nella struttura, sia medici che non lo sono) non intendono svolgere (perché liberamente decidono di sollevare obiezione di coscienza)»¹⁰.

Con ciò, lungi dal potersi delineare profili di asserita discriminazione fra categorie di medici a seconda che decidano o meno di sollevare legittimamente obiezione di coscienza, sembra potersi ritenere che questi bandi oltre a dare effettiva applicazione all'art. 9 della legge n. 194, recepiscano le indicazioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, che ha deciso nel merito i sopra richiamati reclami collettivi nn. 87 del 2012 e 91 del 2013 che non ponevano affatto in discussione il riconoscimento e la legittimità del diritto di obiezione, ma mettevano in evidenza le concrete problematiche derivanti dalla mancata idonea organizzazione di ospedali e Regioni, a fronte dell'elevato e crescente numero di obiettori di coscienza.

Inoltre, seppure tali iniziative non possano rappresentare vere e proprie misure strutturali in grado di interessare l'intero territorio nazionale, esse sembrano rispondere alle due Risoluzioni adottate dal

⁹ Per una più distesa analisi dei bandi di concorso citati si rinvia a M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2017, 350 ss., D. PARIS, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge*, ivi, 353 ss., A. BURATTI, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, ivi, 357 ss., e C. B. CEFFA, *Gli irrisolti profili di sostenibilità sociale dell'obiezione di coscienza all'aborto a quasi quarant'anni dall'approvazione della legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017, 1 ss., oltre che B. LIBERALI, *“Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194”: una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia)*, ivi, 1 ss.

¹⁰ B. LIBERALI, *“Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194”*, cit., 10.

Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nei confronti dell'Italia dopo le decisioni di merito del Comitato Europeo, con cui si è specificamente richiesto di superare lo stato di violazione della CSE. Questi bandi, infine, anche alla luce delle due decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non sembrano determinare nemmeno alcuna violazione delle disposizioni convenzionali, poiché la stessa Corte ha riconosciuto che – pur tenendo fermo il diritto di sollevare obiezione di coscienza e di esprimere liberamente le proprie opinioni che seguono la coscienza e la fede religiosa – questa scelta non può essere invocata per dimostrare una asserita discriminazione a fronte della mancata assunzione relativa a un incarico che, invece, richiede per definizione la disponibilità a svolgere quel tipo di mansioni oggetto di rifiuto.

4. Dalle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e del Comitato Europeo dei Diritti Sociali una possibile strada per un sindacato costituzionale o amministrativo?

Le sentenze «gemelle» della Corte Europea, se pure non sono rivolte direttamente all'Italia, attraverso i passaggi che si sono posti in luce e che riguardano il rapporto fra legittimo esercizio della libertà di manifestare la propria opinione, la propria religione e la propria coscienza in relazione al trattamento sanitario dell'interruzione di gravidanza e altrettanto legittimo diritto di accesso a tale prestazione (che in Italia come in Svezia costituisce un vero e proprio obbligo dell'ordinamento per raggiungere il quale si prevede una serie di limitazioni poste al rifiuto degli operatori sanitari e di obblighi organizzativi in capo agli ospedali), permettono di aggiungere un ulteriore tassello nell'individuazione di concrete ed effettive misure che consentano di superare – per quel che riguarda il nostro ordinamento – una situazione di (perdurante) violazione dei diritti delle donne e dei medici non obiettori di coscienza, accertata dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, e che garantiscano l'effettiva applicazione dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978.

A questo proposito occorre rilevare che, se è pacificamente noto che le disposizioni della CEDU possono essere parametri interposti in giudizi di legittimità costituzionale, anche per come esse sono state interpretate dalla Corte Europea¹¹, rispetto alla CSE (e al ruolo del Comitato Europeo) occorre specificamente soffermarsi in ragione del recente arresto della giurisprudenza costituzionale che, con la sentenza n. 120 del 2018, le ha conferito per la prima volta in modo espresso analogo statuto.

In particolare, la Corte costituzionale ha ritenuto che la CSE presenti «spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU. Se quest'ultima, infatti, ha inteso costituire un «sistema di tutela uniforme» dei diritti fondamentali civili e politici [...], la Carta ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo», dovendo anch'essa, dunque, qualificarsi quale fonte internazionale ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

Al contrario del sistema di riconoscimento e tutela dei diritti della CEDU, però, la Corte costituzionale non ha ritenuto di poter riconoscere alle decisioni del Comitato Europeo natura e forza interpretativa

¹¹ Sulle caratteristiche del giudizio che si svolge davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e sugli effetti delle sue decisioni nel nostro ordinamento si veda B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.



analogia a quelle della Corte Europea. In particolare, «le pronunce del Comitato, pur nella loro autorevolezza, non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta, tanto più se come nel caso in questione l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri principi costituzionali»¹².

La presa in considerazione del meccanismo di tutela dei diritti relativo non solo alla CEDU, ma anche alla CSE e, dunque, delle relative decisioni in materia - nonostante le differenze che la Corte costituzionale ha tenuto a rimarcare rispetto alla relativa attività interpretativa rispettivamente della Corte Europea e del Comitato Europeo - rende ancora più evidente come si possano porre analoghi dubbi di violazione delle disposizioni costituzionali che vengono in rilievo, ossia gli artt. 2, 3, 4, 13, 32, 35 e 36 Cost., oltre che più direttamente l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla CEDU e alla CSE, rispetto all'art. 9 della legge n. 194 del 1978. Questa disposizione - se pure forse anche opportunamente il legislatore non ha inteso nel momento storico della sua approvazione prevedere un elenco preciso e cristallizzato di misure atte a garantire il bilanciamento fra posizione delle donne e quella dei medici obiettori di coscienza - non permette di fatto, a fronte del mancato adempimento degli oneri organizzativi imposti a ospedali e Regioni, di assicurare un effettivo accesso al servizio di interruzione di gravidanza.

Non si può in ogni caso mancare di rilevare come l'instaurazione di giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale sia oltremodo difficoltosa, se si pensa sia ai ristretti limiti temporali posti dagli artt. 4 e 6 della legge n. 194 per l'accesso al trattamento, sia alle più generali problematiche connesse alla particolarità e delicatezza della materia dal punto di vista delle donne e da quello dei medici non obiettori di coscienza.

Sarà certamente la futura prassi applicativa dell'art. 9 a consentire di verificare se alcuni punti fermi - a partire da quelli espressi dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 27 del 1975 in punto di mancata «equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» - possano considerarsi definitivamente acquisiti.

Nel frattempo, la considerazione - necessariamente unitaria se si tiene conto delle origini dei due Trattati¹³ - dei meccanismi di tutela dei diritti a livello sovranazionale riconducibili alla CEDU e alla CSE permette di valutare positivamente le iniziative adottate (finora solo) da alcuni ospedali.

¹² Sulla Carta Sociale Europea e sul doppio binario di controllo del rispetto delle sue disposizioni effettuato dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali si vedano R. PURPURA, *La Carta Sociale Europea*, Roma, 1962, O. DE SCHUTTER, *The two lives of the European Social Charter*, in O. DE SCHUTTER (a cura di), *The European Social Charter: A social constitution for Europe. La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, 2010, M. D'AMICO, G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, cit., M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013, C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2016, G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in *Federalismi*, 17, 2013, 1 ss., e C. PANZERA, *Per i cinquant'anni della Carta Sociale Europea*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2012, 1 ss.

¹³ Sul vincolo strettissimo e sulla reciproca integrazione dei due Trattati si veda R. PURPURA, *La Carta Sociale Europea*, cit., 7. Tale vincolo emerge se si considera che durante i lavori preparatori della CEDU era emersa la necessità di un Trattato relativo alla dimensione economica e sociale dei diritti e, dunque, di un «corrispondente» della CEDU, «dovendo i due atti formare un tutto, che costituis[se] una soluzione equilibrata

Il riferimento alle decisioni della Corte Europea (che specificamente riguardano il rapporto di lavoro o la pretesa di ottenere un posto di lavoro degli operatori sanitari che rifiutano di svolgere attività per definizione connesse alla professione) e anche a quelle del Comitato Europeo (che direttamente riguardano l'Italia, sebbene come si è visto la Corte costituzionale non assegni loro il rilievo delle prime) risulta particolarmente significativo, se si considerano le specifiche regole di accesso ai rispettivi meccanismi di tutela. Nel primo caso, si tratta un ricorso individuale del soggetto che si ritenga vittima della violazione della CEDU da parte di uno Stato membro, presentato dopo aver esaurito le vie di ricorso interne; nel secondo, invece, di un reclamo collettivo, presentato da organizzazioni non governative o da sindacati o associazioni di datori di lavoro nazionali o internazionali, senza che sia necessario esperire tutte le vie di ricorso nazionali.

Le probabili future più numerose iniziative concorsuali tese a integrare gli organici degli ospedali con medici non obiettori di coscienza, che garantiscano l'effettiva applicazione della legge n. 194, potrebbero, quindi, laddove venissero impugnate, offrire occasione al giudice amministrativo per pronunciarsi in modo più diretto e immediato – rispetto a eventuali giudizi instaurati in via incidentale davanti alla Corte costituzionale aventi a oggetto l'art. 9 – sulla posizione degli operatori sanitari che lamentano una discriminazione determinata dalla mancata assunzione (o ancora prima dall'impossibilità di partecipare allo stesso concorso, per mancanza del requisito della non obiezione di coscienza) a fronte di quella che rimane pur sempre una libera scelta di non effettuare (alcune) prestazioni connesse al trattamento interrottivo, nell'esercizio del diritto riconosciuto dalla stessa legge n. 194¹⁴.

ed umana per la determinazione dei diritti dell'uomo in generale, in tutta quella estensione che possono darle le nostre democrazie occidentali» (L. BENVENUTI, *Le finalità sociali e politiche della Carta sociale europea*, in *Rassegna del lavoro*, 1961, 1497). J. F. AKANDJI-KOMBÉ, *L'applicabilité ratione personae de la Charte Sociale Européenne: ombres et lumières*, in O. DE SCHUTTER (a cura di), *The European Social Charter: A social constitution for Europe*, cit., 79, in modo evocativo ritiene che la CSE sia un «“pendant” plus que jamais de la Convention européenne des droits de l'homme».

Peraltro, nel Preambolo della CSE del 1961 è presente un espresso riferimento alla CEDU, così come anche nella versione della CSE riveduta del 1996, che nel sottolineare il riconoscimento unitario dei diritti fondamentali richiama sia la CSE del 1961 sia la CEDU. Si rinvia a questo proposito alle più approfondite considerazioni svolte in B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, cit., 2 ss.

¹⁴ A questo proposito viene in specifico rilievo la decisione del TAR PUGLIA, sentenza n. 3477 del 2010, in merito a un bando di concorso teso a reclutare personale non obiettore di coscienza per lo svolgimento di attività consultoriali, con esclusione di coloro che avessero sollevato obiezione di coscienza. Il giudice amministrativo giudica illegittimo il bando per questa clausola di esclusione, non mancando di sottolineare come, però, nei consultori la presenza o meno di medici obiettori sia del tutto irrilevante, poiché in essi non si svolgono attività necessariamente e specificamente dirette all'interruzione di gravidanza. Sulla decisione si vedano M. P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il T.A.R. Puglia la presenza di medici obiettori nei Consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 2000 ss., e D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011.

Si veda, inoltre, anche TAR LAZIO, sentenza n. 8990 del 2016, che ha respinto il ricorso contro il decreto della Regione Lazio avente a oggetto le attività consultoriali, escludendole dal novero di quelle che possono formare oggetto di obiezione. In senso critico si veda A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 121 ss.



Come ha chiarito la Corte Europea nelle decisioni in commento, infatti, la tutela della libertà di manifestazione del pensiero – e, dunque, anche della libertà di coscienza che si traduce, laddove ciò sia espressamente previsto da una disposizione di legge, nella facoltà di rifiutare di eseguire determinati trattamenti – non può affatto giungere a garantire un “diritto a un posto di lavoro” o, meglio, il diritto al posto di lavoro che richiede proprio quelle stesse prestazioni professionali che si intendono (pure liberamente e legittimamente) rifiutare¹⁵.

¹⁵ Si veda al riguardo, innanzitutto, A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel Diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1992, X, 247, laddove si sofferma su obiezione di coscienza e libertà di coscienza che risultano collegate da un «nesso strumentale tra il diritto del singolo a non subire imposizioni o aggressioni nella libera formazione dei propri convincimenti» (libertà di coscienza) e «il diritto del singolo ad agire esteriormente in modo conforme ai dettami imperativi della propria coscienza» (obiezione di coscienza).

L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali

Carlo Colapietro e Alessandro Moretti*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE CONSTITUTIONAL PROVISIONS: OPPORTUNITIES, UNCERTAINTIES AND DATA PROTECTION

ABSTRACT: In this paper the development of artificial intelligence (AI) is debated, highlighting the opportunity to avoid misleading narratives and excessive AI anthropomorphization. Furthermore, the impact that AI can have on the constitutional framework and the main areas of the state-citizen relationship is examined. Therefore, the benefits and potential risks related to AI are analysed, having special consideration for new phenomena of algorithmic discrimination. In conclusion, an analysis of the data protection contribution to the fundamental constitutional principles effectiveness in the new digital ecosystem is provided.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; constitutional law; algorithmic discrimination; data protection; GDPR

SOMMARIO: 1. Datizzazione e valore dei dati – 2. Osservazioni preliminari sull'Intelligenza Artificiale – 3. I profili costituzionali dell'Intelligenza Artificiale – 4. Le nuove forme di discriminazione algoritmica – 5. Il ruolo del diritto alla protezione dei dati personali – 6. Il Regolamento UE 2016/679: criticità ed opportunità – 7. L'impianto costituzionale all'interno dell'Intelligenza Artificiale.

1. Datizzazione e valore dei dati

Con l'ingresso nel XXI secolo è stata inaugurata una nuova rivoluzione tecnologica che ha condotto ad una capillare digitalizzazione dell'ambiente che ci circonda, nonché all'accumulo di un quantitativo di dati di gran lunga superiore rispetto a quanto prodotto sino ad ora nella storia dell'umanità. Il riferimento è alla centralità acquisita dai dati personali in ogni settore, la c.d. *datafication*, un processo di continua datizzazione del mondo circostante, suscettibile appunto di essere ridotto ad informazione e rappresentato mediante una serie di dati¹, ovvero la mi-

* Carlo Colapietro: professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi "Roma Tre". Mail: carlo.colapietro@uniroma3.it. Alessandro Moretti: Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi "Roma Tre" e la Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia (IIT) di Genova. Mail: alessandro.moretti@uniroma3.it. Il presente lavoro è frutto della riflessione comune e della collaborazione dei due Autori. I paragrafi 1, 3, 4 e 6 sono stati scritti da Carlo Colapietro, i paragrafi 2, 5 e 7 sono stati scritti da Alessandro Moretti. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Così R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 67.

surazione in forma quantitativa di qualsivoglia fenomeno che, in tal modo, viene convertito in dati suscettibili di poter essere raccolti e analizzati².

La capacità di tradurre in dati ogni aspetto della realtà è stato reso possibile grazie alla combinazione di molteplici fattori, primi tra tutti la diffusione di Internet e la conseguente realizzazione del *web 2.0*³, del *web semantico*⁴ e dell'*Internet of Things*⁵ che ha determinato la crescente connessione in rete di oggetti e dispositivi. Si è inoltre assistito ad un incremento della potenza di calcolo di cui sono dotati i moderni strumenti tecnologici e, contestualmente, alla progressiva diminuzione dei costi richiesti per il loro sviluppo e la loro implementazione. Basti pensare che la gran parte degli *smartphone* utilizzati oggi risulta acquistabile ad un prezzo contenuto e largamente accessibile, pur garantendo funzionalità superiori e notevolmente più complesse rispetto ai computer prodotti sino a qualche anno addietro. Ciò ha determinato una diffusa penetrazione tecnologica in ogni aspetto della vita quotidiana e ha consentito a ciascun individuo di avere a disposizione molteplici *device* attraverso cui poter interagire con la realtà circostante, contribuendo, in tal modo, al processo di digitalizzazione e alla produzione di un costante flusso di dati⁶.

La crescente quantità di dati generati e le potenzialità sottese al loro utilizzo hanno fatto sì che gli stessi siano divenuti, oramai, una risorsa di fondamentale importanza nel panorama internazionale, tanto da essere diffusamente definiti come il nuovo petrolio digitale. Rispetto al combustibile fossile, tuttavia, i dati presentano una caratteristica che li rende ancor più preziosi. Questi, infatti, lungi dal rappresentare una ricchezza finita e consumabile, costituiscono una risorsa che può essere liberamente condivisa, trattata e riutilizzata molteplici volte, senza che l'utilizzo dell'uno pregiudichi l'impiego di altri.

Nonostante l'importanza assunta, in ogni caso, è opportuno rilevare che i dati di per sé non forniscono informazioni, né sono in grado di produrre valore. Affinché ciò sia possibile occorre che gli stessi vengano lavorati, trattati ed aggregati, allo stesso modo di come avviene per il petrolio grezzo il quale, prima di poter essere effettivamente utilizzato come carburante, deve essere sottoposto ad un

² Cfr. V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, 19-20 e 109-115, che nel tentativo di far percepire la mole di dati prodotta fino al 2013 rilevano come quest'ultimi, "se fossero tutti racchiusi in libri cartacei, coprirebbero l'intera superficie degli Stati Uniti 52 volte. Se venissero raccolti su dei CD-ROM e messi uno sull'altro, arriverebbero alla Luna in cinque pile separate" (19-20). Al riguardo, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nell'*Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020, 5-6, rilevano che "nell'anno 2018 il volume totale di dati creati nel mondo è stato di 28 zettabyte (ZB), registrando un aumento di più di dieci volte rispetto al 2011".

³ Il *web 2.0* indica un utilizzo di Internet caratterizzato da una forte interazione sito-utente (*web read/write*). Esempio emblematico del *web 2.0* sono i *social media* ove l'utente non è soltanto fruitore ma anche produttore di dati, informazioni e contenuti. Sul tema, G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione – Corso d'informatica giuridica*, Torino, 2010, 236 ss.

⁴ Il *web semantico* è un'estensione del *web* tradizionale volto a definire un quadro comune per la condivisione e il riutilizzo dei dati tra le applicazioni. L'aggiunta della semantica al *web* consente di realizzare documenti con dati in forma leggibile per le macchine e, inoltre, permettere di creare collegamenti tra i dati che esprimano il valore relazionale di quest'ultimi, favorendone così una migliore interoperabilità: cfr. W. HALL, K. O'HARA, *Semantic web*, in R. MEYERS (a cura di), *Encyclopedia of Complexity and Systems Science*, 2009, New York, 8086.

⁵ Al riguardo S. GREENGARD, *Internet delle cose*, Bologna, 2017.

⁶ L. FLORIDI, *The fourth revolution: How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford, 2014, 6 ss.

processo di pulizia e raffinazione. Ecco, dunque, che assumono centrale importanza le modalità e gli strumenti attraverso cui i dati vengono elaborati, cosicché, nel contesto attuale, acquisisce significativo rilievo l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale (di seguito "IA").

2. Osservazioni preliminari sull'Intelligenza Artificiale

Appare evidente come l'IA stia progressivamente diventando uno strumento essenziale ai fini della raccolta e dell'elaborazione dei dati, eppure la sua prima elaborazione viene fatta risalire tradizionalmente alla metà del Novecento a seguito degli studi condotti da Alan Turing⁷ e dei risultati connessi al *Dartmouth Summer Project Research on Artificial Intelligence*⁸, evento che ha definitivamente configurato l'IA quale autonoma disciplina scientifica. Sin dalla sua prima formulazione, l'IA ha conosciuto uno sviluppo ondivago caratterizzato da investimenti e da un interesse sociale diffuso, seguiti da ciclici periodi di disaffezione per la materia⁹. Più di recente, tuttavia, l'IA è tornata a costituire un tema di grande interesse, raccogliendo attorno a sé l'attenzione del mondo scientifico, economico ed istituzionale, grazie alla considerevole evoluzione delle tecniche di elaborazione dei dati e, in modo particolare, dei meccanismi di *machine learning*.

Al rinnovato interesse per l'IA si accompagna un elevato livello di complessità che, ancora prima di caratterizzarne le modalità e le tipologie di funzionamento, riguarda il profilo definitorio del fenomeno che fatica a trovare una precisa delimitazione e, in alcuni casi, una piena autonomia¹⁰. Pur non essendo al momento individuabile una definizione di IA universalmente condivisa, tra le diverse formulazioni sino ad ora proposte un prezioso contributo è stato fornito dal Gruppo di esperti sull'IA nominato dalla Commissione europea, secondo il quale simile tecnologia sarebbe riconducibile a «sistemi

⁷ A. M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 1950, 59(236), 433 ss.

⁸ I contenuti dell'evento sono riportati in J. MCCARTHY, M. L. MIINSKY, N. ROCHESTER, C. E. SHANNON, *A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence*, August 31, 1955, 1 ss.

⁹ Un'agile ricostruzione della storia dell'IA è stata realizzata dal Consiglio d'Europa in <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/history-of-ai>. Per una descrizione delle fasi alternate di sviluppo e di disaffezione che hanno interessato l'IA si veda G. F. ITALIANO, *Intelligenza Artificiale: passato, presente, futuro*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 209 ss.; in particolare, l'Autore individua due successivi periodi di "inverno" dell'IA: il primo intercorso tra il 1974 e il 1980 e determinato, in particolar modo, dal susseguirsi di due report – il report americano dell'*Automatic Language Processing Advisory Committee* del 1966 e il report inglese Lighthill del 1973 – che ritennero improbabili nel breve tempo ulteriori sviluppi dell'IA determinandone, conseguentemente, un deciso taglio dei finanziamenti; il secondo inverno intercorso, invece, tra il 1987 e il 1993.

¹⁰ Sulla difficoltà definitoria associata all'IA, M. U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: risks, challenges competencies, and strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2016, 29(2), 359 ss. Sulla mancanza di una piena autonomia definitoria cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2013INL)*, punto 1 ed allegato alla Risoluzione, nei quali l'IA sembra essere intesa quale elemento strumentale allo sviluppo di altre tecnologie. La Risoluzione, infatti, appare maggiormente incentrata sul concetto di "robot autonomo intelligente" piuttosto che sull'IA quale fenomeno a sé stante, non necessariamente legato ad una componente *hardware*. Sul punto C. CATH, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Artificial Intelligence and the "Good Society": the US, EU, and UK approach*, in *Science and Engineering Ethics*, 2018, 24(2), 514-515.

software (ed eventualmente *hardware*) progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulle conoscenze, o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato. I sistemi di IA possono usare regole simboliche o apprendere un modello numerico, e possono anche adattare il loro comportamento analizzando come l'ambiente è influenzato dalle loro azioni precedenti»¹¹.

Inserendosi nel più ampio percorso intrapreso dall'Unione europea per tracciare una strategia comune in materia di IA¹², tale definizione ha il pregio di individuare una matrice condivisa, per lo meno a livello comunitario, che risulti sufficientemente determinata ed allo stesso tempo flessibile, affinché l'IA possa essere dominata in ogni sua dimensione, così da favorire tanto il progresso tecnologico quanto l'attività di regolazione in materia¹³. Simile definizione, infatti, contribuisce a descrivere efficacemente cosa ad oggi debba intendersi per IA evitando che, da un lato, quest'ultima conosca un fuorviante processo di antropomorfizzazione e che, dall'altro lato, si vada a consolidare una narrazione dell'IA inverosimile e distante dalla realtà.

Sotto il primo aspetto, allo scopo di evitare un'inopportuna sovrapposizione tra uomo e macchina, il Gruppo di esperti elabora una definizione di IA che non si avvale di espressioni propriamente riconducibili ad attività umane, quali ad esempio "intelligenza", "pensare" o "imparare", ma, piuttosto, ricorre ad una terminologia priva di richiami metaforici all'essere umano. Ciò rappresenta un fattore di particolare rilievo considerato che, sin dalle sue prime formulazioni, l'IA è stata costantemente associata all'uomo sia sotto il profilo del lessico utilizzato sia in termini di modello strutturale di funzionamento.

Giova ricordare, al riguardo, come Turing si fosse interrogato circa la possibilità per le macchine di compiere un'attività equiparabile a quella del "pensare" e, inoltre, avesse ideato un *imitation game* che, presupponendo un'operazione schiettamente emulativa da parte della macchina, richiedeva a quest'ultima di acquisire un comportamento tale da non consentirne il riconoscimento e da indurre in errore un interlocutore umano¹⁴.

¹¹ HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, Bruxelles, 8 aprile 2019, 6. Nello stesso documento, il Gruppo di esperti delinea anche una definizione di IA quale disciplina scientifica. Giova rilevare come la definizione di IA contenuta nel predetto documento trovi la propria base e sia il frutto di un'attività di perfezionamento della precedente definizione proposta dalla COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione su L'Intelligenza artificiale per l'Europa*, Bruxelles, 25.4.2018 COM(2018) 237 final, 1.

¹² Tra i maggiori interventi si fa riferimento a quanto previsto in COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione su L'Intelligenza artificiale per l'Europa*, cit., in HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Brussels, 8 April 2019 e, più di recente, in COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 65 final.

¹³ Sull'importanza di stabilire una definizione condivisa di IA, R. ANGELINI, *Intelligenza Artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 294. Sul valore di una definizione flessibile di IA, cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2013INL)*, Considerando C.

¹⁴ A ben vedere, in A. M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, cit., 434-435, il matematico inglese risulta assai consapevole della complessità legata alla domanda «*Can machines think?*». È per tale ragione che,

Simile attività emulativa, peraltro, è facilmente riscontrabile in numerose riflessioni riguardanti l'IA, come nel caso del *Dartmouth Summer Project Research on Artificial Intelligence* ove veniva teorizzata la possibilità che ogni aspetto dell'apprendimento e dell'intelligenza umana potesse essere descritto e quindi simulato da una macchina¹⁵ e, ancora, più di recente, laddove si è sostenuto che l'IA si ispiri alle modalità attraverso cui una persona utilizza il sistema nervoso ed il corpo per percepire, imparare, ragionare ed agire¹⁶.

D'altronde, il continuo parallelismo tra uomo e macchina è stato ulteriormente rafforzato dal progressivo sviluppo delle reti neurali artificiali le quali, ispirandosi alle reti neurali biologiche presenti nel cervello animale, hanno reso ancor più accattivante la presunta analogia tra il funzionamento dei sistemi di IA e il meccanismo della mente umana¹⁷.

L'importanza della definizione di IA enucleata dal Gruppo di esperti dell'Unione europea è dunque quella di scongiurare un'eccessiva antropomorfizzazione dell'IA, cosicché rispetto a quest'ultima non vengano a crearsi timori infondati e ingiustificate rappresentazioni, soprattutto in coloro che non hanno conoscenze particolari in materia¹⁸. Il Gruppo di esperti, infatti, evita di riproporre il tradizio-

avvalendosi dell'*imitation game*, Turing si propone di sostituire l'articolata domanda sopra richiamata con quesiti maggiormente accessibili quali «*What will happen when a machine takes the part of (...) [a person] in this game? Will the interrogator decide wrongly as often when the game is played like this as he does when the game is played between a man and a woman?*», volti a misurare in concreto l'abilità della macchina di interagire al pari di un essere umano. Al riguardo, J. D. BOLTER, *L'uomo di Turing. La cultura occidentale nell'età del computer*, Parma, 1985, 235-236.

¹⁵ Cfr. J. MCCARTHY, M. L. MINSKY, N. ROCHESTER, C. E. SHANNON, *A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence*, cit., 11, secondo cui «*the artificial intelligence problem is taken to be that of making a machine behave in ways that would be called intelligent if a human were so behaving*».

¹⁶ Cfr. 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 University, 2016, 5, secondo cui «*Artificial Intelligence (AI) is a science and a set of computational technologies that are inspired by – but typically operate quite differently from – the ways people use their nervous systems and bodies to sense, learn, reason, and take action*».

¹⁷ Sul punto, D. WATSON, *The rhetoric and reality of anthropomorphism in artificial intelligence*, in *Minds and Machines*, 29, 422 ss., 2019 che, interessandosi all'affinità uomo-AI suscitata dalle reti neurali artificiali, critica le presunte somiglianze strutturali tra le predette reti artificiali e le reti neurali biologiche. In particolare, l'Autore identifica tre rilevanti differenze di funzionamento: in primo luogo, le reti artificiali risultano estremamente più vulnerabili rispetto a possibili attacchi microscopici, cosicché, ad esempio, risulta sufficiente modificare un *pixel* di una foto affinché l'IA non sia più in grado di riconoscere l'immagine o addirittura la confonda con un'altra; in secondo luogo, le reti artificiali necessitano di essere allenate con tantissimi esempi per cogliere distinzioni che un uomo riuscirebbe a percepire immediatamente; in terzo luogo, le reti artificiali attraverso il meccanismo del *max pooling* individuano gli aspetti di maggiore rilevanza per il loro obiettivo, rischiando tuttavia di perdere il contesto di riferimento e di giungere, così, a risultati contraddittori. Diversamente, D. DE KERCKHOVE, *Brainframes. Mente, tecnologia, mercato*, Baskerville, Bologna, 1993, 72 ss., facendo leva sulla struttura e sul potenziale connettivo, pare incoraggiare l'affinità tra cervello biologico e reti neurali artificiali rispetto alle modalità di elaborazione delle informazioni.

¹⁸ Cfr. HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, cit., 1, in cui, tra gli obiettivi del documento, si individua l'esigenza di evitare fraintendimenti e di favorire la conoscenza dell'IA anche rispetto a soggetti non esperti. D'altronde, secondo A. SANTOSUOSSO, *Forum AI and Law*, in *Biolaw Journal*, 1, 470, 2020 «*vi è un limite conoscitivo che porta gli umani a riprodurre quella che considerano la migliore intelligenza disponibile, cioè quella umana. Questo limite porta a usare un linguaggio antropomorfo e, quindi, ad antropomorfizzare le macchine che produciamo*». Per tali ragioni, dunque, appare di estrema importanza assicurare un'adeguata e diffusa conoscenza di cosa debba intendersi per IA e di quale

nale confronto uomo-IA, non andando ad associare ai sistemi artificiali né il concetto di intelligenza umana né altre facoltà tipicamente legate alla sfera biologica¹⁹.

In tal modo, rimane ben salda la distinzione che contraddistingue ogni parallelismo tra l'uomo e l'IA, il primo caratterizzato dai meccanismi biochimici del corpo e della mente, la seconda sviluppata attraverso l'unione di codici, elettricità e automatismi artificiali²⁰.

Oltre ad arginare il suddetto processo di antropomorfizzazione, la definizione di IA sinora richiamata consente di tracciare un'ulteriore linea distintiva tra ciò che ad oggi può essere inteso verosimilmente rientrare nel concetto di IA e ciò che, invece, rimane distante dalla realtà.

Rilevante in tal senso è l'esplicitazione che il Gruppo di esperti fa della distinzione tra IA generale (o IA forte) e IA ristretta (o IA debole). Da un lato, quest'ultima tipologia rimane circoscritta ad una forma di abilità funzionale per lo svolgimento di compiti specifici²¹ e, dall'altro lato, l'IA generale descrive un sistema dotato di estrema versatilità e pertanto capace di svolgere qualsiasi attività eseguibile da parte di un essere umano. Come indicato dal Gruppo di esperti, è l'IA ristretta che rappresenta la tipologia dei sistemi artificiali ad oggi effettivamente implementati ed in uso, mentre l'IA generale costituisce piuttosto l'obiettivo utopico verso cui gli sviluppatori dirigono i propri sforzi nonché la propria ambizione e che, al momento, lascia spazio a vivaci dibattiti ma non trova applicazioni concrete²².

sia il suo perimetro effettivo. A tale scopo, P. BOUCHER, *Why artificial intelligence matters*, EPRS, European Parliament, March 2019, 6-7, segnala come una fuorviante rappresentazione dell'IA possa derivare sia da una paura non realistica connessa al suo utilizzo, sia, all'opposto, da una fiducia incondizionata nei suoi confronti che finisce per concepire l'IA come una sorta di miracolosa soluzione per qualsiasi problema. Tanto l'adozione di una visione distopica, quanto di una oltremodo utopica costituiscono, infatti, dei miti riguardanti l'IA, così come rilevato in L. FLORIDI, *AI and Its New Winter: from Myths to Realities*, in *Philosophy & Technology*, 2020, 33, 1.

¹⁹ Così R. CUCCHIARA, *Intelligenza Artificiale e Italia. Sfide e opportunità*, in *Gnosis*, 2019, 2, 48-49. Coerentemente all'impostazione volta a disincentivare in maniera progressiva un approccio antropomorfizzato dell'IA in HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, cit., 1 e 3, alla nozione di "intelligenza" si preferisce il termine "razionalità". In maniera affine, L. FLORIDI, *What the near future of Artificial Intelligence could be*, in *Philosophy & Technology*, 2019, 32, 2-3, non fa riferimento al concetto di intelligenza quanto piuttosto a quello di *agency*, intesa come abilità d'azione, tanto da definire l'IA quale «*reservoir of smart agency on tap*».

²⁰ In questo senso R. CINGOLANI, *Il corpo e la mente. Robot e uomini nel futuro dell'Intelligenza Artificiale*, in *Gnosis*, 2, 75-76, 2019 riassume efficacemente la distinzione affermando che «il robot segue le leggi dell'elettricità, il corpo umano quelle della biochimica».

²¹ Cfr. R. CINGOLANI, *L'altra specie. Otto domande su noi e loro*, Bologna, 2019, 105 ss., il quale si riferisce in particolar modo al concetto di intelligenza funzionale, ossia di un'intelligenza strettamente calibrata sulla funzione che la macchina deve svolgere. Per tale ragione, la macchina può risultare particolarmente abile in uno o più settori particolari, ma non altrettanto efficace rispetto ad applicazioni diverse.

²² Cfr. HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, cit., 5-6. Così COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE & LIBERTES, *How can human keep the upper hand? The ethical matters raised by algorithms and artificial intelligence*, December 2017, 19. Allo stesso modo, A. RENDA, *Artificial Intelligence: Ethics, Governance and Policy Challenges*, CEPS Monograph, Centre for European Policy Studies, 2019, 4, nonché F. COREA, *An Introduction to Data. Everything You Need to Know About AI, Big Data and Data Science*, 2019, 27, il quale, utilizzando una formula fantasiosa, descrive l'IA generale come il Santo Graal dei ricercatori. Per individuare quali siano le probabili direzioni verso cui potrà rivolgersi lo sviluppo dell'IA, si rimanda a L. FLORIDI, *What the near future of Artificial Intelligence could be*, cit., il quale pone l'accento sull'aspetto del *design* e della *governance* di tale tecnologia. L'Autore si concentra in particolar modo su due



Ciò fornisce una precisazione aggiuntiva circa la nozione di IA da tenere in considerazione. La distinzione esplicitata, infatti, lascia intendere che le riflessioni pratiche relative l'IA generale non siano del tutto attuali poiché attinenti ad un proposito tanto distante quanto ipotetico, cosicché, a maggior ragione, va ad escludere che possa essere riconosciuto un qualche rilievo alle congetture riguardanti gli scenari distopici spesso descritti nei film di fantascienza, connessi al superamento di un presunto punto di *singularity* e alla creazione di una super IA in grado di prevalere sul genere umano²³.

Il Gruppo di esperti evidenzia un'ulteriore differenziazione che riguarda l'approccio attraverso cui operano i sistemi artificiali e che consente di distinguere tra IA simbolica e IA sub-simbolica. L'approccio simbolico parte dal presupposto che il pensiero umano sia strutturato su di un piano logico-concettuale e che sia attuabile una rappresentazione simbolica della conoscenza. In questo senso, l'IA simbolica necessita che il sistema artificiale venga programmato in origine con regole logico-deduttive (se $X=Y$ e $Y=Z$ allora $X=Z$) attraverso cui l'algoritmo dovrà procedere alla manipolazione dei simboli e svolgere i compiti assegnatigli. Il sistema artificiale opera dunque mediante un'impostazione *top-down* avvalendosi di regole logiche predeterminate per giungere al risultato finale. Per tale ragione, l'IA simbolica risulta maggiormente efficace in contesti vincolati e, allo stesso tempo, interessa sistemi artificiali il cui funzionamento può essere ricostruito con maggiore facilità. Diversamente, l'IA sub-simbolica non opera attraverso alcuna regola logica predeterminata, ma segue un approccio *bottom-up* che parte direttamente dai dati per giungere alla "conoscenza". In altri termini, l'IA sub-simbolica si avvale di un'impostazione *data-driven* che, attraverso l'elaborazione dei dati, porta il sistema artificiale a sviluppare e seguire un proprio modello matematico per svolgere l'operazione che gli è stata assegnata. L'assenza di regole logiche predeterminate rende così l'IA sub-simbolica efficace anche in ambiti non strutturati, rendendo tuttavia più difficoltosa la possibilità di ricostruire il processo attraverso cui il sistema è giunto ad un determinato risultato²⁴.

aspetti: il primo attinente la natura dei dati ed il connesso processo di ludificazione volto ad un progressivo spostamento dall'uso di dati storici all'utilizzo di dati sintetici; il secondo attinente la natura dei problemi da affrontare ed il connesso processo di *enveloping* attraverso cui trasformare problemi difficili, ove l'IA non risulta particolarmente capace, in problemi complessi, rispetto ai quali l'IA risulta estremamente abile ed efficiente.

²³ Con il termine *singularity* ci si riferisce al momento in cui il progresso tecnologico porterà alla creazione di entità in grado di superare l'intelligenza umana realizzando una *superhuman intelligence* capace di prendere il sopravvento, con possibili conseguenze drammatiche sul genere umano. In tal senso V. VINGE, *The Coming Technological Singularity: How to survive in the post-human era*, 1993, 11 ss. e N. BOSTROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, Torino, 2018. Allo stesso modo, inoltre, si sono pronunciati illustri personaggi quali Elon Musk e Stephen Hawking come riportato negli articoli di S. GIBBS, *Elon Musk: artificial intelligence is our biggest existential threat*, in *The Guardian*, 27 October 2014 e di A. HERN, *Stephen Hawking: AI will be 'either best or worst thing' for humanity*, in *The Guardian*, 19 October 2016.

²⁴ Si veda EUROPEAN PARLIAMENT, *Artificial intelligence: How does it work, why does it matter, and what can we do about it?*, EPRS-STOA, June 2020, 2 ss. Con particolare riguardo all'IA simbolica si rimanda a M. A. BODEN, *GOFAI*, in K. FRANKISH, W. M. RAMSEY (a cura di), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 89 ss.; in relazione all'IA sub-simbolica, v. R. SUN, *Connectionism and neural networks*, in K. FRANKISH, W. M. RAMSEY (a cura di), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, cit., 108 ss. Appare utile rilevare come si stiano sviluppando filoni di ricerca volti a combinare assieme i diversi approcci – simbolico e sub-simbolico – dell'IA: in tal senso, P. TRAVERSO, *Forum AI and Law*, in *Biolaw Journal*, 2020, n. 1, 480, fa riferimento alla "integrative AI" e R. SUN, *op. ult. cit.*, 119 ss. si riferisce allo sviluppo di *hybrid connectionist models*.

Chiarito il perimetro entro cui occorre muoversi nell'affrontare il tema dell'IA, il Gruppo di esperti propone una nomenclatura dotata di un buon grado di semplicità, tale da poter essere largamente accessibile e comprensibile per una platea quanto più ampia di soggetti²⁵. La principale bipartizione che emerge dalla nomenclatura proposta riguarda l'individuazione di due macro categorie di sistemi di IA, distinti a seconda della loro capacità di apprendere e ricalibrare la propria attività in relazione ai mutamenti intervenuti nell'ambiente in cui la macchina opera.

Si individua, pertanto, una prima e più lineare categoria di sistemi di IA che si limitano a riprodurre in maniera automatizzata il meccanismo in essi contenuto, risultando capaci di giungere all'obiettivo assegnatoli a partire dai dati raccolti in ingresso e seguendo stabilmente, volta dopo volta, il processo decisionale e di elaborazione-ragionamento descritto all'interno del loro codice. Da tale categoria, se ne distingue una seconda più complessa costituita dai sistemi di IA che al meccanismo di elaborazione-ragionamento uniscono la capacità di apprendimento, cosicché, attraverso l'interazione con il contesto circostante e l'assimilazione di nuove informazioni, risultano in grado di cambiare la propria strategia comportamentale²⁶.

Quest'ultima categoria di sistemi di IA, dunque, non si limita ad eseguire processi automatizzati lineari e deterministici, caratterizzati da meccanismi di *input-output* e da una forte corrispondenza tra l'impulso iniziale e l'esito del processo (se inserisco X, il risultato è Y). Al netto dell'*input* ricevuto in avvio, i sistemi di IA suscettibili di apprendimento automatico sono in grado di condurre un'elaborazione dei dati che, allo stesso tempo, tenga in considerazione sia l'ambiente circostante sia l'esperienza pregressa del sistema costituita dagli *output* precedentemente emessi, tanto da acquisire una certa autonomia rispetto all'intervento umano e da poter ricalibrare il proprio comportamento sulla base dei riscontri ricevuti dalle passate interazioni con il contesto di riferimento²⁷.

²⁵ Una nomenclatura dell'IA dotata di maggiore tecnicismo e complessità è descritta in F. COREA, *An Introduction to Data. Everything You Need to Know About AI, Big Data and Data Science*, cit., 25 ss. L'Autore elabora un'*AI Knowledge Map* individuando sull'asse delle ascisse (x) sei paradigmi o classi di IA, ciascuna delle quali riconducibile all'interno di uno dei tre macro-approcci di funzionamento dei sistemi. In particolare, le classi *Logic-based tools* e *Knowledge-based tools* sono ricondotte nell'approccio *Symbolic*, le classi *Probabilistic methods* e *Machine learning* nell'approccio *Statistical* e le classi *Embodied intelligence* e *Search and optimization* nell'approccio *Sub-symbolic*. Inoltre, sull'asse delle ordinate (y), l'Autore individua cinque macro-ambiti di intervento in cui i sistemi di IA possono essere utilizzati: *Reasoning, Knowledge, Planning, Communication* e *Perception*.

²⁶ In HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, cit., 3-4, si evidenzia come la prima categoria di sistemi artificiali sia maggiormente riconducibile all'IA simbolica, mentre i sistemi in grado di apprendere autonomamente tendono ad essere ricondotti nell'ambito dell'IA non simbolica.

²⁷ In particolare in HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, cit., 3 ss., si fa riferimento a sistemi di IA razionali e a sistemi di IA razionali che apprendono. Per descrivere tale bipartizione può risultare accattivante il parallelismo tra il Golem e il mostro di Frankenstein rappresentato in A. CASELLI, *Dagli artifici dell'intelligenza all'Intelligenza Artificiale*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 193 ss. L'Autore descrive il Golem come una creatura le cui azioni corrispondono ad una puntuale esecuzione delle istruzioni impartite dal proprio creatore. Differentemente, il mostro di Frankenstein non si limita ad eseguire i compiti che gli vengono assegnati e sviluppa una propria volontà ed autonomia rispetto al creatore. Tale richiamo all'immagine del Golem e del mostro di Frankenstein, peraltro, è presente in PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile*

Tali sistemi artificiali, capaci di apprendere senza un apposito intervento umano, costituiscono l'area dell'IA ove si stanno registrando gli sviluppi più promettenti e i risultati di maggior interesse. In particolare modo, si fa riferimento alle principali tecniche di *machine learning* nonché allo sviluppo delle reti neurali artificiali, quest'ultime da intendersi come una delle possibili modalità per realizzare meccanismi di apprendimento automatico. Il modello più semplice di rete neurale artificiale si organizza su tre livelli, ovvero il livello di *input* dei dati, il livello nascosto (*hidden layer*) destinato all'elaborazione delle informazioni e, da ultimo, il livello di *output* che produce l'esito del processo algoritmico. Le reti neurali artificiali possono anche assumere una struttura maggiormente articolata da cui originano i più complessi sistemi di *deep learning*. Quest'ultimi si caratterizzano per essere composti da un elevato numero di *hidden layers*, ciascuno dei quali riceve *input* dallo strato precedente e alimenta con il proprio *output* lo strato successivo. I sistemi di *deep learning* costituiscono, in tal modo, reti neuronali dotate di maggiore profondità, in grado di completare più sofisticati processi di addestramento o di analisi di dati²⁸.

Al di là della specifica struttura di utilizzo, se minima o sotto forma di *deep learning*, le reti neuronali artificiali rappresentano uno dei possibili approcci per l'implementazione di tecniche di *machine learning* le quali, a loro volta, possono essere ricondotte all'interno di tre macro categorie a seconda della logica con cui viene svolta la fase di allenamento e di utilizzo dell'algoritmo.

In primo luogo, il *supervised learning* prevede che l'IA venga addestrata attraverso l'utilizzo di un'elevatissima quantità di esempi di *input-output*, senza intervenire sulle regole di elaborazione proprie del sistema ma avvalendosi, piuttosto, di dati di allenamento previamente etichettati. In tal modo, l'IA assimila progressivamente le tipicità insite negli esempi *input-output* tanto da essere in grado di riapplicare tale meccanismo di elaborazione anche a dati mai visti in precedenza.

Una seconda categoria di *machine learning* è costituita dal *unsupervised learning*, una tecnica che, diversamente da quella sopra illustrata, non si avvale di dati già etichettati per l'addestramento dell'IA, ma lascia che quest'ultima proceda ad associare tra loro i dati inseriti nella fase di *input* attraverso l'individuazione di affinità e attributi comuni, cosicché è il sistema stesso ad individuare le caratteristiche con cui etichettare ed organizzare i dati.

Da ultimo, una terza categoria di apprendimento automatico è rappresentata dal *reinforcement learning* che si affida ad una logica di massimizzazione dei riscontri positivi forniti all'IA ogni qual volta quest'ultima compia un'azione coincidente con i *desiderata* dei programmatori. In questo senso, il *reinforcement learning* non richiede di essere addestrato con dati già etichettati e procede, piuttosto, attraverso susseguenti tentativi che possono dar luogo alternativamente a ricompense o a riscontri negativi affinché l'IA, volta dopo volta, modifichi il proprio comportamento avvicinandosi a quanto richiesto dei programmatori²⁹.

sulla robotica (2015/2013INL), punto A. Simile metafora, a parere di chi scrive, sebbene presenti una certa efficacia esemplificativa, deve essere tuttavia utilizzata con la necessaria attenzione e consapevolezza affinché non ne consegua una fuorviante narrazione dell'IA che, allontanandosi dall'obiettivo sotteso all'intervento definitorio del *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, rischi nuovamente di evocare scenari poco aderenti alla realtà.

²⁸ Cfr. Y. LECUN, Y. BENGIO, G. HINTON, *Deep learning*, in *Nature*, 2015, 521(7553), 436 ss.

²⁹ Per una complessiva descrizione del *supervised*, *unsupervised* e *reinforcement learning* quali macro categorie di tecniche di *machine learning* si veda, *ex multis*, NORWEGIAN DATA PROTECTION AUTHORITY, *Artificial intelligence*

Quanto sinora rilevato indica come l'IA abbia senz'altro conosciuto negli ultimi anni un notevole sviluppo ed abbia rinnovato l'attenzione internazionale circa le potenzialità sottese all'utilizzo di una simile tecnologia. Non è un caso, infatti, che le maggiori potenze mondiali ne stiano seguendo con attenzione il percorso evolutivo, né può essere trascurata l'importanza dell'intervento definitorio compiuto dal Gruppo di esperti, volto ad individuare i concetti chiave sui quali poter portare avanti una strategia comune in Europa e all'interno degli Stati membri. Una strategia che appare quanto mai necessaria in ragione della relazione che, come si vedrà nei paragrafi successivi, l'IA sviluppa rispetto ai diritti e alle libertà costituzionalmente riconosciuti alla persona.

3. I profili costituzionali dell'Intelligenza Artificiale

La crescente penetrazione dell'IA in ogni aspetto del nostro vivere quotidiano introduce notevoli interrogativi di cui il diritto costituzionale deve necessariamente farsi carico. Ciò affinché possa essere individuato, quanto prima, un approccio efficace all'utilizzo di sistemi intelligenti che consenta di cogliere appieno i vantaggi dell'innovazione tecnologica senza comportare, tuttavia, un'ingiustificata compressione dei diritti della persona.

Occorre pertanto domandarsi quale sia l'impatto che l'IA potrà avere sui diritti costituzionali riconosciuti all'individuo nonché con riferimento alle principali aree d'interesse nel rapporto Stato-cittadino³⁰.

Uno dei principali settori nel quale si sono realizzate le prime riflessioni riguardanti l'utilizzo dell'IA è stato il *mondo del lavoro*, rispetto al quale si è individuato sin da subito un duplice profilo d'interesse. In primo luogo, è stata rilevata l'opportunità di delegare ai sistemi artificiali determinate tipologie di mansioni, con particolare riguardo ai compiti meccanici e fortemente ripetitivi, nonché alle attività usuranti o connotate da un alto livello di rischio per la persona. Allo stesso tempo, però, è risultato evidente come l'introduzione dell'IA in tale ambito conduca necessariamente ad una profonda trasformazione dello stesso mondo del lavoro, determinando, da un lato, l'estinzione di una parte delle occupazioni ad oggi conosciute e, dall'altro lato, la nascita di nuove ed inedite professionalità.

A tal riguardo, un fattore da tenere in debito conto, poiché suscettibile di determinare molteplici profili di criticità, è che il suddetto cambiamento si appresta ad essere estremamente repentino, ragione per cui alla scomparsa nel breve tempo delle vecchie occupazioni non corrisponderà, nell'immediato, la contestuale formazione di nuove professioni e posti di lavoro, rispetto ai quali occorrerà del tempo affinché vengano realizzate le adeguate competenze richieste. Ecco dunque che il diritto costituzionale, secondo quanto previsto dagli articoli 4 e 35 della Costituzione italiana, deve orientare il pro-

and privacy, January 2018, 6 ss., FUTURE OF PRIVACY FORUM, *The privacy expert's guide to Artificial Intelligence and machine learning*, October 2018, 10 ss., HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Una definizione di IA: principali capacità e discipline*, cit., 4 e M. C. CARROZZA, C. ODDO, S. ORVIETO, A. DI MININ, G. MONTEMAGNI, *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *Biolaw Journal*, 3, 243-244, 2019.

³⁰ Al riguardo cfr. per tutti C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *Biolaw Journal*, 2, 713ss, 2019., il quale propone una panoramica delle aree del diritto costituzionale che risultano maggiormente interessate dal diffondersi dell'IA, evidenziando per ciascuna di esse quali possano essere le opportunità ed i principali profili di criticità su cui è opportuno interrogarsi.



prio impegno nel gestire la fase di transizione in ambito lavorativo che, in un primo momento, corre il rischio di generare conseguenze negative sotto il profilo dell'occupazione. Al contempo, bisogna che si investa sulla creazione di nuovi percorsi di formazione professionale in modo che i cittadini possano acquisire le conoscenze necessarie per rispondere adeguatamente all'odierna domanda del mercato del lavoro.

La necessità di creare nuove competenze appare strettamente legata ad un doveroso e contestuale mutamento del *mondo della formazione*, il quale non può rimanere indifferente ai cambiamenti derivanti dalla rivoluzione tecnologica e dal diffondersi dell'IA. Come previsto dal combinato disposto degli articoli 9 e 34 della Costituzione italiana, infatti, occorre che lo Stato promuova lo sviluppo della cultura e dell'istruzione. Ciò deve senz'altro essere reso possibile attraverso la creazione di competenze di alto livello, rendendosi a tal fine necessario un attento coordinamento tra il mondo universitario e l'istruzione *post lauream*, nonché tra le diverse aree del sapere, in modo tale che la formazione erogata possa vantare maggiori caratteri di multidisciplinarietà ed interdisciplinarietà. Allo stesso modo, è opportuno che si intervenga sull'istruzione di primo grado affinché l'individuo, sin dall'infanzia, sviluppi un'adeguata familiarità e comprensione delle nuove tecnologie, acquisendo consapevolezza dell'intrinseca capacità di quest'ultime di permeare la realtà e di trasformare il mondo³¹.

Parallelamente, in ottemperanza a quanto previsto dall'articolo 33 della Costituzione italiana, occorre che lo Stato investa sul *mondo della cultura*, anche mediante la promozione della ricerca scientifica e tecnologica. In questo senso, l'IA può contribuire a dare un forte impulso alla ricerca, sia aprendo nuovi filoni di indagine, sia configurandosi essa stessa come strumento attraverso cui svolgere attività di ricerca scientifica. Quest'ultimo caso, peraltro, è ben rappresentato da iCub, robot umanoide dotato di IA realizzato presso l'Istituto Italiano di Tecnologia, utilizzato dai ricercatori per la sperimentazione di algoritmi finalizzati al controllo motorio dei robot, nonché per studiare lo sviluppo cognitivo dell'essere umano e le modalità di interazione uomo-macchina³².

Le riflessioni riguardanti l'IA svolte negli ambiti innanzi richiamati appaiono strettamente legate ad un'ulteriore materia nella quale l'utilizzo di sistemi artificiali apre le porte ad applicazioni assai promettenti. Si tratta, in particolare, del *mondo della salute*, che trae benefici sia dal rinnovato impulso della ricerca scientifica e tecnologica, sia dall'applicazione dell'IA direttamente all'interno delle attività sanitarie e socio-assistenziali. In tal modo, infatti, nel garantire il diritto alla salute previsto

³¹ Cfr. S. QUINTARELLI, *Forum AI and Law*, in *Biolaw Journal*, 1, 494, 2020. Al riguardo, si segnala l'iniziativa della Presidenza finlandese del Consiglio dell'Unione europea, la quale, al fine di fornire un'alfabetizzazione di base in materia di IA ai cittadini dell'Unione europea, ha deciso di rendere liberamente accessibile il corso *online Elements of AI*, realizzato dall'Università di Helsinki in collaborazione con l'impresa finlandese Reaktor (cfr. https://eu2019.fi/en/article/-/asset_publisher/suomen-eu-puheenjohtajuuden-aloite-suomi-investoi-eurooppalaisten-tulevaisuustaitoihin-tavoitteena-kouluttaa-prosentti-eu-kansalaisista-tekoalyn-perus). È utile osservare, inoltre, come simile iniziativa è stata esplicitamente auspicata in GRUPPO DI ESPERTI MISE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, *Proposte per una Strategia italiana per l'intelligenza artificiale*, luglio 2020, 44, proprio al fine di favorire tra i cittadini la sensibilizzazione e la divulgazione in materia di IA.

³² Sul punto v. G. METTA, G. SANDINI, D. VERNON, L. NATALE, F. NORI, *The iCub humanoid robot: an open platform for research in embodied cognition*, in *Proceedings of the 8th workshop on performance metrics for intelligent systems*, Association for Computing Machinery, New York, 2008, 50 ss. e N. NOSENGO, *I robot ci guardano*, Bologna, 77 ss, 2013.

all'articolo 32 della Costituzione italiana, lo Stato ha la possibilità di assicurare al cittadino cure mirate e potenzialmente più efficaci, associandovi un considerevole risparmio di tempo e di risorse economiche. Si presenta così l'opportunità di realizzare una medicina fortemente personalizzata, su misura per il paziente, il quale può essere monitorato in tempo reale in ogni suo aspetto e in qualsiasi momento della giornata³³.

Allo stesso modo, anche in ragione dell'innalzarsi dell'aspettativa di vita della popolazione mondiale, si fa pressante la necessità di progettare nuove forme di assistenza per gli anziani, esigenza che, ancora una volta, ben può essere soddisfatta attraverso l'utilizzo combinato della robotica e dell'IA. Peraltro, l'applicazione di quest'ultima nel mondo sanitario consente di raggiungere benefici che non rimangono circoscritti al singolo individuo, ma che, più in generale, si pongono a vantaggio dell'intera collettività. A titolo esemplificativo si può far riferimento all'utilizzo dell'IA per la previsione, l'individuazione e la gestione di epidemie, come è accaduto nel 2014 con il focolaio di Ebola in Africa e nel 2016 con la diffusione del virus Zika in Brasile³⁴.

L'utilità che l'IA può avere nel campo della salute, tuttavia, deve essere attentamente calibrata affinché l'introduzione di sistemi artificiali non vada a sostituire in maniera integrale il coinvolgimento della persona fisica. In tal caso, infatti, si rischierebbe di realizzare un effetto di disumanizzazione in un'attività, come quella sanitaria ed assistenziale, in cui la cura, l'empatia ed il contatto umano costituiscono aspetti di estrema rilevanza nel rapporto medico-paziente³⁵.

Alla tutela della salute umana si affianca, inoltre, il diritto alla salubrità dell'ambiente, assurgendo anch'esso quale valore primario ed assoluto, da intendersi sia come diritto soggettivo individuale sia come interesse della collettività alla difesa e alla sostenibilità ambientale³⁶. Anche in quest'ambito l'IA offre numerose opportunità grazie ad una maggiore capacità di prevedere e gestire per tempo disastri ecologici, oltre che di affrontare efficacemente le sfide globali legate al clima ed alla tutela dell'ambiente³⁷.

³³ Così 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*, cit., 320 ss.; cfr. altresì E. STRADELLA, *Forum AI and Law*, in *Biolaw Journal*, 1, 508, 2020.

³⁴ Cfr. A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019, 121 ss., il quale descrive la strategia utilizzata per prevedere, mappare e gestire, anche attraverso l'utilizzo dell'IA, le epidemie di Ebola e di Zika che hanno avuto luogo, rispettivamente, nel 2014 e nel 2016. Per completezza, inoltre, si rileva come l'Autore, Direttore del *Laboratory for the Modeling of Biological and Socio-technical systems* della Northeastern University, assieme al suo gruppo di lavoro, abbia avviato le attività sopra richiamate anche in relazione alla recente epidemia di COVID-19 (v. <https://www.mobs-lab.org/2019ncov.html>).

³⁵ V. in proposito L. ZARDIASHVILI, E. FOSCH-VILLARONGA, *"Oh, Dignity too?" Said the Robot: Human Dignity as the Basis for the Governance of Robotics*, in *Minds and Machines*, 30, 130 ss, 2020. ed E. A. FERIOLO, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?*, in *Biolaw Journal*, 1, 169 ss, 2019.

³⁶ Così C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto Pubblico*, IV edizione, Torino, 702, 2019.

³⁷ In questo senso EUROPEAN COMMISSION, *The European Green Deal*, COM(2019) 640, 11 December 2019, 9-18. V. altresì C. VILLANI, *For a Meaningful Artificial Intelligence Towards a French and European Strategy*, 100 ss, 2018.

Eppure, oltre ai potenziali vantaggi, occorre indagare sin da subito quale possa essere l'impatto ambientale che, in futuro, rischia di verificarsi a causa della diffusione dell'IA e della sua integrazione con la robotica. In particolare, è opportuno che l'ecosostenibilità dei sistemi artificiali sia tenuta in debita considerazione durante tutto il loro ciclo di vita, dalla fase dell'archiviazione dei dati e del *training* degli algoritmi, fino a quella dello smaltimento dell'*hardware* in cui gli stessi sono stati eventualmente implementati. Non a caso si sta cominciando a porre l'obiettivo di realizzare sistemi di IA che richiedano un minore consumo energetico per il proprio funzionamento e, contestualmente, ci si è posti il problema di come gestire i sempre più estesi *data center* finalizzati al *training* degli algoritmi, sia sotto il profilo dello spazio occupato, sia rispetto alle modalità con cui riciclare il calore da essi generato³⁸. Allo stesso modo, volendo evitare che alla diffusione dell'IA si accompagni un impatto ecologico negativo, la ricerca scientifica ha orientato i propri sforzi sullo studio e sulla realizzazione di materiali biodegradabili, affinché le macchine artificiali che popoleranno il nostro domani possano risultare esse stesse decomponibili e, in quanto tali, ecosostenibili³⁹.

Dal momento che lo sviluppo degli algoritmi sta introducendo la possibilità di rendere automatizzati, almeno in parte, alcuni processi decisionali, risultano parimenti rilevanti le riflessioni aventi ad oggetto l'integrabilità dell'IA nel *mondo della Pubblica Amministrazione*⁴⁰, ed, in particolare, all'interno del settore della giustizia.

Con specifico riguardo a quest'ultimo settore, sono molteplici gli utilizzi che sono stati ipotizzati e che, in taluni Paesi, hanno già trovato concreta applicazione. In primo luogo, si fa riferimento alla polizia predittiva per la definizione delle priorità e per la pianificazione strategica⁴¹, a cui si affianca, in secondo luogo, l'attività sia di incrocio tra banche dati e sia di analisi delle informazioni finalizzata a

³⁸ Cfr. ancora C. VILLANI, *For a Meaningful Artificial Intelligence Towards a French and European Strategy*, cit., 105 ss.

³⁹ Così R. CINGOLANI, *L'altra specie. Otto domande su noi e loro*, cit., 59 e 142 ss.

⁴⁰ Nell'esperienza italiana, in merito all'utilizzo di algoritmi a supporto dell'attività decisionale della Pubblica Amministrazione, si fa particolare riferimento alla mobilità degli insegnanti prevista dalla riforma della "Buona scuola" in virtù della legge n. 107/2015. Relativamente a tale questione, infatti, numerose sono state le sentenze del giudice amministrativo che si sono interessate ai processi decisionali algoritmici: Tar Lazio, sez. III – bis, n. 3769 del 2017; Tar Lazio, sez. III – bis, n. 9230 del 2018; Cons. Stato, sez. VI, n. 2270 del 2019; Cons. Stato, sez. VI, n. 8472 del 2019. Più in generale sul tema si rinvia ad A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BiLaw Journal*, n. 1, 73 ss., 2019; ID., *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 1149 ss, 2019; D. U. GALETTA, J. C. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019; M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16, 8 ss, 2019; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-la-decisione-robotica-e-il-giudice-amministrativo-28-agosto-2018>, 2018; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 7, 2018; nonché, da ultimo, F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in *BiLaw Journal*, 3, 2020.

⁴¹ Cfr. C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2017, 125 ss., in cui si fa riferimento al *software* elaborato dalla *start up* californiana PredPol ed utilizzato dalle forze di polizia per l'organizzazione e l'allocazione sul territorio delle risorse a propria disposizione.

rafforzare lo svolgimento dell'*intelligence* operativa. A tali applicazioni si aggiunge, da ultimo, l'introduzione dell'IA per la valutazione dei rischi inerenti le persone, nonché per l'implementazione di processi decisionali automatizzati⁴². In tale contesto, i sistemi algoritmici possono essere utilizzati a supporto – ove non anche in sostituzione – dell'attività del giudice, come nel caso dei *software* COMPAS e HART adoperati, rispettivamente, negli Stati Uniti e nel Regno Unito per fare previsioni in merito al livello di rischio di recidiva di un soggetto⁴³.

L'applicazione dell'IA nel campo della giustizia e della Pubblica Amministrazione, allo stesso modo di quanto avviene per i settori sino ad ora analizzati, consentirebbe, almeno in apparenza, di sviluppare un più alto livello di efficienza ed efficacia degli interventi posti in essere, nonché di assicurare in astratto una maggiore imparzialità dell'attività svolta. E tuttavia, l'IA presta il fianco a profondi pregiudizi per l'individuo, essendo in grado di incidere su qualsiasi profilo riguardante la persona, ivi compresi gli aspetti più intimi e delicati della stessa, come quelli attinenti alla sessualità o al rapporto con la morte. Ci si comincia ad interrogare, ad esempio, circa l'opportunità dell'utilizzo dei *sex robot*⁴⁴ e ci si domanda, inoltre, se sia accettabile l'utilizzo di sistemi di *machine learning* per realizzare nuove forme di commemorazione e di contatto con i defunti⁴⁵.

A ben vedere, dunque, l'IA costituisce una tecnologia capace di plasmare, nel bene e nel male, ogni ambito nel quale essa viene utilizzata, dalle aree rientranti nel rapporto Stato-cittadino fino alla sfera individuale ove ciascuno sviluppa e svolge la propria personalità. Per tale ragione, risulta necessario che il diritto costituzionale si interessi da vicino al tema della gestione e dell'applicazione dell'IA affinché quest'ultima, nel modellare la realtà, non comprometta la capacità di autodeterminazione dell'individuo, né vada ad incidere negativamente sulla stessa nozione di dignità umana, valore supremo posto a fondamento dell'intero assetto ordinamentale.

⁴² Una tale tripartizione dell'utilizzo dell'IA nel settore della giustizia è proposta in M. OSWALD, J. GRACE, *Intelligence, policing and the use of algorithmic analysis: a freedom of information-based study*, in *Journal of Information Rights, Policy and Practice*, 2016, 1(1), 3 ss.

⁴³ Sull'utilizzo del *software* COMPAS, cfr. H. LIU, C. LIN, Y. CHEN, *Beyond State v Loomis: artificial intelligence, government algorithmization and accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2019, 27(2), 126 ss. ed A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, fasc. 1, 95 ss. Con riferimento, invece, al *software* HART v. HOUSE OF COMMONS-SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *Algorithms in decision-making*, 23 May 2018, 13-14 e M. OSWALD, J. GRACE, S. URWIN, G. C. BARNES, *Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and "Experimental" proportionality*, in *Information & Communications Technology Law*, 2018, 27(2), 227 ss.

⁴⁴ Al riguardo C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 117-118, 2019 rileva come l'utilizzo di *sex robot* può presentare effetti tanto negativi quanto positivi. Per quel che concerne i profili di criticità connessi all'utilizzo dei *sex robot* si veda R. MACKENZIE, *Sexbots: Sex Slaves, Vulnerable Others or Perfect Partners?*, in *International Journal of Technoethics*, 2018, 9(1), 6 ss.; diversamente, in L. ZARDIASHVILI, E. FOSCH-VILLARONGA, *"Oh, Dignity too?" Said the Robot: Human Dignity as the Basis for the Governance of Robotics*, cit., 129, vengono evidenziate le possibili applicazioni benefiche dei *sex robot*, come, ad esempio, la loro potenziale applicazione per l'assistenza ed il supporto alle persone con disabilità.

⁴⁵ Cfr. G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti. Memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*, Milano, 2017, 189 ss. e 243, il quale rileva come l'utilizzo di sistemi di *machine learning* potrebbero incidere sul rapporto con i defunti, correndo il rischio, in particolar modo, di «generare situazioni patologiche, di dipendenza o, peggio, di confusione e di mancanza di comprensione del reale distacco».

4. Le nuove forme di discriminazione algoritmica

L'innovazione tecnologica, e con essa lo sviluppo dell'IA, ha senz'altro le potenzialità per determinare, rispetto al passato, un maggiore grado di eguaglianza sostanziale tra gli individui. Le nuove tecnologie, infatti, possono rappresentare efficaci strumenti di riduzione delle disuguaglianze, intervenendo, ad esempio, sull'erogazione delle prestazioni sociali, sul contrasto ai fenomeni di evasione e sui modi attraverso cui le persone possono relazionarsi tra loro⁴⁶.

A quest'ultimo proposito basti pensare alla realizzazione dei più recenti *social network* (quali, ad esempio, *Instagram*, *Tik Tok*) che, strutturando la propria modalità di interazione sulla condivisione di immagini e non di testi scritti, costituiscono degli strumenti facilmente utilizzabili da tutti, ivi compresa quella parte della popolazione mondiale che si trova tutt'oggi in una condizione di analfabetismo. In tal senso, i suddetti *social network*, pur avendo verosimilmente alla propria base un interesse economico piuttosto che altruistico, consentirebbero in ogni caso di assicurare attraverso la piattaforma, almeno *prima facie*, eguali possibilità di accesso, di scambio e di confronto a vantaggio di coloro che non sono in grado di leggere e scrivere.

Con l'introduzione di strumenti tecnologici innovativi si accompagna, tuttavia, anche il pericolo di una recrudescenza delle disparità di trattamento a cui può essere sottoposto un individuo, sia rispetto alle tipologie di abusi tradizionalmente individuate, sia con riguardo all'innescarsi di nuovi meccanismi di discriminazione.

In primo luogo, infatti, c'è il rischio che si verifichi un rafforzamento di forme discriminatorie già conosciute e presenti nel passato, rispetto alle quali da anni è stato intrapreso un difficile percorso per assicurarne l'eliminazione o, quantomeno, la riduzione. Una simile ipotesi risulta ben rappresentata dalle più recenti criticità connesse ad un effettivo raggiungimento della parità etnica e di genere, le quali, pur essendo riconosciute all'articolo 3 della Costituzione italiana e malgrado gli sforzi compiuti, hanno comunque incontrato considerevoli ostacoli a causa del diffuso utilizzo di nuove tecnologie.

In merito alla parità di genere, ad esempio, è possibile osservare come lo sviluppo dell'IA ed il suo impiego per la realizzazione di assistenti vocali (ad esempio Siri, Alexa, Cortana) appaiano in grado di riaccutizzare una disuguaglianza che da lungo tempo si è tentato di colmare. In tal senso, si rileva che simili assistenti vocali, progettati per essere in ogni momento a completa disposizione del loro proprietario, difficilmente vengono realizzati con "sembianze" maschili, presentando, al contrario, il più delle volte, nomi e voci di donna. Gli assistenti vocali, pertanto, finiscono per assumere un'identità femminile a cui viene affidato il compito di rivolgersi in maniera accondiscendente nei confronti dell'interlocutore e di esaudire qualsiasi richiesta gli venga fatta, anche laddove quest'ultima risulti sgradevole, offensiva o inopportuna. Ecco dunque che una scelta progettuale di questo tipo alla base dello strumento tecnologico non può che perpetuare, ove non anche rafforzare, gli stereotipi discriminatori esistenti nei confronti del genere femminile, rischiando di confinare la figura della donna ad

⁴⁶ Così G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2, 218, 2019.

un ruolo di subalternità e di assoggettamento, respingendo, allo stesso tempo, l'idea che la stessa possa occupare posizioni di responsabilità e *leadership*⁴⁷.

Gli assistenti vocali rappresentano soltanto una delle applicazioni tecnologiche che possono incidere sulla parità di genere. Ad essi si affiancano ulteriori utilizzi dell'IA che, oltre a determinare potenziali discriminazioni nei confronti del genere femminile, sono altresì suscettibili di produrre disparità di trattamento in ragione dell'origine etnica e del colore della pelle. Basti pensare al funzionamento di taluni motori di ricerca o di alcune applicazioni adottate nei processi di selezione ed assunzione del personale⁴⁸. Si pensi, inoltre, all'implementazione di determinati sistemi di *computer vision* per il riconoscimento e la categorizzazione di immagini o volti (*facial recognition*) che, soprattutto in occidente, rischiano di essere sviluppati avvalendosi di *dataset* contenenti in prevalenza immagini di uomini bianchi, con una conseguente sotto rappresentazione delle donne e delle persone di diversa origine etnica, potendo così condurre a risultati inesatti e discriminatori⁴⁹.

Unitamente al rafforzarsi di disparità di trattamento già conosciute in passato, il diritto costituzionale si trova a dover fronteggiare nuove forme di discriminazione, inedite rispetto alle categorie tradizionali generalmente individuate sino a questo momento. Non è un caso, infatti, che da più parti venga rilevato come il diritto antidiscriminatorio non risulti pienamente in grado di tutelare l'individuo dalle disparità di trattamento che possono derivare dall'utilizzo di sistemi di IA⁵⁰.

Le nuove forme di discriminazione appaiono estremamente pervasive e pericolose poiché fondate su quantitativi di dati e su modalità di elaborazione degli stessi che non trovano alcun precedente nella storia umana. Ciò soprattutto in ragione del crescente flusso di dati personali che ciascun individuo

⁴⁷ Cfr. UNESCO, *EQUALS, I'd blush if I could. Closing gender divides in digital skills through education*, 2019, 94 ss., nonché N. N. LOIDEAIN, R. ADAMS, *From Alexa to Siri and the GDPR: The gendering of Virtual Personal Assistants and the role of Data Protection Impact Assessment*, in *Computer Law & Security Review*, 2020, 36.

⁴⁸ In merito ai potenziali trattamenti discriminatori nei confronti delle donne di colore che possono derivare dai risultati dei motori di ricerca *online*, si veda S. U. NOBLE, *Algorithms of Oppression. How Search Engines Reinforce Racism*, New York, 2018, che analizza in particolar modo il motore di ricerca di Google. Con riferimento ad applicazioni dell'IA per la selezione dei candidati si veda AI NOW INSTITUTE, *Discriminating systems. Gender, Race, and Power in AI*, April 2019, 8, ove si fa riferimento ad un sistema sviluppato da Amazon e successivamente dismesso poiché discriminatorio rispetto ai candidati di genere femminile.

⁴⁹ In questo senso EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, November 2019, 27. In J. BUOLAMWINI, T. GEBRU, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, in *Proceedings of Machine Learning Research*, 2018, 81, 8 ss., viene testata l'accuratezza di taluni sistemi commerciali di classificazione di genere utilizzabili per l'analisi dei volti – in particolare i sistemi prodotti da Microsoft, IBM e Face++ – e si rileva come ciascuno di tali sistemi risulti funzionare adeguatamente se utilizzato con uomini e persone di carnagione chiara, mentre aumenta considerevolmente il margine di errore nei confronti delle donne e delle persone di colore. Un ulteriore esempio di discriminazione legato al colore della pelle è stato individuato da parte dell'organizzazione *no-profit* AlgorithmWatch in relazione al funzionamento del sistema di *computer vision* Google Vision Cloud. In particolare, è stato osservato che tale sistema, nell'analizzare un'immagine raffigurante una mano che impugna un termometro digitale, finiva per qualificare tale oggetto come un'arma, laddove la mano raffigurata aveva un colore scuro della pelle. Al riguardo si veda <https://algorithmwatch.org/en/story/google-vision-racism/>.

⁵⁰ V. sul punto F. Z. BORGESIU (a cura di), *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Council of Europe, Strasbourg, 2018, 18 ss. e L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, in *Biolaw Journal*, 2, 278 ss, 2019.

produce, più o meno consapevolmente, in ogni momento della giornata. Tali elementi consentono di analizzare in profondità qualsiasi aspetto della persona e di profilare, sia individuando le peculiarità che la rendono unica e diversa da chiunque altro, sia identificando gli aspetti che consentono di ricondurre la stessa all'interno di gruppi accomunati da caratteristiche comuni. In tal modo, si realizza un'analisi della persona che agisce sotto molteplici punti di vista, tanto individuali quanto collettivi, dando adito a trattamenti discriminatori personalizzati e trasversali, a seconda del gruppo a cui la persona di volta in volta viene associata e nonostante tale associazione risulti imprevedibile o incomprendibile da parte dello stesso interessato.

Pertanto, se in passato la materia discriminatoria veniva trattata in base a categorie rigide ed a gruppi protetti prestabiliti, ad oggi simile impostazione rischia di non essere più sufficiente, risultando necessario un approccio dotato di maggiore flessibilità. A ben vedere, infatti, alle disparità di trattamento che impattano sui gruppi protetti tradizionali, individuati ad esempio in base al sesso, all'etnia o al credo religioso, si affiancano disparità che interessano l'individuo in ragione della sua appartenenza a gruppi inediti e dalle forme più variegata (ad esempio "coloro che non fanno attività fisica", "coloro che non mangiano verdura"). I nuovi meccanismi di discriminazione, inoltre, riescono a colpire la persona facendo leva sui punti deboli che la contraddistinguono e servendosi degli aspetti che ne caratterizzano l'individualità. È ciò che avviene, ad esempio, con la *price discrimination*⁵¹ attraverso cui è possibile offrire a ciascuno singolo individuo il prodotto di cui ha maggiore necessità al prezzo più alto, nonostante il medesimo prodotto possa essere acquistato da altri ad un costo diverso ed inferiore.

La recrudescenza dei trattamenti discriminatori, tanto di quelli tradizionali quanto di quelli di nuova tipologia, appare strettamente connessa all'introduzione dell'IA all'interno dei processi predittivi e decisionali, che, in tal modo, tendono a dare l'impressione di sostituire all'intrinseca soggettività del ragionamento umano un procedimento obiettivo e imparziale regolato dall'algorithm.

Occorre dunque porre la dovuta attenzione sul funzionamento dell'IA per evitare che il suo utilizzo determini un illusorio crisma di oggettività ed affidabilità rispetto ai risultati da essa prodotti. Bisogna considerare, infatti, come gli esiti di un processo algoritmico derivano da una molteplicità di fattori, primo tra tutti quello connesso alla qualità dei dati coinvolti nel procedimento automatizzato o nel *training* dell'IA. D'altronde, oltre a non essere aggiornati e corretti, i dati potrebbero rispecchiare un'immagine parziale della realtà, giacché rappresentativi soltanto di una parte della popolazione, o potrebbero rivelarsi essi stessi intrinsecamente discriminatori poiché, in quanto raffigurazioni storiche di eventi passati, andrebbero a cristallizzare in sé pregiudizi preesistenti. Non solo, è anche essenziale valutare con cura le scelte compiute ai fini della progettazione dell'algorithm, come lo scopo per cui il sistema di IA è stato implementato, nonché la scelta delle categorie di dati da tenere in considerazione per un corretto ed efficace perseguimento dello scopo prestabilito, unitamente alle connesse responsabilità configurabili in capo a coloro che hanno messo a punto il codice dell'algorithm⁵².

⁵¹ Su cui v. R. STEPPE, *Online price discrimination and personal data: A General Data Protection Regulation perspective*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, 33(6), 769 ss. e F. Z. BORGESIU, J. POORT, *Online price discrimination and EU data privacy law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, 40, 1 ss.

⁵² Sulle modalità di discriminazione algoritmica cfr. S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big data's disparate impact*, in *California Law Review*, 2016, 104(671), 677 ss.; F. Z. BORGESIU (a cura di), *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, cit., 10 ss.; A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il*

Tali complessità, peraltro, risultano di ardua individuazione e di difficile contrasto in ragione dell'autoreferenzialità e della carenza di trasparenza che possono presentare taluni sistemi di IA: sia attraverso il consolidamento di cicli di *feedback* negativo in base ai quali l'algoritmo, avvalendosi dei risultati dallo stesso generati, autolegittima la correttezza e l'affidabilità del proprio funzionamento⁵³; sia a causa dell'opacità di alcuni sistemi artificiali che non sempre consente di guardare all'interno della "macchina" e di capire quali siano stati i percorsi logici e le motivazioni e che hanno condotto ad una determinata decisione o previsione⁵⁴.

Nell'occuparsi del tema dell'IA, dunque, occorre che venga adottato un approccio particolarmente attento alla portata discriminatoria che da essa può derivare, avendo a mente quali sono i fattori progettuali e d'implementazione che possono introdurre logiche discriminatorie all'interno dell'algoritmo, affinché, sulla base di una simile consapevolezza, si sia in grado di promuovere uno sviluppo e un utilizzo dell'IA che risultino rispettosi della persona umana e della sua dignità.

5. Il ruolo del diritto alla protezione dei dati personali

Nell'esaminare la stretta connessione che unisce l'innovazione tecnologica all'effettiva tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti, occorre rilevare che l'IA vanta un particolare rapporto con il diritto alla protezione dei dati personali, dal momento che, come rilevato in precedenza, i dati costituiscono la risorsa primaria attraverso cui operano gli algoritmi, rappresentando, allo stesso tempo, soprattutto se in grado di fornire informazioni relative ad un soggetto, gli elementi principali per la realizzazione di trattamenti altamente personalizzati e potenzialmente discriminatori⁵⁵.

Non tutte le applicazioni dell'IA presuppongono necessariamente un trattamento di dati personali e tuttavia bisogna osservare come risulti sempre più complesso individuare con precisione ciò che può essere considerato dato personale da ciò che, invece, è da intendersi come dato anonimo. Da un lato, infatti, si assiste a frequenti attività di trattamento aventi ad oggetto insiemi di "dati misti", ovvero insiemi di dati personali e non personali che, il più delle volte, possono risultare tra loro inscindibilmente legati in quanto la relativa separazione risulterebbe impossibile o economicamente inefficiente⁵⁶. Allo stesso tempo, lo sviluppo tecnologico sta determinando un graduale assottigliamento della

contributo del Regolamento (UE) 2016/679, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 4-5, 801 ss, 2018 e P. ZUDDAS, Intelligenza artificiale e discriminazioni, in Consulta Online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo, 16 marzo 2020.

⁵³ Il meccanismo dei cicli di *feedback* negativo è ampiamente descritto in C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, cit.

⁵⁴ Sul tema v. F. PASQUALE, *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015.

⁵⁵ L'AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, Febrero 2020, 12 ss., individua diverse fasi in cui può aver luogo un trattamento di dati personali durante il processo di formazione di un sistema artificiale. In particolare, si fa riferimento alle fasi: di sviluppo e addestramento del sistema; di convalida del modello algoritmico; di eventuale distribuzione a terzi o di ritiro del modello algoritmico ove quest'ultimo contenga informazioni o modelli suscettibili di condurre ad un'attività d'identificazione; di utilizzo del sistema artificiale.

⁵⁶ Sui "dati misti", EUROPEAN COMMISSION, *Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union*, Brussels, 29.5.2019, COM(2019) 250 final, 7 ss. e M. PALMIRANI, *Big data e conoscenza*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 79 ss, 2020.

distinzione tra dato personale e dato non personale, intaccando la tradizionale bipartizione su cui è impostato l'attuale quadro giuridico a tutela dei dati⁵⁷. L'elevata interoperabilità e capacità di incrocio tra *dataset*, unitamente all'abilità inferenziale delle nuove tecniche di analisi, consentono di estrarre informazioni riguardanti l'individuo anche a partire da dati che, *prima facie*, sembrerebbero poter essere qualificati come anonimi e di natura non personale. La nozione di dato personale diventa così estremamente dinamica e acquisisce una portata assai ampia, tendendo a ricomprendere al proprio interno un numero sempre crescente di situazioni⁵⁸.

In un simile contesto caratterizzato dall'incessante raccolta ed elaborazione di informazioni, la tutela dei dati costituisce dunque una salvaguardia essenziale affinché il soggetto non rinunci al controllo sulla propria sfera informazionale, rischiando di compromettere, conseguentemente, l'effettività di ogni altro diritto riconosciutogli. Una perdita di controllo sui propri dati e un indiscriminato utilizzo degli stessi da parte di terzi, infatti, sono elementi che, oggi, incidono profondamente su qualsiasi aspetto della vita dell'individuo, non limitandosi alla sola sfera di riservatezza ma determinando, in concreto, il complessivo livello di libertà di cui realmente la persona può beneficiare.

Per tale ragione, appare necessaria una rinnovata attenzione alla dimensione informazionale, tanto del singolo quanto della collettività nel suo insieme, al fine di assicurare un effettivo esercizio dei diritti e delle libertà garantite all'interno delle moderne Carte costituzionali. In questo senso, il diritto alla protezione dei dati personali, interessando trasversalmente ogni profilo di libertà riconosciuto alla persona, acquisisce un ruolo quanto mai determinante, configurandosi come garanzia presupposto per la tenuta dei diritti fondamentali all'interno dell'ecosistema digitale⁵⁹.

Qualificare la protezione dei dati come garanzia presupposto, tuttavia, non significa che essa vada a costituire il fondamento di ogni altro diritto e libertà, né che quest'ultimi si collochino rispetto ad essa in una posizione di dipendenza e subordinazione. Il diritto alla protezione dei dati personali, piuttosto, si pone come diritto fondamentale paritario rispetto agli altri⁶⁰, avente l'ulteriore scopo di contribuire attivamente affinché ciascun diritto e libertà continui a trovare effettivo riconoscimento e piena applicazione.

⁵⁷ Si fa particolare riferimento al Regolamento UE 2016/679 in materia di protezione dei dati personali e al Regolamento UE 2018/1807 sulla libera circolazione dei dati non personali.

⁵⁸ Al riguardo N. PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, 2018, 10(1), 40 ss.

⁵⁹ Cfr. C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa sulla privacy*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 34, secondo cui la *privacy*, nella sua dimensione dinamica di *data protection*, «assume il carattere di “garanzia presupposto” dell'esercizio di altri diritti fondamentali, al fine di rendere possibile lo sviluppo della persona, l'esplicazione reale ed effettiva delle sue libertà». Tale posizione, peraltro, risulta affermata nella *International resolution on privacy as a fundamental human right and precondition for exercising other fundamental rights*, adottata nell'ambito della 41st *International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners* tenutasi a Tirana dal 21 al 24 ottobre 2019, 2-3, laddove si indica la necessità di proteggere «*the right to privacy as a fundamental right and its role in both informing and serving as a foundation to other inalienable rights*» e si rileva che «*privacy is a precondition for citizens' other freedoms as well as a keystone right for democracy and personal and social development*».

⁶⁰ In tal senso, il Considerando 4 del Regolamento UE 2016/679 chiarisce che «il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma [...] va temperato con altri diritti fondamentali».

Ciò può essere osservato, ad esempio, nelle ipotesi ove la protezione dei dati interviene affinché il trattamento di informazioni sulla localizzazione, sul traffico e sulla navigazione *online* non vadano a compromettere la libertà religiosa o di stampa, nel primo caso privando la persona della scelta su come e se manifestare esternamente il proprio credo, nel secondo caso potendo mettere a rischio l'identità e dunque la protezione delle fonti giornalistiche. Parimenti esemplificative risultano le ipotesi in cui la tutela dei dati mira ad assicurare le condizioni necessarie per uno sviluppo libero e critico delle opinioni personali, ivi comprese quelle di natura politica, proponendosi così di arginare quei preoccupanti fenomeni manipolativi di cui *Cambridge Analytica* ha costituito un recente esempio⁶¹.

Appaiono utili, inoltre, talune considerazioni che si possono sviluppare a partire dalle idonee misure tecniche di sicurezza che la disciplina a protezione dei dati personali richiede affinché venga assicurato un adeguato livello di tutela. Poniamo di trovarci in una struttura sanitaria presso cui è adottato il *backup* o un'altra soluzione di *disaster recovery* come misura idonea a proteggere i dati sotto il profilo della disponibilità e dell'integrità, affinché dunque possa essere contrastata una loro eventuale perdita o modifica indesiderata. Ora, la necessità di assicurare simile tutela al dato può senza dubbio essere ricondotta all'obbligo giuridico derivante dalla normativa sulla *data protection*, e tuttavia può costituire allo stesso tempo un elemento essenziale affinché la struttura sanitaria sia effettivamente in grado di intervenire sul paziente, di formulare diagnosi corrette, di prescrivere cure adeguate e di evitare trattamenti dannosi. A ben vedere, dunque, se è vero che le misure di sicurezza implementate intendono tutelare il diritto alla protezione dei dati personali, è parimenti osservabile come tali misure siano volte anche e soprattutto a garantire, forse persino con maggiore intensità, il diritto alla salute e la vita stessa del paziente⁶².

D'altronde, è lo stesso Regolamento UE 2016/679 (GDPR)⁶³ che considera la *data protection* quale garanzia imprescindibile per la tenuta dell'intero sistema di tutele riconosciute all'individuo. Il diritto alla protezione dei dati personali declinato all'interno della normativa regolamentare, infatti, non in-

⁶¹ Cfr. S. WACHTER, *Privacy: Primus Inter Pares — Privacy as a Precondition for Self-Development, Personal Fulfilment and the Free Enjoyment of Fundamental Human Rights*, 2017, 19-20, reperibile in <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2903514>.

⁶² In tal senso risulta emblematica la vicenda che nel settembre 2020 ha interessato l'ospedale di Düsseldorf. A causa di un *ransomware* che ha colpito i sistemi della struttura sanitaria, si è infatti verificato quel che è stato definito il primo caso di decesso legato in maniera diretta ad un attacco informatico. Il *ransomware* ha reso impossibile da parte dell'ospedale un intervento immediato sul paziente, il quale, pertanto, è stato trasportato in una diversa struttura sanitaria distante più di 30 chilometri. Ciò ha determinato un ritardo delle cure ed il conseguente decesso della persona.

⁶³ Sul Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali cfr., *ex multis*, V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit.; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, IPSOA, Milano, 2018; L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma, 2016; S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, I, Torino, 2016; Id., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, 2016.

tende soltanto garantire all'interessato il controllo sul proprio patrimonio informativo, ma, spingendosi oltre, si pone l'obiettivo ben più ambizioso di tutelare la persona nella sua interezza.

Ciò appare evidente sin dalle prime disposizioni del Regolamento europeo che, non rimanendo circoscritto ad una tutela dei dati in sé considerata, individua espressamente nella protezione dei diritti e delle libertà della persona l'obiettivo primario sotteso al recente intervento normativo⁶⁴. Simile impostazione, inoltre, risulta confermata dal contributo interpretativo dell'*Article 29 Working Party* circa la nozione di "diritti e libertà" utilizzata all'interno del Regolamento. Nozione che andrebbe a ricomprendere, assieme alla *data protection*, anche altri diritti fondamentali, quali la libertà di parola, la libertà di pensiero, la libertà di circolazione, il divieto di discriminazione, il diritto alla libertà di coscienza e di religione⁶⁵.

Proprio a tale scopo il GDPR ha introdotto all'interno della propria disciplina l'istituto della valutazione d'impatto o *data protection impact assessment* (DPIA) attraverso cui chi tratta i dati, ancor prima di avviare un'attività di elaborazione, deve esaminare le potenziali conseguenze negative che possono interessare l'individuo: sia sotto il profilo della protezione dei dati, sia con riferimento agli altri diritti fondamentali riconosciuti alla persona⁶⁶. Una valutazione che, ove interpretata alla luce del Considerando 85 del GDPR relativo ai casi di violazione dei dati personali, trova ulteriore declinazione e maggiore profondità, andando ad esaminare non solo il rischio che si verifichi un pregiudizio materiale o immateriale per l'interessato, ma anche che abbia luogo un vero e proprio danno fisico alla persona.

Le previsioni del Regolamento, dunque, mostrano lo stretto legame che unisce la protezione dei dati agli altri diritti fondamentali, suggerendo che soltanto attraverso l'ausilio della *data protection* le libertà classiche non corrono il rischio di essere svuotate di significato e di consistenza una volta che l'individuo faccia il suo ingresso nell'ecosistema digitale. In questo senso, la protezione dei dati va ad occupare una posizione elevata e da cui non è possibile prescindere, sia perché alla base dello sviluppo e della realizzazione personale, sia perché fattore a supporto degli altri diritti⁶⁷.

Benché quest'ultimi costituiscano i tasselli essenziali per definire e regolare le corrette dinamiche da osservare in ambito individuale e collettivo, è la protezione dei dati che rappresenta sempre più l'amalgama necessaria affinché possa essere assicurata piena compattezza e solidità al mosaico di tutele così costituito. Il diritto alla protezione dei dati personali rappresenta, allora, una garanzia fondamentale affinché sia possibile preservare quel grado irrinunciabile di autonomia e di libertà di au-

⁶⁴ Dal combinato disposto dell'art. 1, par. 2, e del Considerando 4 del Regolamento UE 2016/679 appare evidente come il predetto Regolamento, pur interessandosi nello specifico della disciplina generale sulla protezione dei dati, si propone di proteggere ciascun diritto e libertà fondamentali riconosciuti alle persone fisiche.

⁶⁵ Cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Statement on the role of a risk-based approach in data protection legal frameworks*, adopted on 30 May 2014, 8 e ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento "possa presentare un rischio elevato" ai fini del regolamento (UE) 2016/679*, adottate il 4 aprile 2017 e modificate il 4 ottobre 2017, 7.

⁶⁶ Sull'istituto della *data protection impact assessment* (DPIA) si tornerà *infra*, paragrafo 6.

⁶⁷ Cfr. S. WACHTER, *Privacy: Primus Inter Pares — Privacy as a Precondition for Self-Development, Personal Fulfilment and the Free Enjoyment of Fundamental Human Rights*, cit., 21.

to-determinazione, configurandosi, in tal modo, quale diritto a presidio di tutte le libertà tradizionali⁶⁸.

A fronte dello sviluppo dell'IA e dell'inscindibile legame che unisce i diritti e le libertà dell'individuo alla tutela dei dati personali, risulta evidente come quest'ultima costituisca una salvaguardia essenziale, al venir meno della quale si corre il rischio di veder indebolita ogni altra forma di tutela. Il diritto protezione dei dati personali si pone, dunque, come strumento imprescindibile per preservare l'individuo da indebite manipolazioni e da ingiustificate compressioni della propria libertà, operando quale autonomo diritto fondamentale e svolgendo, allo stesso tempo, la funzione di garanzia presupposto affinché sia reso possibile l'effettivo esercizio di tutti i diritti e le libertà riconosciuti alla persona⁶⁹.

6. Il Regolamento UE 2016/679: criticità ed opportunità

È stato analizzato il significato assunto all'interno del Regolamento UE 2016/679 dal diritto alla protezione dei dati personali che, non rimanendo circoscritto alla sola tutela della sfera informazionale dell'individuo, intende offrire una protezione complessiva dei diritti e delle libertà della persona, ponendo una particolare attenzione alle conseguenze discriminatorie connesse all'applicazione dell'IA⁷⁰. Tra quest'ultima e la protezione dei dati, pertanto, si instaura una relazione biunivoca caratterizzata, innanzitutto, dalle rilevanti criticità che l'utilizzo dei sistemi algoritmici introduce rispetto ai principi portanti della *data protection*, quali il principio di minimizzazione, di finalità e di limitazione del tempo di conservazione dei dati, nonché il principio di trasparenza⁷¹.

⁶⁸ Sul punto si rinvia a F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit., 9-10, il quale afferma che «nella società digitale e delle comunicazioni elettroniche il diritto fondamentale alla protezione dei dati diventa anche il presidio irrinunciabile di tutte le libertà classiche delle nostre Costituzioni» e che «rinunciare alla protezione dei dati personali da ogni indebita ingerenza, significa rischiare di vanificare ogni forma di libertà e mettere in pericolo tutti i diritti fondamentali»; nonché a L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016, 16, che evidenzia come la protezione dei dati personali concorra a realizzare una piena valorizzazione e garanzia sia della dignità umana sia della società democratica: in particolare, «il diritto fondamentale alla protezione dei dati diviene anche presidio irrinunciabile di tutte le altre libertà classiche costituzionalmente garantite, cioè funzionale al loro esercizio e, in ultima analisi, funzionale alla difesa della nostra stessa società democratica».

⁶⁹ Così A. SORO nel corso della "Videointervista ad Antonello Soro, il bilancio del mandato con uno sguardo al futuro" di R. BARBERIO, in *Key4biz*, 25 giugno 2019, reperibile al seguente link: www.key4biz.it/videointervista-a-antonello-soro-il-bilancio-dell'autorita-durante-il-suo-mandato/262897/; in termini analoghi cfr. anche F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, cit., 306.

⁷⁰ B. GOODMAN, *A step towards accountable algorithms?: algorithmic discrimination and the European Union General Data Protection*, 29th Conference on Neural Information Processing Systems, NIPS Foundation, Barcellona, 2016, 1, osserva come il GDPR rappresenti la prima normativa ad affrontare apertamente il tema della discriminazione algoritmiche.

⁷¹ Cfr. art. 5, par. 1, lett. a), b), c) e) del GDPR. Al riguardo v. C. KUNER, F. H. CATE, O. LYNKEY, C. MILLARD, N. N. LOIDEAIN, D. J. B. SVANTESSON, *Expanding the artificial intelligence-data protection debate*, in *International Data Protection Law*, 2018, 8(4), 290-291; M. BUTTERWORTH, *The ICO and artificial intelligence: The role of fairness in the GDPR framework*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, 34(2), 258 ss.; G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 16, 275 ss.

L'esigenza di rendere i modelli di IA sempre più performanti conduce, in generale, ad una raccolta indiscriminata di dati incentrata sull'accumulo massivo, senza verificare che gli stessi risultino effettivamente necessari e pertinenti al trattamento che si intende effettuare. Allo stesso tempo, il desiderio di poter disporre di una mole di dati in continua crescita induce a protrarre la loro conservazione anche dopo che abbia avuto termine il trattamento per il quale sono stati raccolti, cosicché tali dati possano essere riutilizzati più e più volte per nuovi fini, ivi compreso il *training* di ulteriori sistemi di IA. In questo modo, di fatto, i dati vengono conservati per un periodo di tempo illimitato ed utilizzati per scopi diversi da quelli originali, ignorando i limiti posti dal principio di minimizzazione e rendendo sostanzialmente privi di significato tanto il principio della limitazione della *data retention* quanto il principio di finalità.

Lo sviluppo dell'IA, inoltre, rischia di creare notevoli attriti in relazione all'esigenza di rendere conoscibili le modalità con cui i dati vengono trattati. Mentre l'osservanza del principio di trasparenza può essere assicurata riguardo ai sistemi meramente automatizzati, il cui *iter* logico appare ricostruibile per intero, non altrettanto risulta possibile con riferimento a talune tipologie di IA. Rilevanti problemi di opacità, infatti, si riscontrano in relazione ai sistemi di *machine learning*, rispetto ai quali non si è sempre in grado di cogliere con esattezza quale sia il processo seguito dall'algoritmo per produrre il risultato finale. D'altronde, simile opacità tende ad essere ulteriormente favorita dalle frequenti argomentazioni in materia di proprietà intellettuale, attraverso cui si vuole assicurare la segretezza del codice matematico utilizzato, escludendo, in tal modo, che l'algoritmo possa essere reso accessibile, conoscibile e pertanto verificabile da parte di chiunque vi sia sottoposto.

Se da un lato, dunque, la relazione tra IA e *data protection* è contraddistinta da notevoli criticità, dall'altro lato, occorre rilevare come tale rapporto si caratterizzi per il potenziale contributo che la protezione dei dati personali può fornire nella realizzazione di un primo sistema di regole volte ad un corretto utilizzo dei sistemi artificiali. Un supporto che, orientando lo sguardo alla normativa del GDPR, può essere individuato sia nei principi generali del Regolamento sia in specifiche disposizioni in esso contenute.

L'attenzione che il GDPR pone all'accuratezza dei dati è un elemento che senz'altro può trovare applicazione con riferimento all'IA⁷². In particolare, il principio di qualità del dato si inserisce perfettamente nella fase di *training* dell'algoritmo, intervenendo, in primo luogo, nel momento della scelta e della selezione dei dati attraverso cui implementare il sistema di IA e, successivamente, durante tutto il suo ciclo di utilizzo per accertarsi che i dati adoperati rimangano coerenti allo scopo ed al trattamento al quale sono stati destinati. Il principio di qualità del dato, pertanto, consentirebbe di prevenire sin dall'inizio che le decisioni algoritmiche risultino viziate *ex ante*, approdando a risultati discriminatori a causa dell'erroneità dei dati o della cristallizzazione al loro interno di pregiudizi preesistenti⁷³.

Sui principi generali per il trattamento dei dati personali enunciati nel GDPR sia consentito rinviare *amplius* a C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, cit., 85 ss.

⁷² Cfr. art. 5, par. 1, lett. d) del Regolamento UE 2016/679.

⁷³ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in E. GABRIELLI, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto*, *Giurisprudenza Italiana*, 2019, 1674. In particolare, G. D'ACQUISTO, *Qualità dei*

Seppur di non facile osservanza, anche i principi di trasparenza e di *privacy by design* intervengono affinché le frizioni poste dall'utilizzo degli algoritmi vengano in parte stemperate⁷⁴. Il principio di *privacy by design*, infatti, impone di svolgere a partire dalla fase di progettazione dell'IA un'attenta ponderazione circa i rischi che possono derivare per l'individuo, così da promuovere in origine uno sviluppo del sistema algoritmico rispettoso dei diritti e delle libertà della persona. Allo stesso modo il principio di trasparenza, malgrado l'intrinseca opacità di alcuni sistemi artificiali, si configura in ogni caso quale fondamentale punto di riferimento a cui qualsiasi soggetto coinvolto nell'implementazione di nuove tecnologie e nel trattamento dei dati personali deve necessariamente essere orientato affinché l'utilizzo dell'IA non presti il fianco ad ingiusti pregiudizi.

Tali principi generali risultano maggiormente declinati all'interno del GDPR attraverso la previsione di talune disposizioni specifiche che, se adeguatamente valorizzate, appaiono in grado di offrire utili strumenti operativi di cui avvalersi ogniquale volta trovi applicazione un sistema di IA.

È possibile, infatti, osservare come gli articoli 13, 14, 15 e 22 del GDPR facciano espresso riferimento ai trattamenti interamente automatizzati di dati personali, ricomprendendo, in tal modo, le potenziali operazioni svolte tramite sistemi algoritmici. Nonostante le difficoltà sopra richiamate per una piena osservanza del principio di trasparenza, i primi tre articoli ambiscono ad introdurre una tutela informazionale a favore dell'interessato, garantendo a quest'ultimo di essere avvisato qualora risulti soggetto ad un trattamento effettuato in ogni sua parte da un algoritmo, nonché di poter accedere alla logica ad esso sottesa⁷⁵.

A tali previsioni si accompagna l'articolo 22 del GDPR che riconosce in capo all'individuo il diritto di non essere sottoposto a trattamenti interamente automatizzati capaci di incidere in maniera significativa sulla persona. Sul punto, occorre rilevare da subito come il predetto diritto assuma le sembianze di un vero e proprio divieto generale rivolto al titolare del trattamento, non configurandosi, al contrario, quale diritto di opposizione riconosciuto in capo all'interessato. In tal modo, l'articolo 22 ha il pregio d'imporre al titolare un dovere di tutela *by default*, senza che per la sua applicazione l'interessato sia tenuto ad un comportamento proattivo, e pertanto eventuale, da realizzarsi attraverso una specifica obiezione al trattamento⁷⁶.

Appare opportuno sottolineare, inoltre, che la previsione dell'articolo 22 si rivolge alle decisioni che vengono realizzate attraverso un procedimento completamente automatizzato, non trovando applicazione, invece, laddove sia riscontrabile un coinvolgimento umano all'interno del procedimento. Ciò non significa, tuttavia, che la partecipazione di una persona al processo automatizzato determini di per sé l'inapplicabilità della norma sopra richiamata. Al riguardo, infatti, bisogna considerare come l'articolo 22 adotti un approccio strettamente sostanzialistico, così da ricomprendere nel proprio

dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 266, rileva come la carenza di qualità dei dati nel *training* dell'IA può trasformare un errore occasionale in un errore sistematico e, dunque, in un *bias* permanente di non facile risoluzione.

⁷⁴ Cfr. art. 5, par. 1, lett. a) ed art. 25, par. 1 del Regolamento UE 2016/679.

⁷⁵ Cfr. art. 13, par. 2, lett. f), art. 14, par. 2, lett. g) ed art. 15, par. 1, lett. h) del Regolamento UE 2016/679.

⁷⁶ Sul punto v. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, adopted on 3 October 2017, revised on 6 February 2018, 19 e M. BRKAN, *Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 27(2), 98-99, 2019.

ambito di applicazione anche quei processi automatizzati in cui apparentemente sussiste un coinvolgimento umano che, tuttavia, si risolve di fatto in un contributo simbolico, sostanzialmente irrilevante rispetto all'esito del processo decisionale⁷⁷. Eppure, sebbene venga prestata notevole attenzione affinché i trattamenti automatizzati non siano affidati soltanto all'algoritmo ma contemplino anche un effettivo coinvolgimento umano, la previsione dell'articolo 22 rischia in ogni caso di non tenere sufficientemente conto della forza pratica connessa ai sistemi di IA. Con ciò si intende la capacità in concreto dell'algoritmo di attrarre a sé l'intero processo nel quale viene inserito, inducendo la persona coinvolta ad affidarsi ed a delegare per intero l'attività valutativa e decisionale assegnatale, anche laddove l'utilizzo dell'IA doveva costituire soltanto un elemento strumentale ed a supporto dell'attività umana⁷⁸.

Il diritto a non essere sottoposto a trattamenti interamente automatizzati, peraltro, presenta limiti evidenti a causa delle eccezioni previste all'articolo 23 del GDPR e al paragrafo 2 dell'articolo 22.

In primo luogo, l'articolo 23 consente agli Stati membri di limitare i diritti riconosciuti agli interessati in materia di *data protection* – ivi compreso il diritto contenuto all'articolo 22 – ove ciò risulti essenziale per salvaguardare profili di particolare interesse pubblico. In questo senso, ad esempio, ha recentemente operato il Governo ungherese che, al fine di contrastare l'epidemia di COVID-19, ha deciso di limitare i diritti degli interessati fino alla fine dello stato emergenziale⁷⁹. Il divieto di effettuare un processo decisionale interamente automatizzato trova poi ulteriori deroghe ai sensi del paragrafo 2 dell'articolo 22, sia nei casi in cui il processo automatizzato risulti necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e chi tratta i dati, sia attraverso l'adozione di appositi interventi legislativi a livello europeo o nazionale volti ad autorizzare lo svolgimento di specifici trattamenti interamente automatizzati⁸⁰.

Non solo. Rispetto alla precedente normativa, il paragrafo 2 dell'articolo 22 introduce una nuova deroga pattizia rappresentata dal consenso dell'interessato⁸¹. A ben vedere, simile eccezione rischia di non cogliere appieno le difficoltà che si incontrano nel dover assicurare un'effettiva e consapevole manifestazione del consenso da parte dell'individuo, il quale, proprio in ragione delle esigenze e delle complessità caratterizzanti i sistemi di IA, tende a ricevere informazioni quanto mai generiche sulle modalità di elaborazione dei propri dati o, all'estremo opposto, indicazioni talmente tecniche e specifiche da risultare di difficile comprensione. Senza contare poi che tali criticità vanno ad inserirsi in un

⁷⁷ Cfr. ancora ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, cit., 20-21.

⁷⁸ In merito alla "forza pratica dell'algoritmo", si rinvia ad A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 81.

⁷⁹ Sul punto si è pronunciato l'EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Statement on restrictions on data subject rights in connection to the state of emergency in Member States*, 2 June 2020.

⁸⁰ Al riguardo I. MENDOZA, L. A. BYGRAVE, *The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, in T. SYNODINOU, P. JOUGLEUX, C. MARKOU, T. PRASTITOU (a cura di), *EU Internet Law. Regulation and Enforcement*, 2017, 95, osservano che l'eccezione secondo cui la legislazione nazionale può autorizzare lo svolgimento di specifici trattamenti interamente automatizzati rappresenta un elemento suscettibile di incidere sull'obiettivo del Regolamento UE 2016/679 di favorire una maggiore armonizzazione della disciplina tra gli Stati membri.

⁸¹ Si rileva come la deroga del consenso esplicito dell'interessato, riconosciuta all'art. 22, par. 2, lett. c) del Regolamento UE 2016/679, non era prevista in precedenza all'interno dell'abrogato art. 15 della Direttiva 95/46/CE riguardante le "Decisioni individuali automatizzate".

contesto assai dinamico, in cui l'interessato si trova esposto a continue attività di trattamento di dati, ricevendo, di conseguenza, un elevato numero di informative che richiedono voglia, tempo e concentrazione per poter essere realmente lette e comprese. L'istituto del consenso, pertanto, non sembrerebbe del tutto adeguato a tutelare la persona all'interno del mondo digitale, soprattutto con riferimento a trattamenti complessi come quelli effettuati tramite IA, cosicché la sua individuazione come deroga all'articolo 22 del GDPR potrebbe rappresentare, nei fatti, una breccia rilevante nel sistema di garanzie che la normativa sulla *data protection* offre a tutela della persona⁸².

Anche al fine di assicurare un maggior livello di protezione a favore dell'individuo, ci si è lungamente interrogati circa la possibilità di enucleare all'interno del GDPR, e con particolare riguardo all'articolo 22, un *right to explanation* che riconosca all'interessato il diritto di ricevere la spiegazione della decisione conseguita nei suoi confronti attraverso un procedimento interamente automatizzato⁸³. Il riconoscimento di un simile diritto contribuirebbe, senz'altro, ad arricchire gli strumenti messi a disposizione della persona per comprendere le ragioni che hanno condotto ad una determinata decisione e per poter controllare che quest'ultima non nasconda al suo interno un trattamento discriminatorio. Tuttavia, al momento, l'enucleazione di un *right to explanation* non sembrerebbe di facile individuazione, non soltanto sotto il profilo sostanziale a causa delle complessità di elaborare adeguate modalità con cui fornire tale spiegazione, ma anche in ragione del tenore letterale del GDPR ove mancano esplicite previsioni al riguardo. A ben vedere, infatti, l'unico riferimento ad una simile spiegazione *ex post* della decisione algoritmica è prevista nel considerando 71 che, da un lato, pur assumendo un'importante valenza interpretativa, non presenta però alcuna forza giuridica vincolante, e che, dall'altro lato, contiene delle misure di tutela poi integralmente trascritte all'interno dell'articolo 22, paragrafo 3 del GDPR eccezion fatta proprio della misura riguardante il diritto di ottenere una spiegazione della decisione conseguita attraverso il procedimento automatizzato. Pertanto, affinché sia possibile individuare l'effettiva affermazione di un *right to explanation*, bisognerà seguire da vicino quali saranno le soluzioni operative progettate per sostenere la trasparenza nei sistemi di IA e, contestualmente, quale sarà l'evoluzione giurisprudenziale in merito all'interpretazione dell'articolo 22 e del considerando 71 del GDPR⁸⁴.

Può essere osservato come il diritto di conoscere la logica seguita dal sistema artificiale e la possibile enucleazione di un *right to explanation* costituiscano due aspetti di rilievo per incrementare la spiegabilità della decisione algoritmica conseguita. Tale spiegabilità, peraltro, potrebbe essere ulterior-

⁸² Sull'indebolimento del consenso quale istituto capace di garantire un'effettiva autodeterminazione dell'interessato, v. A. MANTELERO, *La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big Data e delle applicazioni di Artificial Intelligence*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 293 ss, 2018.

⁸³ Sull'esistenza nel Regolamento UE 2016/679 di un effettivo *right to explanation*, cfr. B. GOODMAN, S. FLAXMAN, *European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"*, in *AI magazine*, 2017, 38(3), 50 ss.; in senso contrario 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 Protection Law*, 7(2), 76 ss., 2017. I quali rilevano come all'interno del Regolamento possa essere individuato più che altro un *right to be informed*. A partire dalle due tesi sopra richiamate si è sviluppato un ricco dibattito dottrinale sulla configurabilità di un *right to explanation* e sul possibile significato da attribuire allo stesso.

⁸⁴ Cfr. A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, cit., 810 ss.

mente favorita laddove, oltre a concentrarsi sul funzionamento dell'algoritmo, venga altresì incoraggiata la possibilità di conoscere tutte le varie tipologie di dati che, nel complesso, sono state utilizzate dal sistema artificiale ed hanno concorso a produrre la decisione⁸⁵.

Le disposizioni sino ad ora richiamate costituiscono, a proprio modo, espressioni del principio di trasparenza attraverso cui ci si propone di dissipare il velo di segretezza che avvolge il funzionamento dell'algoritmo, nonché di favorire un clima di fiducia rispetto all'utilizzo di sistemi di IA. Allo stesso modo, simile obiettivo viene perseguito mediante l'approccio basato sul rischio che, oltre a costituire una delle colonne portanti dell'intera disciplina del GDPR, trova un'importante declinazione nell'istituto della valutazione di impatto (DPIA) introdotta all'articolo 35, da doversi svolgere allorché un trattamento presenti rischi elevati rispetto ai diritti e alle libertà della persona e, soprattutto, laddove vengano utilizzate tecnologie innovative come l'IA.

La valutazione d'impatto consente di stimare *ex ante* quali possano essere i pregiudizi a cui si espone la persona a causa dell'utilizzo dei sistemi algoritmici e permette, in tal modo, di predisporre per tempo le necessarie misure di sicurezza tecniche ed organizzative atte ad abbattere il livello di rischio. L'istituto previsto dall'articolo 35 del GDPR costituisce uno strumento estremamente utile a tutela dell'individuo e tuttavia potrebbe risultare non sempre di facile impiego con riguardo all'IA. La valutazione d'impatto, infatti, rimane legata ad un giudizio effettuato dal titolare del trattamento il quale, dunque, per essere in grado di assicurare una corretta ponderazione dei rischi derivanti dall'utilizzo di sistemi algoritmici, deve poter contare su capacità e competenze sufficientemente mature tanto in materia di protezione dei dati personali quanto sulle principali modalità di funzionamento dell'IA. In ogni caso, l'istituto della valutazione d'impatto offre l'opportunità di estendere la ponderazione del rischio prevista nel GDPR al di fuori del solo ambito della *data protection*, realizzando una valutazione che, pur aumentando il proprio grado di complessità, si arricchisce di ulteriori profili di analisi, sia rispetto ai potenziali pregiudizi a cui è esposto qualsiasi diritto fondamentale del singolo individuo, sia con riferimento agli impatti di ordine etico e sociale che possono interessare la collettività nel suo complesso⁸⁶.

Alle misure sinora descritte, si aggiunge da ultimo la possibilità di avvalersi di specifici strumenti di *accountability* previsti a supporto del titolare del trattamento quali i codici di condotta e le certificazioni⁸⁷. Seppur non ancora ampiamente valorizzati in materia di *data protection*, tali strumenti potrebbero consentire di regolare e rendere più fluidi alcuni passaggi legati all'implementazione dell'IA ed alle sue tipologie di utilizzo. Le certificazioni, infatti, attraverso il coinvolgimento di soggetti terzi dotati di competenze specifiche e di poteri di *audit*, andrebbero a garantire che i sistemi algoritmici siano sviluppati in maniera tale da non determinare trattamenti pregiudizievoli o discriminatori, mentre i codici di condotta permetterebbero di individuare rispetto all'IA modalità di applicazione

⁸⁵ Si veda M. PALMIRANI, *Big data e conoscenza*, cit., 85 ss.

⁸⁶ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies*, Strasbourg, 25 January 2019, 13-14 ed A. MANTELERO, *AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, 34(4), 764 ss.

⁸⁷ V. artt. 40 e 42 del Regolamento UE 2016/679.

uniformi, congiuntamente valutate e giudicate idonee ad assicurare un'adeguata tutela della persona⁸⁸.

In definitiva, osservando la relazione che intercorre tra IA e diritto alla protezione dei dati personali è dunque possibile percepire quanto siano significative le criticità che questa nuova tecnologia pone nei confronti dell'individuo. Contestualmente, però, pur consapevoli dei limiti in essa riscontrati, si avverte con forza il ruolo che la stessa disciplina in materia di *data protection* potrà occupare all'interno dello sforzo normativo e culturale che, a livello internazionale, dovrà essere compiuto per definire gli aspetti principali di un corretto utilizzo dell'IA.

7. L'impianto costituzionale all'interno dell'Intelligenza Artificiale

L'assetto costituzionale che caratterizza gli Stati membri dell'Unione europea, ivi compreso quello italiano, appare al momento sufficientemente strutturato per cogliere e presidiare le aree su cui l'IA avrà impatti maggiori, nonché per poter indicare i principi fondamentali da seguire affinché il suo sviluppo avvenga con modalità rispettose della persona umana. D'altronde, stante la rapidità dell'innovazione tecnologica, non sembrerebbe nemmeno opportuno ipotizzare a livello costituzionale delle fonti del diritto interventi di riforma *ad hoc* volti a stabilire una puntuale regolamentazione dei sistemi algoritmici. In questo senso, infatti, operare all'interno delle Carte costituzionali attraverso l'inserimento di specifiche disposizioni dedicate all'IA potrebbe apparire un intervento non del tutto condivisibile o quantomeno prematuro⁸⁹.

Ciò che risulta necessario, piuttosto, è assicurarsi che, una volta individuati i principi fondamentali da seguire, questi trovino adeguata espressione attraverso un sistema di regole che, affondando le proprie basi nella tradizione costituzionale dell'Unione europea, risulti coordinato e sufficientemente flessibile per stare al passo con l'innovazione tecnologica. Pertanto, la sfida con cui occorre misurarsi è quella di garantire in concreto che principi fondamentali già conosciuti a livello costituzionale vadano ad assumere declinazioni innovative tali da trovare piena operatività all'interno del nuovo ecosistema digitale.

Un simile proposito può essere perseguito avvalendosi di strumenti di *soft law* e di normative di settore, rispetto alle quali, come evidenziato nel precedente paragrafo, la disciplina in materia di protezione dei dati personali rappresenta ad oggi una delle regolamentazioni maggiormente innovative ed all'avanguardia⁹⁰. Infatti, nonostante l'ambito applicativo della *data protection* rimanga incentrato

⁸⁸ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines on Artificial Intelligence and Data Protection*, Strasbourg, 25 January 2019, 3 e 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*, cit., 142 ss.

⁸⁹ Sulla volontà di introdurre a livello costituzionale previsioni specificamente dedicate all'IA si veda la proposta di legge costituzionale n. 2585 presentata dal Parlamento francese in data 15 gennaio 2020 ed avente ad oggetto l'integrazione del primo paragrafo del Preambolo della Costituzione con la "*Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*".

⁹⁰ Non è un caso che la normativa in materia di *data protection* venga ampiamente richiamata in HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, cit. Inoltre, pronunciandosi sul *White Paper on Artificial Intelligence* adottato dalla Commissione europea, l'EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2020, Opinion on the European Commission's White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*, 29 June 2020, 18, ha osservato come gran parte delle prescrizioni

sul trattamento dei dati personali e sussistano diversi profili di miglioramento, il GDPR contiene in sé principi generali e strumenti operativi che forniscono prime indicazioni di riferimento circa le modalità di implementazione e impiego dell'IA⁹¹, anche laddove non abbia luogo alcuna elaborazione di dati riguardanti l'individuo.

In tale prospettiva, la protezione dei dati sembrerebbe poter contribuire sotto un duplice profilo a favorire uno sviluppo dei sistemi artificiali rispettoso della persona. La *data protection* costituisce, infatti, una normativa di settore direttamente applicabile all'IA poiché interviene sull'aspetto centrale dello sviluppo e del funzionamento dei sistemi artificiali, ossia i dati. Allo stesso tempo, tale normativa può porsi come valido modello a cui guardare, sia in vista dei necessari interventi modificativi alla legislazione esistente sia per la produzione di nuove regolamentazioni applicabili all'IA.

Interessandosi alla fase di progettazione di ogni trattamento algoritmico (i.e. l'approccio *by design*) e ponendo attenzione alla valutazione dei rischi e dell'impatto che l'impiego di sistemi artificiali può determinare sull'individuo, il GDPR concorre a tracciare la corretta direzione verso un'IA orientata al rispetto e al benessere della persona. In tal modo, la disciplina sulla *data protection* ha il pregio di mostrare una spiccata attenzione per l'innovazione tecnologica, riaffermando, allo stesso tempo, la centralità della persona umana e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali ad essa riconosciuti. Proprio la posizione privilegiata che il GDPR riconosce alla persona costituisce un esempio paradigmatico dell'approccio antropocentrico che qualsiasi regolamentazione è tenuta ad adottare in materia di IA.

L'obiettivo a cui bisogna tendere, pertanto, non è di inserire la tecnologia all'interno delle Carte costituzionali, quanto piuttosto di trasporre i valori costituzionali e la centralità della persona umana all'interno dei sistemi algoritmici⁹². Coerentemente al percorso intrapreso dall'Unione europea, occorre dunque rivolgersi verso un modello antropocentrico di IA, che infonda fiducia e non timore al cittadino e che, tenendo ben ferma la distinzione tra mezzo e fine, non subordini la persona all'IA ma identifichi in quest'ultima un prezioso strumento posto ad esclusivo servizio dell'essere umano⁹³.

indicate dalla Commissione per delineare un quadro giuridico applicabile all'IA siano attualmente ravvisabili all'interno della normativa sulla *data protection*.

⁹¹ In questo senso U. PAGALLO, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 101, 2020 rileva come il Regolamento UE 2016/679 «rappresenti un buon punto d'inizio per affrontare l'insieme di questioni sorte con la disciplina delle "tecnologie emergenti" [...]. Laddove alcuni diritti e principi del GDPR possono essere convenientemente esportati nel quadro più generale del governo della società algoritmica, quest'approccio ha il vantaggio [...] di far leva su un insieme di norme già in vigore, per cui la proposta *de iure condendo* si fonda pur sempre *de iure condito*».

⁹² Per il concetto di "diritto costituzionale ibrido" si rinvia ad A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, cit., 103.

⁹³ L'essenza di un modello di IA *trustworthy* e *human-centric* è illustrata in HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, cit. Simile impostazione è inoltre riscontrabile nel concetto di IA *for good* adottato in GRUPPO DI ESPERTI MISE SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, *Proposte per una Strategia italiana per l'intelligenza artificiale*, cit., 35 ss.

Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa

Francesco Laviola*

ALGORITHMIC, ALL TOO ALGORITHMIC: AUTOMATED ADMINISTRATIVE DECISIONS, PERSONAL DATA PROTECTION AND CITIZENS' FUNDAMENTAL FREEDOMS IN THE LIGHT OF THE LATEST ADMINISTRATIVE CASE LAW.

ABSTRACT: The word "computer", originally, referred to a person in charge of performing calculations. At the end of the 19th century, the Civil Service of the United States recruited officials to carry out computer tasks. Today, the situation seems to have reversed: the administrations around the world are recruiting computers that are increasingly capable of carrying out many of the tasks of public officials. The Council of State judgment no. 8472/2019 recently widened the range of the principles concerning the use of algorithms in the administrative activity set forth by previous jurisprudence, opening up to the issue of compliance with the European legal framework on personal data protection. It is necessary to claim the right to doubt of machine decisions, whose origins are "algorithmic, all too algorithmic".

KEYWORDS: Data protection; automated decisions; administration; algorithms, artificial intelligence

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La società dell'informazione e la necessità di un'Amministrazione 4.0 – 3. I principi in materia di decisioni algoritmiche posti dalle precedenti sentenze del Tar Lazio e del Consiglio di Stato – 4. La Sentenza n. 8472/2019: profili di legittimità amministrativa – 5. La Sentenza n. 8472/2019: profili di tutela delle libertà fondamentali e protezione dei dati personali relativi alle decisioni algoritmiche della P.A – 5.1. In particolare, sul processo decisionale interamente automatizzato ex art. 22 del Regolamento n. 2016/679: alcune considerazioni critiche – 6. Importanti aspetti relativi alla protezione dei dati personali da considerare in materia di decisioni algoritmiche – 6.1 Qualità dei dati – 6.2. Tutela della proprietà industriale e comprensibilità della decisione algoritmica – 6.3. Altre garanzie previste dal Regolamento n. 2016/679 – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Nessuno è immune agli effetti del fulmineo ed incessante progresso delle *Information and Communication Technology* (ICT); neanche gli uffici della Pubblica Amministrazione. Da qualche tempo a questa parte, infatti, la giurisprudenza amministrativa italiana è impe-

*. Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi Roma Tre e Tirocinante presso il Consiglio di Stato. Mail: francesco.laviola@uniroma3.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

*W & L
Law*



gnata a dirimere una serie di spinose questioni attinenti all'impiego degli algoritmi e dell'Intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence*, d'ora in poi AI) nel procedimento amministrativo¹. Questo fenomeno rappresenta uno degli effetti della c.d. Quarta rivoluzione industriale/scientifica², che sta comportando mutamenti sociali sempre più profondi e repentini, nonché fenomeni nuovi quali il "datismo"³ o la "datizzazione"⁴, il cui incedere comporta una serie di effetti collaterali anche per la vita pubblica.⁵

In virtù di questo inarrestabile sviluppo tecnologico, si è creata una nuova dimensione informazionale, definita *infosfera*, e si è modificato il modo in cui gli uomini concepiscono e si relazionano con la realtà, tanto che si può riassumere il concetto parafrasando una nota massima hegeliana: «tutto ciò che è reale è informazionale e tutto ciò che è informazionale è reale»⁶.

In questo contesto, l'AI e la Robotica incarnano delle innovazioni strategiche, che risultano decisive nella competizione economica tra i Paesi, dal momento che gli Stati che più riusciranno ad investire in «applicazioni robotiche, sviluppando l'industria nel settore, tenderanno a distanziare, soprattutto sul medio e lungo periodo, quelli che si muoveranno più tardi e comunque tutti i soggetti, pubblici e privati, che non faranno uso di sistemi aventi queste caratteristiche»⁷. D'altro canto, però, la «pene-

¹ Per un'analisi completa si rimanda a A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2019, 1149 ss. Sul punto cfr. anche F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-la-decisione-robotica-e-il-giudice-amministrativo-28-agosto-2018>, 2018; D. U. GALETTA, J. C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 7/2018; Inoltre, per i profili legati alla responsabilità cfr. M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16/2019; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2019. Più ampiamente sui problemi di regolazione connessi all'AI e, in particolare, la tutela della privacy, si veda F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

² Su cui si rinvia a K. SCHWAB, P. PYKA, *Die Vierte Industrielle Revolution*, München, 2016; con un'accezione differente fa riferimento alla Quarta rivoluzione anche L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, alludendo invece alla rivoluzione scientifica stimolata dall'invenzione del computer da parte di Alan Turing, paragonata, nella sua portata, ai cambiamenti nel modo di comprendere dell'essere umano provocati dalla teoria eliocentrica di Niccolò Copernico, dall'evoluzionismo di Charles Darwin e dalla nascita della psicoanalisi ad opera di Sigmund Freud.

³ Vedi Y. N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Firenze, 2019, 450, che definisce il datismo come una sorta di religione dei dati, i seguaci della quale «sono scettici riguardo alla conoscenza e alla saggezza umane, e preferiscono riporre la loro fiducia nei *Big Data* e negli algoritmi computerizzati».

⁴ A riguardo, si faccia riferimento a V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, 109. Così anche A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018.

⁵ Su questi temi cfr. B. CARAVITA, *Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 2/2019; sugli stessi temi anche M. BETZU, G. DEMURO, *I big data e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Media Laws*, 1/2020, 218 ss.

⁶ Così in L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 44-45, il quale sottolinea come il termine *infosfera* sia stato modellato negli anni Settanta sul termine *biosfera*, che indica la porzione di pianeta in cui vi è la vita.

⁷ E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Laws* 1/2019, 74.



trazione sociale dell'AI» implica anche che «gli assetti e le relazioni intersoggettive e intergenerazionali» siano soggette a profonde modifiche con effetti sul mercato del lavoro e sulla distribuzione del reddito⁸.

Del resto, i settori investiti dai cambiamenti provocati dall'impiego dell'AI sono molteplici e ciò comporta che sia imprescindibile elaborare un approccio costituzionalmente orientato al problema⁹. Ciò vale, in particolar modo, per quanto riguarda l'utilizzo di tali tecnologie nell'ambito delle attività della Pubblica amministrazione.

Ebbene, le questioni assurde da ultimo all'attenzione dei giudici amministrativi non concernono tanto l'utilizzo di supporti tecnologici informatici nella fase di redazione materiale degli atti amministrativi, bensì la legittimità di strumenti in grado di determinare il contenuto stesso degli atti¹⁰. Si tratta, dunque, di un differente «paradigma della decisione» riguardo al quale se da una parte è unanimemente riconosciuto il beneficio in termini di utilità e di efficacia dell'utilizzo dell'AI in supporto all'attività umana, dall'altra sorge un disaccordo rispetto alla possibile sostituzione dell'AI alle decisioni umane¹¹.

I maggiori interrogativi, però, sorgono proprio dall'impiego dell'AI nell'attività della Pubblica amministrazione, e riguardano la valenza da attribuirsi alla formula algoritmica nel contesto pubblico e la possibilità di sostituire un giorno – integralmente o parzialmente – l'attività del funzionario “umano” con quella di un funzionario “robotico”¹².

Con la sentenza n. 8472 del 13 dicembre 2019, la sezione VI del Consiglio di Stato ha recentemente avuto modo di ampliare il novero dei principi riguardanti l'utilizzo degli algoritmi nell'attività amministrativa posti dalla precedente giurisprudenza¹³, schiudendo, sebbene sotto due condizioni (conoscibilità dell'algoritmo e l'imputabilità della responsabilità della decisione all'organo titolare del potere), la possibilità di impiegare l'AI anche nell'ambito dell'attività discrezionale dell'Amministrazione. Tut-

⁸ *Ibidem*.

⁹ Ampiamente in C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Speciale, 2019, 101-130. Dello stesso autore, vedi anche C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019.

¹⁰ Cfr. Tar Lazio, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769, secondo cui, testualmente definisce: «atto ad elaborazione elettronica, ossia l'atto amministrativo che è predisposto mediante il computer. In questo caso l'elaborazione del contenuto dell'atto viene affidata interamente allo strumento informatico e, quindi, in definitiva alla macchina, la quale provvede direttamente al reperimento, al collegamento e alla interrelazione tra norme e dati assumendo, conseguentemente, un ruolo strumentale rispetto all'atto amministrativo conclusivo. Nella predetta fattispecie è l'elaborazione stessa del contenuto dell'atto che si svolge elettronicamente, elaborazione che consiste, appunto, nello svolgimento dell'iter logico che conduce alla redazione dell'atto finale in relazione al rispettivo contenuto e che concretizza la sua motivazione; il documento finale che contiene la predetta elaborazione, invece, può avere qualsiasi forma ammessa dall'ordinamento e, quindi, essere anche cartaceo, come avviene negli atti amministrativi di stampo tradizionale»; cfr. anche C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Macerata, 2005, 13-14. Vedi anche F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista diritto amministrativo elettronico*, www.cesda.it, 2003.

¹¹ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, cit., 118-119.

¹² Sul punto, si veda E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2019, 1766

¹³ Si veda Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Tar Lazio, sez. III bis, 28 maggio 2019, n. 6686; Tar Lazio, sez. III bis, nn. 9224-9230, 9227 del 2018; Tar Lazio, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769.





tavia, l'elemento di novità introdotto da questa sentenza è l'apertura ai profili relativi alla tutela delle libertà fondamentali dei cittadini e, in particolare, alla protezione dei dati personali, fino a quel momento pressoché tralasciati dai giudici amministrativi.

Infatti, il Consiglio di Stato ha posto a fondamento della sua decisione alcuni principi derivanti dal "diritto sovranazionale", e più precisamente del diritto dell'Unione Europea¹⁴, quali: 1) il principio di conoscibilità, riconducibile all'art. 41 della Carta di Nizza¹⁵, che in tema di algoritmi «si completa con il principio di comprensibilità», e cioè la possibilità di «ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata» nelle decisioni algoritmiche; 2) il principio di "non esclusività della decisione algoritmica"¹⁶, riferibile all'art. 22 del Regolamento UE n. 2016/679 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati Personali, c.d. RGPD, o utilizzando l'acronimo inglese GDPR), in forza del quale, le decisioni riguardanti persone fisiche non debbono essere basate unicamente su un processo automatizzato, qualora esse siano idonee a produrre effetti giuridici che riguardino o che incidano significativamente sulle persone alle quali afferiscono, dovendo a tal fine sempre esserci un contributo umano, conformemente al modello c.d. HITL (*human in the loop*)¹⁷; 3) il principio di "non discriminazione algoritmica", di cui al considerando n. 71¹⁸ del GDPR, a mente del quale è opportuno che, per garantire la sicurezza dei dati personali e impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche, il titolare del trattamento usi tutti i più appropriati accorgimenti, dalle procedure matematiche o statistiche, alle misure tecniche e organizzative adeguate, al fine di assicurare che i dati siano trattati secondo i principi

¹⁴ I tre principi nell'ambito del quadro europeo-nazionale sono elencati in A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 77-86

¹⁵ L'art. 41, co. 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, rubricato "Diritto ad una buona amministrazione", prevede che: «Tale diritto comprende in particolare: - il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio; - il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale; - l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni».

¹⁶ In merito a tale principio il Consiglio di Stato ha richiamato anche la giurisprudenza extra-europea, e in particolare la celebre sentenza *State vs. Loomis*, pronunciata dalla Corte Suprema del Wisconsin nel 2016, con riferimento alle decisioni algoritmiche in materia penale; si veda *State v. Loomis: Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing*, in *Harvard law review*, 2017; e anche K. FREEMAN, *Algorithmic injustice: how the wisconsin supreme court failed to protect due process rights in State v. Loomis*, in *North Carolina journal of law & technology*, 2016; più in generale sui rapporti tra decisione giudiziaria e Intelligenza artificiale cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018.

¹⁷ M.L. JONES, *The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood*, in *Social Studies of Sciences*, 2017, 216 ss

¹⁸ Sul punto il Considerando 71 recita: «al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e 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 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 un trattamento che comporti misure aventi tali effetti». Inoltre, sempre tale considerando chiosa affermando che «processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni».





del GDPR, in particolare, rettificando i fattori che comportano inesattezze dei dati e minimizzando il rischio di errori.

Nel caso in esame, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'algoritmo non sia stato utilizzato in termini conformi a tali principi. Tuttavia, a ciò si sarebbe, forse, potuto aggiungere un ulteriore inciso riguardante i presupposti di legittimità delle decisioni automatizzate relative a persone fisiche, cominciando a gettare le basi di un precedente, in vista dei futuri sviluppi che porteranno l'Amministrazione a servirsi sempre più dell'AI.

Del resto, è lo stesso GDPR a prevedere che il generale divieto di sottoporre una persona fisica a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato che produca effetti giuridici che lo riguardano, possa essere superato qualora sussistano determinati presupposti¹⁹. Un ulteriore richiamo in tal senso, avrebbe potuto condurre i Giudici di Palazzo Spada a lumeggiare anche altre criticità relative alle decisioni algoritmiche, le quali, molto verosimilmente, emergeranno di certo in futuro, stante il dettato della disciplina europea in materia di protezione dei dati.

In proposito, è bene tener presente che perfino la Corte costituzionale ha richiamato tale disciplina nell'ambito della recente decisione rispetto ai limiti degli obblighi di pubblicazione derivanti dal d.lgs. n. 33/2013 di cui alla sentenza n. 20/2019, facendo riferimento sia alle norme del Regolamento n. 2016/679/UE e della precedente Direttiva n. 1995/46/CE (c.d. Direttiva madre) che a quelle della Carta di Nizza²⁰.

Non si può certo tralasciare che con il Trattato di Lisbona l'Unione Europea ha rafforzato la sua competenza in materia di circolazione dei dati personali. Infatti, con l'introduzione dell'art. 16 TFUE non solo è stato sancito il diritto di ogni persona alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano, ma è stato altresì previsto «che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria» stabiliscano sia le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte di istituzioni, organi e organismi dell'U-

¹⁹ La decisione deve essere: a) necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che deve, però, precisare misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) basata sul consenso esplicito dell'interessato. Il par. 3 dell'art. 22 del Regolamento specifica altresì che: «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».

²⁰ Relativamente al rispetto della Carta di Nizza da parte delle norme dell'ordinamento nazionale, con la sent. 20/2019 la Corte costituzionale ha avuto nuovamente modo di esprimersi riguardo alla questione della doppia pregiudizialità. Cfr sul punto S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *federalisimi.it*, 2019; A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in www.giurcost.org, 2019, 113 ss; I. A. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it*, 7/2019. Il vero punto di svolta, però, riguardo a tale problema è stato segnato dalla Corte costituzionale con la precedente sentenza n. 269/2017, con riferimento alla quale si veda G. MARTINICO, G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *European Constitutional Law Review*, 2019; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2019; ma anche G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018.





nione, nonché da parte degli Stati membri qualora rientrino nell'ambito di attività riconducibili al campo di applicazione del diritto dell'Unione; sia «le norme relative alla libera circolazione di tali dati». È proprio quest'ultimo inciso, dunque, a conferire all'Unione Europea una competenza più penetrante nella regolazione della disciplina relativa ai dati personali²¹.

Occorre, infatti, ricordare che il già citato Regolamento UE 2016/679, non si riferisce soltanto «alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali», ma anche «alla libera circolazione di tali dati». La *ratio* di tale scelta risiede nell'assunto per cui, se i dati devono poter liberamente circolare all'interno dell'Unione, il livello di protezione deve essere uniforme, secondo il principio "*one continent, one law*".

In virtù di quanto fin ora esposto, non si può dunque prescindere dall'analisi del diritto eurounitario quando si viene in contatto con la protezione dei dati personali. Per ricostruire il quadro giuridico complessivo concernente questo diritto fondamentale, enunciato all'art. 8 della Carta di Nizza, occorre senza dubbio analizzare un sistema di fonti multilivello²², che negli ultimi tempi è diventato sempre di più a trazione europea. Ed è proprio dall'osservazione di questi settori in cui la compenetrazione tra diritto nazionale e diritto eurounitario è non solo inscindibile, ma fortemente condizionata dalla competenza in materia dell'Unione, che si può forse preconizzare come si evolverà nei prossimi anni il diritto degli Stati membri.

D'altro canto, anche in altri Paesi europei è in corso il dibattito concernente l'impiego dell'AI nell'attività amministrativa e la tutela delle libertà fondamentali, il quale non ha impegnato soltanto la dottrina e la giurisprudenza amministrativa. Già nel 2018, ha avuto modo di esprimersi sul tema il *Conseil constitutionnel* della Repubblica francese, che ha svolto una serie di considerazioni relative alle decisioni amministrative algoritmiche, provocate da una *saisine* relativa alle modifiche apportate alla *Loi informatique et libertés* proprio al fine di adeguare la legge francese in materia di protezione dati al Regolamento (UE) 2016/679²³.

²¹ Cfr. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, 8 ss., secondo il quale la "base normativa" su cui poggia la competenza in materia di protezione dei dati personali, derivi dal combinato disposto dell'art. 8, comma 1, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 16, paragrafo 1, del TFUE; anche G. M. SALERNO, *Le origini e il contesto*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, 81 ss. Sulla *ratio* dei principi europei in materia di protezione dei dati, si veda O. LYNKEY, *The foundation of EU data protection law*, Oxford, 2015. Per quanto concerne specificamente l'art. 8 della Carta di Nizza, cfr. M. BASSINI, O. POLLICINO, *Art. 8 Protezione dei dati di carattere personale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALA, O. ROZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2017, 132-159.

²² C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa sulla privacy*, Napoli, 2018.

²³ Cfr. *Conseil constitutionnel*, *Décision n. 2018-765 DC*, 12 giugno 2018. In particolare, il giudice costituzionale transalpino ha ritenuto che gli algoritmi c.d. "*auto-apprenant*", cioè in grado di modificare autonomamente le regole che applicano, non possano essere in ogni caso utilizzati come base esclusiva per una decisione amministrativa individuale, se non sono assoggettati a controllo né a convalida. Allo stesso tempo, è stato stabilito che l'impiego di un algoritmo in una singola decisione amministrativa debba essere subordinato al rispetto di tre condizioni: 1) la decisione amministrativa individuale deve menzionare espressamente il fatto di essere stata adottata sulla base di un algoritmo, secondo quanto disposto dal *Code des relations entre le public et l'administration*; 2) le principali caratteristiche di tale algoritmo devono, se richiesto, essere comunicate all'interessato; 3) la decisione individuale non può essere presa utilizzando un algoritmo i cui principi operativi



I profili di riflessione sul tema sono, dunque, molti, vari e comprensibili solo se si è in grado di avere una visione di insieme del fenomeno in corso nella società.

2. La società dell'informazione e la necessità di un'Amministrazione 4.0

Fino a pochi decenni or sono, il termine *robot* evocava la letteratura e la cinematografia fantascientifica. Eppure, oggi le "tre leggi della robotica" formulate dal celebre scrittore Isaac Asimov²⁴ vengono citate perfino da atti del Parlamento Europeo come la *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, adottata il 16 febbraio 2017, c.d. *Norme di diritto civile sulla robotica*, alla quale ha fatto riferimento anche il Consiglio di Stato nella motivazione in diritto della sent. n. 8472/2019.

Appare chiaro che la robotica e l'Intelligenza artificiale non sono più "sci-fi", ma sono ormai entrate a far parte a pieno titolo della vita quotidiana²⁵. In particolare, è interessante notare come all'incirca negli stessi anni in cui Asimov, Orwell, Huxley scrivevano i capolavori destinati a diventare pietre miliari del genere fantascientifico, Alan Turing, celebre inventore del *computer*, pubblicava un articolo scientifico intitolato *Computing Machinery and Intelligence*²⁶, primo passo nella riflessione sull'AI.

Con l'espressione Intelligenza artificiale ci si riferisce «a sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il loro ambiente e intraprendendo azioni - con un certo grado di autonomia - per raggiungere obiettivi specifici», tenendo presente che tali «sistemi basati sull'intelligenza artificiale possono essere puramente software e agire nel mondo virtuale (ad esempio assistenti vocali, *software* di analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale) o l'intelligenza artificiale può essere incorporata in dispositivi *hardware* (ad esempio robot avanzati, auto autonome, droni o applicazioni *Internet of Things*)»²⁷.

L'elemento fondamentale di un sistema di AI è l'algoritmo. Si tenga presente che per algoritmo si intende «una ricetta, un metodo o una tecnica per fare qualcosa», basato su un «set definito di regole

non possono essere comunicati senza violare uno dei segreti o degli interessi protetti individuati dal *Code des relations entre le public et l'administration*. Sempre nella medesima pronuncia, si afferma, altresì, che la decisione amministrativa individuale deve essere sempre ricorribile e pertanto l'algoritmo è soggetto al controllo giudiziale.

²⁴ Cfr. I. ASIMOV, *Circolo vizioso*, 1942, ora in I. ASIMOV, *Io robot*, Milano, 2009. «1. Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno. 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge. 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge».

²⁵ Così C. CATH, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Artificial Intelligence and the 'Good Society': the US, EU, and UK approach*, in *Science and engineering ethics*, 2017.

²⁶ A. M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind, New Series*, n. 236, 1950 433-460, il quale introduce il concetto di *Imitation game* con il celebre incipit: «I propose to consider the question "Can machines think?"».

²⁷ Tale la definizione dello *High-level expert group on artificial intelligence* istituito dalla Commissione Europea nel documento *A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>.



che siano non ambigue e semplici da seguire», o, per meglio dire: «definite ed effettive»²⁸. Tali operazioni matematiche vengono svolte dai computer, i quali, però, grazie al progresso tecnologico nel campo dell'informatica, stanno sviluppando anche la capacità di apprendere, la quale è la causa della maggior parte degli avanzamenti e delle applicazioni dell'AI nel contesto odierno. In proposito, occorre precisare che si definiscono algoritmi *machine learning* quelli che utilizzano la statistica per «trovare modelli attraverso enormi quantità di dati», formulando previsioni “*highly educated*”²⁹. Ancora più avanzato del *machine learning* è il *deep learning*, che utilizza tecniche che conferiscono alla macchina un'aumentata capacità di individuare anche i modelli più sottili, le quali sono chiamate *deep neural network*, dal momento che implicano «vari strati di semplici nodi computazionali che lavorano insieme per elaborare i dati e fornire un risultato finale sotto forma di predizione»³⁰.

In realtà, le informazioni circolano nella vicenda umana già da parecchi millenni, da quando cioè l'umanità ha provveduto ad inventare dei mezzi per lasciare traccia di sé ai posteri e per comunicare con altri uomini. Tuttavia, soltanto negli ultimi tempi nei Paesi più industrializzati si è sviluppata una società in cui sia il benessere individuale e che quello sociale dipendono dalle ICT, aprendo una fase che è stata definita come “iperstoria”³¹, nella quale l'uomo non può più fare a meno delle informazioni e delle comunicazioni per poter svolgere le proprie attività. Del resto, le economie delle nazioni G7 si basano ormai per buona parte sull'informazione, atteso che almeno il 70% del PIL prodotti in tali Paesi «dipende da beni intangibili, fondati sull'uso d'informazione, piuttosto che da beni materiali

²⁸ La definizione è di E. DIETRICH, *Algorithm*, in R. A. WILSON, F.C. KEIL, *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, Cambridge, 1999, 11, il quale specifica come un algoritmo non sia per forza qualcosa che abbia a che fare con i computer, citando l'algoritmo inventato dal matematico greco Euclide per trovare il massimo comun divisore di due numeri.

²⁹ Questa e altre definizioni in K. HAO, *What is machine learning? Machine-learning algorithms find and apply patterns in data. And they pretty much run the world*, in MIT technology review, 2018, consultabile al link <https://www.technologyreview.com/2018/11/17/103781/what-is-machine-learning-we-drew-you-another-flowchart/>.

³⁰ K. HAO, *What is machine learning? Machine-learning algorithms find and apply patterns in data. And they pretty much run the world*, cit.: «neural networks were vaguely inspired by the inner workings of the human brain. The nodes are sort of like neurons, and the network is sort of like the brain itself. (For the researchers among you who are cringing at this comparison: Stop pooh-poohing the analogy. It's a good analogy.) But Hinton published his breakthrough paper at a time when neural nets had fallen out of fashion. No one really knew how to train them, so they weren't producing good results. It took nearly 30 years for the technique to make a comeback. And boy, did it make a comeback». Inoltre, la stessa A. provvede a distinguere tra *supervised learning*, *unsupervised learning* e *reinforcement learning*.

³¹ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 1-7. In particolare, l'A. afferma, attraverso una ricostruzione molto suggestiva, che: «preistoria e storia sono termini che operano come avverbi: esprimono *come* le persone vivono, non *quando* o *dove* vivono. In questa prospettiva, le società umane dispiegano tuttora i loro modi di vita attraverso queste tre epoche. In base a rapporti relativi a un certo numero di tribù isolate nella regione amazzonica, all'inizio del secondo millennio vi sono società che vivono ancora in un una sorta di età preistorica, senza registrare documenti. Se, o piuttosto, quando quelle tribù un giorno spariranno, sarà compiuto il primo capitolo della nostra storia evolutiva. La maggior parte delle persone vive tuttora nell'età della storia, in società che fanno affidamento sulle ICT per registrare, trasmettere ed utilizzare dati. In tali società storiche, le ICT non hanno ancora preso il sopravvento sulle altre tecnologie, in particolare su quelle fondate sull'uso di energia, in quanto risorse di importanza vitale. Infine, vi sono talune persone nel mondo che vivono già nell'età dell'iperstoria, in società e ambienti nei quali le ICT e le loro capacità di processare dati non sono soltanto importanti ma condizioni essenziali per promuovere il benessere sociale, la crescita individuale e lo sviluppo generale».





che sono il prodotto di processi agricoli o manifatturieri»³². Non a torto, è stato rilevato che i dati stanno diventando più importanti del petrolio per quanto concerne il funzionamento dell'economia, che sta subendo e subirà delle trasformazioni radicali proprio a causa dell'utilizzo dei dati³³. Infatti, grazie ai c.d. *Big Data*, talune decisioni che in passato si basavano su congetture o su modelli di realtà realizzati faticosamente a mano ora possono essere prese utilizzando modelli matematici basati su dati, e, in virtù di ciò, l'analisi dei *Big Data* guida oggi quasi ogni aspetto della società³⁴. In tale contesto, vi è un'assoluta centralità degli algoritmi e l'AI va sempre più assumendo un ruolo chiave.

L'elaborazione delle informazioni da parte dell'AI può, invero, condurre a risolvere problemi e a prendere decisioni con più rapidità ed efficienza rispetto al passato e, pertanto, il settore privato già fa un ampio uso di queste tecnologie, prevalentemente con finalità commerciali, cioè per offrire beni o servizi a consumatori³⁵. Tuttavia, la trasformazione in atto, benché in maniera più graduale, coinvolge, ovviamente, anche il settore pubblico³⁶, che se da una parte è investito da questi cambiamenti, dall'altra è chiamato ad innovarsi e modernizzarsi, in tutti i suoi campi, dalla sanità, alla scuola, alla pubblica amministrazione in generale.

Le c.d. "macchine sapienti"³⁷, del resto, vengono già (e verranno sempre più) impiegate anche nell'esercizio delle funzioni pubbliche e, pertanto, in un numero crescente di Paesi le Amministrazioni

³² Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 7

³³ *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, in *The Economist*, 6 maggio 2017, nonché *Data is giving rise to a new economy*, in *The Economist*, 6 maggio 2017.

³⁴ Così H. V. JAGADISH, J. GEHRKE, A. LABRINDIS, Y. PAPANIKOLAOU, J. M. PATEL, R. RAMAKRISHNAN, C. SHAHABI, *Big Data and Its Technical Challenges*, in *Communications of the ACM*, 2014, 86. Assai icastico l'esempio del lavoro dell'astronomo: "from a field where taking pictures of the sky was a large part of an astronomer's job to one where the pictures are already in a database, and the astronomer's task is to find interesting objects and phenomena using the database". Relativamente ai Big Data in Italia è stata condotta congiuntamente un'indagine da parte dell'AGCM, dell'AGCOM e del Garante privacy; cfr. *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020 in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

³⁵ Sui meccanismi di acquisizione dei dati online cfr. M. VIGGIANO, "Navigazione" in internet e acquisizione occulta di dati personali, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007. Inoltre, si tenga presente che anche la distinzione tra aspetto privato e pubblico è sempre meno netta dal momento che si va affermando il modello del cittadino-lavoratore-consumatore, in cui vengono contemporaneamente combinati gli elementi di "consumer voting, personal governments documents all stored on Facebook, and people's résumés up for public scrutiny". Così L. GREENE, *Silicon States. The power and politics of Big Tech and what it means for our future*, Berkeley, 2018, 43, la quale a p. 37 segnala anche come Mark Zuckerberg, fondatore del gruppo Facebook, ha avuto modo di affermare la necessità di un nuovo contratto sociale.

³⁶ Cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019. Si segnala, inoltre, l'autorevole ricostruzione di C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i Big Data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2019; in particolare, per quanto riguarda i risvolti politici e amministrativi Cfr. anche D. U. GALETTA, J. C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 8, secondo i quali «dalla prospettiva del giuspubblicista l'approccio deve essere però diverso [...]. Occorre cioè, al pari di quel che si è fatto sino ad ora nel contesto delle Nazioni Unite, ragionare sul se (ed in che termini) l'uso dell'Intelligenza Artificiale e, più in generale, l'uso delle ICT più innovative nel settore pubblico, grazie alla loro capacità di ridurre molti degli ostacoli tradizionali rispetto all'accesso ai servizi forniti dalla Pubblica Amministrazione in termini di tempo e di distanza fisica, possa rappresentare un fattore che contribuisce all'interesse pubblico in termini di sviluppo sostenibile e maggiore benessere della collettività». La risoluzione dell'ONU è consultabile al link <https://bit.ly/39j4cUY>.

³⁷ La definizione è di P. BENANTI, *Le macchine sapienti*, Bologna, 2018.



ni³⁸ versano in condizione di doversi confrontare con il fatto che talune decisioni possano essere prese per mezzo dell'utilizzo delle tecnologie algoritmiche o dagli algoritmi stessi³⁹. È un tema che investe i più svariati profili e che induce ad interrogarsi sulle modalità di tali decisioni, sia per quanto concerne il loro rapporto con il principio di legalità⁴⁰ che per quanto attiene alle eventuali discriminazioni operate dagli algoritmi⁴¹. Appare chiaro, perciò, che, onde evitare effetti collaterali o, addirittura, discriminatori, vi sono diversi aspetti che devono essere regolati⁴².

³⁸ Cfr. *Le gouvernement lance l'expérimentation de l'intelligence artificielle dans l'administration*, in <https://www.modernisation.gouv.fr/salle-de-presse/communiqués-de-presse/le-gouvernement-lance-l'expérimentation-de-l'intelligence-artificielle-dans-l'administration>; ma si veda anche il report della House of Lords dal titolo *Select Committee on Artificial Intelligence, AI in the UK: ready, willing and able?*, London, 2018; nonché i punti programmatici enunciati in *Ein Neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD*, 2018, 2092; inoltre si segnala anche il report della Federal Trade Commission, *Data Brokers. A Call for Transparency and Accountability*, Washington, 2014. Si faccia riferimento anche al caso argentino descritto in D. U. GALETTA, J. C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., e in particolare al decreto 733/2018, che prevede anche l'impiego dell'AI come strumento per automatizzare le decisioni pubbliche, e il caso di Prometea, Intelligenza artificiale usata a scopi giurisdizionali e amministrativi. Si tenga presente anche l'esperienza neozelandese descritta in M. VEALE, I. BRASS, *Administration by Algorithm? Public Management meets Public Sector Machine Learning* in K. YEUNG, M. LODGE, *Algorithmic Regulation*, Oxford, 2019, 121-142.

³⁹ Si veda, in particolare, J. B. AUBY, *Contrôle de la puissance publique et gouvernance par algorithme* in: D. U. GALETTA, J. ZILLER (Hrsg.) *Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Informations- und Kommunikationstechnologien jenseits des Datenschutzes | Information and Communication Technologies Challenging Public Law, Beyond Data Protection | Le droit public au défi des technologies de l'information et de la communication, au-delà de la protection des données*, 153 ss.; H. PAULIAT, *La décision administrative et les algorithmes : une loyauté à consacrer*, in *Revue du droit public*, 2018, 641 ss.; P. TIFINE, *Les algorithmes publics : rapport conclusif*, in *Revue générale du droit* (<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/03/15/rapport-conclusif/>).

⁴⁰ cfr. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, in *The Georgetown law journal*, 2017., 1176 ss.: «as government agencies continue on the path toward increased reliance on machine learning in administrative decision making, public officials, lawyers, and scholars will confront choices about whether to encourage or constrain this technology. Making these choices will depend, at least in the first instance, on assessing how agency use of machine learning would conform to the cornerstones of constitutional and administrative law: principles of nondelegation, due process, antidiscrimination, and transparency. [...] Especially when machine learning is used to determine outcomes that are judicially reviewable, its properties combine to surface some first-order questions stemming from a legal system that has been historically premised on the existence of governmental decision makers who are human beings».

⁴¹ W. FRÖHLICH, I. SPIECKER, *Können Algorithmen diskriminieren?*, in <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/%202018>, in cui, in particolare, viene sostenuta la non neutralità dell'algoritmo e la necessità di intervento dello Stato: «Es ist Aufgabe des Sozialstaats, der einzelnen Person in ihrer Individualität und Würde gerecht zu werden und wider statistische Erfahrungswerte zu handeln, die immer Werte der Mehrheit sind. Es ist nicht zu verhehlen, dass sowohl der Sozialstaat bei der Verteilung knapper Ressourcen als auch Arbeitgeberinnen/Unternehmen, die sich durch Algorithmen in ihren Entscheidungen unterstützen lassen, gewichtige berechnete Interessen ins Feld führen können. Insbesondere bei Entscheidungen über elementare Grundbedürfnisse wie Arbeit, Sozialhilfe, Gesundheit sind aber die Gefahren diskriminierender Entscheidungen bereits auf Ebene der Datenverarbeitung mitzudenken»; cfr anche il report dell'Executive Office of the President of USA, *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, 2016.

⁴² Sul punto cfr. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Forum Disuguaglianze Diversità*, 2019, 210 ss.; anche T. WISCHMEYER, *Regulierung intelligenter Systeme*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2018.



Si tenga, altresì, presente che con riguardo all'AI sia l'Unione Europea che il Consiglio d'Europa⁴³ hanno provveduto a fornire definizioni e indicazioni tramite una serie di documenti, con i quali hanno tra l'altro posto anche delle linee guida per quanto riguarda le relative questioni etiche. Con particolare riguardo al contesto eurounitario, si consideri che già nell'aprile 2018 venticinque Paesi, tra cui l'Italia, hanno firmato una dichiarazione di cooperazione per l'AI e, allo stesso tempo, la Commissione Europea ha reso nota la strategia comune per lo sviluppo di un'intelligenza artificiale "made in Europe", con il documento *L'intelligenza artificiale per l'Europa*⁴⁴. Sempre la Commissione Europea ha, nel dicembre 2018, pubblicato il Piano coordinato sull'Intelligenza Artificiale⁴⁵, istituendo, tra l'altro, un Gruppo di esperti di alto livello che hanno prodotto una serie di documenti al fine di definire gli orientamenti etici e le politiche di investimento europee in materia di Intelligenza Artificiale⁴⁶. In Italia, a fronte di un'economia fortemente basata sulle informazioni e sui dati, il processo di "informatizzazione" della Pubblica amministrazione, volto non solo a modernizzare il Paese, ma anche a ridurre la distanza tra cittadini e Amministrazione, è ancora *in fieri*, benché, come rilevato anche dal Presidente del Consiglio di Stato, «ben avviato»⁴⁷. Gli sforzi compiuti per passare dalla tradizionale Amministrazione di matrice ottocentesca, fatta di carte e di stampe, all'Amministrazione 4.0, cioè

⁴³ Cfr. F.Z. BORGESIU (a cura di), *Draft guidelines on Artificial Intelligence, 2018; Council of Europe, Discrimination, Artificial Intelligence and Algorithmic Decision-Making*, Strasbourg, 2018; con particolare riferimento alla protezione dei dati personali si veda anche il documento del Consultative committee of the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (Convention 108) dal titolo *Report On Artificial Intelligence Artificial Intelligence And Data Protection: Challenges And Possible Remedies* in <https://rm.coe.int/Artificial-Intelligence-And-Data-Protection-Challenges-And-Possible-Remedies/168091f8a6>

⁴⁴ Cfr. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-237-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

⁴⁵ Il comunicato stampa ufficiale è consultabile al link: <https://bit.ly/3jizIHT>.

⁴⁶ Tali documenti sono: *A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines> ; *Ethics guidelines for trustworthy AI*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai> ; *Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI*, in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>.

⁴⁷ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo* cit., 8, che esprime una valutazione tutto sommato positiva sullo stato dell'arte della decisione algoritmica nell'amministrazione italiana definendola «indirizzata su un cammino che può essere ragionevolmente percorso in molti settori della vita quotidiana che richiedano l'intermediazione della pubblica amministrazione. È un percorso che impone cautele, che necessita di un adattamento del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi e che probabilmente richiede regole europee comuni; ma è una strada senz'altro percorribile»; più scettico E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 365 ss., il quale ricorda come sul punto «non era mancata, d'altra parte, [...] l'attenzione del Parlamento a questo percepito fallimento, con maggiore dettaglio fotografato dalla relazione della Commissione parlamentare che del tema si è occupata in modo specifico nel corso della passata legislatura. Lo stesso Consiglio di Stato, in sede di parere sullo schema di decreto di riforma del Codice dell'amministrazione digitale, non aveva mancato di segnalare un ritardo importante evidenziandone alcune ragioni». I testi richiamati sono la *Relazione sull'attività svolta - La digitalizzazione nella pubblica amministrazione italiana: analisi degli errori e valutazione delle priorità, dall'efficacia degli strumenti all'importanza del capitale umano*, approvata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni nella seduta del 26 ottobre 2017; nonché il Parere del Consiglio di Stato del 23 marzo 2016, n. 785.





quella dell'algoritmo e delle decisioni automatizzate⁴⁸, sono stati molti e la Repubblica tutt'ora è impegnata in questa sfida senza precedenti, che le richiede di mettersi in linea con il contesto economico e tecnologico della terza decade del terzo millennio.⁴⁹

Il processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione italiana, infatti, nonostante alterne vicissitudini⁵⁰, è già passato attraverso importanti snodi legislativi. In primo luogo, si segnala l'adozione del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), con tutte le sue numerose modifiche e integrazioni susseguitesesi in questi ultimi quindici anni, in forza del quale è mutata anche la disciplina del procedimento amministrativo, con l'aggiunta dell'art. 3-bis della l. n. 241/1990, alla stregua del quale «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». In secondo luogo, occorre ricordare l'introduzione della c.d. *Carta della cittadinanza digitale*, con l'art. 1 della l. n. 124/2015, tenendo presente che sulla base della delega contenuta in quest'ultima sono stati, tra l'altro, emanati il d.lgs. 22 agosto 2016, n. 179 e il d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, mediante i quali il CAD è stato emendato, al fine di renderlo più semplice linguisticamente e meno sovrabbondante dal punto di vista normativo⁵¹. Da ultimo, si evidenzia che proprio con il summenzionato d.lgs. n. 217/2017 è stata prevista, al nuovo art. 50 ter, la creazione di una Piattaforma Digitale Nazionale Dati al fine di «favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio

⁴⁸ Così D.U. GALETTA, G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0*, cit.: «nel XX secolo, l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) ha modellato una combinazione asimmetrica fra tre paradigmi della Pubblica Amministrazione: la Pubblica Amministrazione 1.0, che corrisponde al classico modello di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall'utilizzo di carta, stampa e macchina da scrivere. La Pubblica Amministrazione 2.0, che incorpora computer, processori di testo, stampante e fax. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato a migrare grazie all'uso di internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network».

⁴⁹ In realtà, il dibattito intorno alla digitalizzazione dell'Amministrazione è molto più risalente di quanto si possa comunemente ritenere, atteso che il tema è stato trattato in dottrina già dagli anni '70, come sottolinea anche L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Media Laws*, 1/2020, 20-21, facendo riferimento agli «studi pionieristici di Alberto Predieri e di Giovanni Duni così come fondamentale (e non solo per questi aspetti) risulta il contributo di Massimo Severo Giannini che nel Novembre del 1979 nel suo "Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato" intuì le potenzialità rappresentate dagli strumenti informatici applicati alla P.A. ponendo in luce, in modo assai lungimirante, come tale processo non avrebbe dovuto interessare solamente l'organizzazione interna, ma avrebbe dovuto riguardare anche l'attività amministrativa rivolta all'esterno, quella, d'altra parte, che più da vicino interessa i cittadini». Il più risalente dei contributi citati è A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna, 1971.

⁵⁰ Sul punto, vedi E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, cit., 380, il quale evidenzia come «il Codice dell'amministrazione digitale da un lato ha visto le sue previsioni via via sempre più rafforzate (ad esempio attraverso l'estensione dei suoi obblighi a tutte le amministrazioni o l'eliminazione di condizionalità), con un'inevitabile spinta alla standardizzazione, dall'altro però ha subito una progressiva "fuga dal Codice", attraverso regole sulla digitalizzazione pubblica estranee ed esterne al Cad, come nel caso di numerose previsioni frutto della stagione della crisi».

⁵¹ Attraverso il d.lgs. n. 179/2016 si è arrivati all'attuale formulazione dell'art. 64 del Cad, rubricato Sistema pubblico per la gestione delle identità digitali e modalità di accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni, meglio noto con la sigla SPID.





informativo detenuto, per finalità istituzionali» dalle pubbliche amministrazioni, dai gestori di servizi pubblici e dalle società a controllo pubblico⁵².

Un'altra tappa importante nell'informatizzazione del Paese è stata l'istituzione dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), avvenuta con l'art. 19 del d. l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con la l. 7 agosto 2012, n. 134. Quest'agenzia, sottoposta ai poteri di indirizzo e vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro da lui delegato e operante sulla base di principi di autonomia organizzativa, tecnico-operativa, gestionale, di trasparenza e di economicità, assolve all'importante compito di assicurare il "coordinamento informatico dell'amministrazione statale, regionale e locale"⁵³. Proprio l'AGID nel 2018 ha pubblicato un Libro bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadini⁵⁴, nel quale sono enunciate le molteplici potenzialità che potrebbero essere sfruttate dalla Pubblica amministrazione, al fine di «consentire maggiore accessibilità ai servizi pubblici, favorendo notevole abbattimento dei loro costi, con vantaggi in termini di riduzione della spesa sociale, che potrà essere così riallocata» e di «potenziare con adeguati automatismi molti procedimenti, offrendo ai cittadini la possibilità di relazionarsi con lo Stato in maniera più agile, efficace e personalizzata»⁵⁵.

Inoltre, è bene ricordare che nel luglio 2019 il Gruppo di esperti sull'Intelligenza Artificiale del Ministero dello Sviluppo Economico ha enucleato una serie di proposte concernenti la strategia italiana per l'impiego delle tecnologie di AI⁵⁶. Il documento indica il settore pubblico come «volano della RenAIssance italiana», affermando la necessità di «una fase di ammodernamento, centrata attorno all'utilizzo dei dati e alle iniziative di *smart government*». Tra i vari aspetti analizzati dalle proposte del gruppo di esperti del MISE vi è il ventaglio di opportunità per la Pubblica amministrazione italiana che potrebbe aprirsi per mezzo dell'AI. Per giunta, se da una parte è vero che «l'adozione di piatta-

⁵² Eppure, E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, cit., 363, mette in luce la contraddizione delle pubbliche amministrazioni, la quale risiede nell'essere «amministrazioni potenzialmente in grado di esercitare un potere formidabile grazie alla mole di dati che raccolgono e producono, ma in effetti spesso "spaventose per debolezza" più che per potenza». A riguardo, l'A. riporta testualmente M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 59, secondo il quale le Pubbliche amministrazioni sono «spaventose per potenza e insieme inermi, sopraffanno ma si lasciano puerilmente gabbare, hanno ricchezze immense e vivono lesinando».

⁵³ Ciò, secondo quanto previsto dall'art. 117, comma 2, lettera r), della Costituzione. Inoltre, l'AGID svolge una serie di altre funzioni disciplinate da varie fonti (d. l. 18 ottobre 2012, n. 179; l. 7 agosto 2012, n. 134; d. l. 6 luglio 2012, n. 95; d. l. 7 maggio 2012, n. 52; d. l. 22 giugno 2012, n. 83), tra le quali: contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, elaborare indirizzi, regole tecniche e linee guida in materia di omogeneità dei linguaggi, delle procedure e degli standard per la piena interoperabilità e uniformità dei sistemi informatici della pubblica amministrazione, vigilare sulla qualità dei servizi e sulla razionalizzazione della spesa informatica della pubblica amministrazione, promuovere e diffonde le iniziative di alfabetizzazione digitale.

⁵⁴ Cfr. il documento *L'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: sfide e opportunità*, pubblicato dall'AGID il 21 marzo 2018 e consultabile al link: <https://bit.ly/2ZHfxeb>.

⁵⁵ Stando al documento dell'AGID, «ciò permetterà alla Pubblica amministrazione di recuperare e rinsaldare il rapporto di fiducia con la collettività. Proprio per favorire questo recupero, introdurre nella PA tecnologie come l'IA richiede non solo interventi tecnici e amministrativi, ma anche sistemici, narrativi, estetici, capaci di generare senso e coinvolgimento».

⁵⁶ Cfr. il documento *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale*, in <https://bit.ly/3fU5VIO>. Tali proposte sono state elaborate dal Gruppo di esperti MISE tra gennaio e giugno 2019. Partendo da esse il Ministero ha formulato la Strategia nazionale per l'intelligenza artificiale, inviandola anche agli altri ministeri interessati per le opportune valutazioni. Entrambi i documenti sono, poi, stati posti in consultazione pubblica dal 19 agosto 2019 al 13 settembre 2019.





forme e metodi basati sull'AI possa contribuire a fornire servizi più efficienti» dal punto di vista della gestione della macchina amministrativa⁵⁷, dall'altra anche le applicazioni pratiche in taluni campi come la c.d. *smart health*⁵⁸, la c.d. *smart mobility*, nonché al «miglioramento del sistema giudiziario, del sistema scolastico e nel campo del pubblico impiego e collocamento».

Del resto, alla luce del principio di buon andamento dell'azione amministrativa sancito dall'art. 97 Cost. e dei principi di efficienza ed economicità di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990, pare opportuno ritenere che gli algoritmi abbiano pieno diritto di cittadinanza dell'ordinamento italiano⁵⁹. La loro applicazione in campo amministrativo va, dunque, incoraggiata, laddove utili a ridurre le spese in termini di mezzi, denaro e risorse e per velocizzare i procedimenti.

Rispetto a quanto accade in altri Paesi⁶⁰, in Italia, vige, però, tutt'ora una situazione in cui la Pubblica amministrazione utilizza gli strumenti prevalentemente a supporto della propria azione⁶¹, anche te-

⁵⁷ Attraverso «l'efficientamento dei processi amministrativi, l'ottimizzazione delle risorse umane, la semplificazione delle procedure chiave nella vita di cittadini e imprese (possibilmente abbinate a tecniche come le *life events surveys*), la semplificazione normativa attraverso *coding* e analisi del testo, la riduzione degli oneri amministrativi. Di particolare rilievo per l'Italia sono anche la possibilità di utilizzare l'AI come supporto alle indagini fiscali e alle ispezioni basate su un modello *risk-based* (o *data-based*), nel campo dell'edilizia per questioni legate alla sicurezza infrastrutturale o quella fisica degli utilizzatori, e nell'ambito del monitoraggio della qualità ambientale».

⁵⁸ G. FARES, *Artificial Intelligence in social and health services: a new dare for public authorities in ensuring constitutional rights*, in M. BELOV (a cura di), *Information and Technology Revolution and its impact on State, Constitutionalism and Constitutional Law*, London, 2020 (in corso di pubblicazione); in particolare, per quanto riguarda la telemedicina cfr. F. G. CUTTAIA, *Lo sviluppo della telemedicina e i profili di tutela della privacy ad essa connessi*, in *Studi parlamentari e politica costituzionale*, 2018.

⁵⁹ «La piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale» (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; concorde sul punto Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270)

⁶⁰ Per una disamina relativa alle applicazioni amministrative già esistenti, in particolare negli Stati Uniti, cfr. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, cit., 1160-1167. Con speciale riferimento alle c.d. *smart cities*, si legge: «the City of Chicago, for example, has established an award-winning SmartData Platform initiative through which city officials are using machine learning to support a range of city services, from identifying restaurants that should be inspected⁵⁵ to predicting where and when rodent control bait should be placed throughout the city.⁵⁶ New York City has established a Mayor's Office of Data Analytics, which, among other things, is working with the city's fire department to use machine learning to decide where to send building inspectors. Flint, Michigan has partnered with Google and the University of Michigan to address its recent water crisis by targeting pipe replacements based on machine-learning predictions of lead contamination».

⁶¹ Molto interessante la ricostruzione di M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana-Studi*, Vol.4, S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, Firenze, 2016, 157 che evidenzia il «passaggio da una condizione di *Street-Level Bureaucracy* a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy*, ossia da una condizione in cui è solo il pubblico funzionario a decidere (*Street-Level Bureaucracy*) ad altra condizione in cui questi decide solo formalmente, mentre di fatto la decisione è assunta dall'elaboratore elettronico ove precedentemente è stato installato un certo software e sono stati inseriti i dati del singolo procedimento (*Screen-Level Bureaucracy*). Il funzionario conserverebbe dunque un qualche ruolo, che però riguarderebbe principalmente, *ex ante*, l'attività di impostazione della singola macchina e, *ex post*, la lettura della elaborazione da essa fatta dei dati inseritivi. In



nendo conto delle difficoltà tecniche e del livello di sviluppo tecnologico⁶². Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha intuito che l'ulteriore passo in avanti non sarà limitarsi a sperimentare «forme diverse di esternazione della volontà dell'amministrazione», come gli atti amministrativi informatici, «ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati», come la partecipazione dei cittadini attraverso i social network, «ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni»⁶³. Il punto critico è se si potrà mai arrivare alla sostituzione – in termini di efficacia, utilità e convenienza – del funzionario con un *software*⁶⁴ e quali siano le modalità e i limiti dell'utilizzo di tali strumenti nella Pubblica amministrazione, sostituendosi al funzionario, «in quanto strumento di formazione della volontà dell'amministrazione», nella decisione finale⁶⁵.

3. I principi in materia di decisioni algoritmiche posti dalle precedenti sentenze del Tar Lazio e del Consiglio di Stato

«*Gouverner est choisir*»⁶⁶. Le scelte nell'ambito dell'attività amministrativa devono essere, però, effettuate sulla base di una norma attributiva del potere. Per mezzo di essa, vengono individuati tutti gli elementi dell'esercizio del potere: il soggetto competente, il fine e l'interesse pubblico per la rea-

questo quadro il principale interrogativo è se si possa immaginare una fase successiva in cui la macchina provveda in maggiore autonomia e il pubblico funzionario riacquisti un ruolo decisionale solo in caso di contestazioni sulla scelta realizzata dalla macchina. Questo segnerebbe il passaggio da una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* a una condizione di *System-Level Bureaucracy*, in cui una sorta di 'super-rete' unirebbe e coordinerebbe le varie *Screen-Level Bureaucracies* riducendo ulteriormente la discrezionalità esercitata dall'amministrazione tramite il funzionario: ciò in quanto il funzionario non deciderebbe neppure i criteri per impostare e far funzionare la singola *Screen-Level Bureaucracy* e gli automatismi aumenterebbero esponenzialmente. Il ruolo del funzionario verrebbe dunque circoscritto alle attività di progettazione e gestione del sistema, nonché di assistenza agli utenti/amministrati».

⁶² A riguardo, si segnala che il già citato documento dell'AGID, *L'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: sfide e opportunità*, sottolinea che «allo stato attuale l'Intelligenza Artificiale è in grado di portare a compimento, con una certa precisione, un ristretto numero di attività cognitive riferite a specifici ambiti settoriali, mancando generalmente di conoscenze di sfondo (*background knowledge*)».

⁶³ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

⁶⁴ Di passaggio dalla fase del «computer-archivio» alla fase del «computer-funzionario» ragionava già A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, 13. Critico sul punto D. U. GALETTA, G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., secondo il quale non è «immaginabile sostituire con un algoritmo la figura del funzionario responsabile del procedimento: piuttosto, è viceversa certamente possibile immaginare che il funzionario responsabile del procedimento si serva utilmente dell'Intelligenza Artificiale per potere svolgere più rapidamente, e con maggiore precisione, attività della fase istruttoria delle quali resta, ovviamente, il responsabile: sia in termini di verifica dei risultati della stessa, sia in termini di collegamento fra le risultanze della fase istruttoria e l'adozione della decisione finale che confluisce nel provvedimento conclusivo del procedimento». Egualmente critico sulla possibilità di sostituire integralmente le decisioni umane con l'AI anche C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, cit., 119

⁶⁵ M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 17.

⁶⁶ P. MENDES-FRANCE, *Discours à l'Assemblée nationale*, 3 giugno 1953.



lizzazione del quale si agisce, i presupposti e i requisiti sostanziali che fanno sorgere il potere stesso e permettono di esercitarlo, le modalità, i requisiti formali e gli effetti giuridici⁶⁷.

In particolare, la norma può descrivere in maniera più o meno dettagliata la fenomenologia del potere, distinguendo tra poteri vincolati e poteri discrezionali, a seconda del grado di specificazione dei presupposti e dei requisiti sostanziali per l'esercizio del potere stesso. Se l'Amministrazione deve limitarsi soltanto a verificare la sussistenza degli elementi indicati dalla norma nella fattispecie concreta e, conseguentemente, emanare il provvedimento che produca gli effetti predeterminati dalla norma stessa, si tratta di un potere vincolato; viceversa, se l'Amministrazione può scegliere ciò che è più "opportuno" o "conveniente" o "indispensabile" si è nell'ambito della discrezionalità amministrativa, la quale «connota l'essenza stessa dell'amministrare»⁶⁸.

Occorre, però, domandarsi quali poteri possano essere delegati ad un algoritmo ed entro quali limiti. Ebbene, le posizioni dei giudici amministrativi chiamati ad esaminare la questione non sono state affatto conformi tra loro.

Le più importanti pronunce della giurisprudenza amministrativa italiana in materia di decisioni amministrative algoritmiche derivano da una serie di casi, legati all'entrata in vigore della l. n. 107/2015, meglio nota come la "Buona scuola".

Questa riforma complessiva del sistema scolastico, infatti, tra le altre cose, prevedeva un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato e di mobilità su scala nazionale, relativo sia alla scuola primaria che a quella secondaria. Pertanto, il MIUR si è trovato a dover fronteggiare un ingente numero di prime assegnazioni e di richieste di mobilità, che presentavano una serie di complessità gestionali a causa della necessità di decidere sulla base sia di una complicata regolamentazione normativa, sia delle condizioni dei richiedenti, che della disponibilità delle sedi di servizio. Il Ministero ha, quindi, scelto di servirsi di un *software*, messo a disposizione dalla HPE Servizi Srl, società della HP Italia, al fine di predisporre le graduatorie, il quale avrebbe dovuto tener presenti tutte le circostanze di fatto e di diritto⁶⁹.

Tuttavia, a causa di un malfunzionamento dell'algoritmo⁷⁰, numerosissimi docenti, sebbene il loro punteggio fosse superiore ad altri ai quali era stata assegnata sede nella stessa provincia, erano stati

⁶⁷ Vedi *amplius* in M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 118-119;

⁶⁸ Così sempre M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. *passim*, a cui si rinvia per una più ampia trattazione. Relativamente alla discrezionalità amministrativa, vedi, tra gli altri, M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1984; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001.

⁶⁹ Cfr. M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 10-11; si veda anche A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1156, il quale evidenzia anche il dibattito pubblico generato da tale circostanza, anche sulla stampa nazionale.

⁷⁰ Ricorda L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, cit. pp. che «l'esposizione dei problemi relativi all'invalidità degli atti amministrativi ad elaborazione elettronico potrebbe poi agevolmente partire dalla conclusione, ovvero dalla rilevazione finale relativa alle tre tipologie di censure «formulabili per ottenere l'annullamento dell'atto impugnato ... (che ha) riguardo sia a vizi derivanti dal cattivo funzionamento della macchina, sia ad errori di immissione dei dati necessari per far funzionare il sistema, sia,



trasferiti molto lontani dalla propria sede⁷¹. Pertanto, le decisioni assunte dal *software* hanno dato luogo ad una serie di ricorsi, i quali hanno impegnato la giurisprudenza amministrativa nel non facile sforzo di fornire delle coordinate relativamente alla soluzione dei problemi scaturenti dall'utilizzo di tali tecnologie. In particolare, i ricorrenti lamentavano che l'attività provvedimentale dell'Amministrazione si fosse svolta senza istruttoria, dal momento che «l'algoritmo in sostanza ha sostituito l'istruttoria commessa ad un ufficio e ad un responsabile»⁷².

Nonostante sia il Tar Lazio che il Consiglio di Stato abbiano fin ora rispettivamente accolto e confermato l'accoglimento dei ricorsi presentati, sul tema dell'impiego degli algoritmi nella Pubblica amministrazione si è delineato un contrasto tra la posizione della Sezione III bis del Tar Lazio e quella della Sezione VI del Consiglio di Stato⁷³. Infatti, il Tar si è dimostrato ben più restrittivo sulla possibilità di delegare alle macchine decisioni amministrative, dichiarando incompatibile l'esercizio del potere discrezionale con l'elaborazione elettronica dell'atto, il Consiglio di Stato si è attestato su una linea di maggiore apertura rispetto all'utilizzo delle nuove tecnologie da parte dell'Amministrazione, limitandosi più che altro a fissare dei criteri relativi al loro utilizzo.

In realtà, i temi sottesi alle decisioni dei giudici amministrativi sono molteplici: dalla trasparenza, all'obbligo di motivazione, alla tutela della proprietà industriale e alle interazioni tra pubblico e privato. Eppure, come predetto, le prime pronunce giurisdizionali hanno tralasciato gli aspetti relativi alla protezione dei dati personali di questi processi decisionali. Essi, invece, quando hanno ad oggetto persone fisiche, possono risultare lesivi di quel *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*⁷⁴ che rappresenta un portato del diritto alla dignità umana. A riguardo, occorre prendere atto che fino alla sentenza n. 8472/2019 del Consiglio di Stato è rimasto in sordina nelle pronunce dei giudici amministrativi il dibattito concernente i profili relativi alla tutela delle libertà fondamentali e, in particolare, a quell'*Habeas data*⁷⁵ che oggi sempre più rappresenta il limite cruciale all'esercizio del potere, pub-

infine, alla inadeguatezza degli strumenti automatizzati ad apprezzare le concrete esigenze sottese all'agire amministrativo e quindi a porsi come validi strumenti per l'elaborazione del contenuto di provvedimenti». Sul punto, in termini di qualità dei dati e in particolar modo di costo sociale dei c.d. *Bad Data* cfr. anche G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, cit., 285 ss.

⁷¹ Sul punto cfr. F. ORECCHIONI, *L'algoritmo in tribunale. La mobilità dei docenti ai tempi della L.107*, in www.dirittoscolastico.it/lalgoritmo-tribunale-la-mobilita-dei-docenti-ai-tempi-del-la-l-n-107, il quale specifica anche che «nel predisporre l'algoritmo i tecnici del Ministero - piuttosto che considerare come prioritario il criterio del punteggio e poi delle preferenze - taravano il funzionamento dell'algoritmo in primo luogo sulla preferenza e poi sul punteggio, creando così una sorta di "graduatoria" per ciascuna preferenza».

⁷² Tar Lazio, sez. III-bis, 10 settembre 2018 n. 9224.

⁷³ Evidenza tale contrasto sempre A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1169. Vedi anche E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2019, 1767.

⁷⁴ Sull'elaborazione del quale si veda G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la "protezione dei dati". La sentenza della corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del "Datenschutz"*, in *Inform. e Dir.*, 1986, 95 ss. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 102; schematicamente sui concetti di *Selbsbewahrung*, *Selbstdarstellung* e *Selbstbestimmung* vedi M. MARTINI, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in JA 2009, 839-845

⁷⁵ V. FROSINI, *L'uomo artificiale*, Milano, 1986, 140; cfr. anche S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit.; si veda, inoltre, C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Torino, 2014, 48-49, ove l'*habeas data* è affiancato all'*habeas corpus*



blico o privato che sia, a garanzia della libertà individuale, alla luce dell'impatto delle nuove tecnologie sui diritti fondamentali⁷⁶.

In primo grado, le questioni emerse nei giudizi in parola sono state ricondotte a «due tematiche fondamentali logicamente connesse tra loro»⁷⁷: 1) l'accesso all'algoritmo decisionale ex art. 22 della l. n. 241/1990 e, specialmente, il diniego opposto da parte del Ministero sull'assunto che il codice sorgente del programma non sarebbe potuto essere considerato un documento amministrativo né un atto amministrativo informatico, e sulla considerazione che essendo il software stato prodotto da una società privata, sarebbe stato coperto dalla disciplina della tutela delle opere dell'ingegno; 2) la legittimità dei provvedimenti amministrativi, alla stregua del principio di trasparenza e di partecipazione procedimentale, nonché con riferimento all'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, anche nell'ottica della sindacabilità delle decisioni algoritmiche e del diritto di difesa in giudizio, il quale subisce una compressione in assenza di una valida motivazione che permetta di ricostruire l'iter che ha condotto all'adozione del provvedimento.

In proposito, va evidenziato che con la sentenza del 22 marzo 2018, n. 3769 il Tar Lazio, relativamente al primo profilo in esame, e cioè con riferimento all'accessibilità dell'algoritmo, ha chiarito che l'algoritmo può creare un documento amministrativo, anche se non scritto in italiano, ma in linguaggio informatico sulla base di un codice di programmazione detto "codice sorgente"⁷⁸ e, dunque, l'interessato ha diritto ad accedervi ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/1990⁷⁹. Conseguentemente, proprio puntellandosi su tale considerazione, i giudici di prime cure hanno teso a far prevalere il profilo dell'accessibilità alla decisione algoritmica, in quanto documento amministrativo, rispetto alla tutela della proprietà intellettuale del software⁸⁰, sulla base della previsione dell'art. 24 della l. n. 241/1990 che non menziona la tutela della proprietà intellettuale tra le cause di esclusione dell'accesso documentale.

e all'*habeas mentem*, nell'ottica di un principio supremo di libertà-dignità che pervade la Costituzione repubblicana e che si traduce in tutela del «patrimonio irrettrabile della persona umana».

⁷⁶ C. COLAPIETRO, *The impact of the information and technology revolution on constitutional rights with particular attention to personal data protection issues*, in in M. BELOV (a cura di), *Information and Technology Revolution and its impact on State, Constitutionalism and Constitutional Law*, London, 2020 (in corso di pubblicazione)

⁷⁷ Cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1157.

⁷⁸ Rigettando la tesi del Ministero alla stregua della quale, come riportato da A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 4: «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)».

⁷⁹ Specifica il Tar Lazio che: «il privato destinatario dell'atto, in particolare, può, comunque, legittimamente avvalersi dell'attività professionale di un informatico competente in materia» (Tar Lazio, Sez. III-bis, 22 marzo 2018, n. 3769).

⁸⁰ Cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., il quale però pone l'accento sul fatto che, in ogni caso, «il Tar non nega la natura di opera dell'ingegno del software prodotto per conto del MIUR». Tuttavia, tale quale qualificazione «non assume la rilevanza dirimente che l'amministrazione intenderebbe attribuirgli, come emerge dal verbale impugnato; infatti, in materia di accesso agli atti della p.a., a norma dell'art. 24 della l. n. 241/1990, la natura di opera dell'ingegno dei documenti di cui si chiede l'ostensione non rappresenta una causa di esclusione dall'accesso» (Tar Lazio, Sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769)



Rispetto ai profili di legittimità amministrativa, invece, occorre mettere in luce che con le sentenze nn. 9224-9230 del 2018 il Tar Lazio ha ritenuto che, in realtà, essi possono essere ricondotti ad un unico interrogativo, e cioè se la macchina possa o meno interamente sostituirsi all'uomo nel prendere decisioni rilevanti ai fini dello svolgimento dell'attività amministrativa. Del resto, sia le questioni legate alla trasparenza che quelle connesse alla partecipazione procedimentale o all'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative algoritmiche derivano dall'originario interrogativo sull'utilizzabilità di tali tecnologie anche nell'attività amministrativa discrezionale, o soltanto in quella vincolata.

Secondo quanto sostenuto dal Tar Lazio, non è ammissibile che «l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere» possa essere sostituita da procedure informatiche, seppur fosse possibile che esse fossero prese «al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione». Dunque, «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», il funzionario pubblico «deve seguire ad essere il dominus del procedimento stesso», mentre le procedure informatiche devono avere soltanto una funzione servente e ad esse va riservato soltanto un ruolo strumentale e meramente ausiliario «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 provvedimentale, 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».

In particolare, il Tar è stato molto netto nell'affermare che, alla stregua della normativa vigente in materia di procedimento amministrativo e ai suoi principi, dal momento che tali procedimenti incidono «su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale», essi richiederebbero, al contrario, che si procedesse ad un'istruttoria «che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere»⁸¹.

Per giunta, il Tar Lazio evidenzia che l'utilizzo di procedimenti decisionali interamente automatizzati comporterebbero anche un *vulnus* per le «correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost.», dal momento che l'eventuale assenza di motivazione «non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale»⁸².

Al di là dello scenario "orwelliano", è stato però puntualmente osservato in dottrina che relativamente ai sistemi di rilevazione automatica Autovelox, Tutor e Telelaser TruCam, volti alla rilevazione e all'erogazione delle sanzioni per le violazioni delle norme del codice della strada, non viene applicata la stessa logica, benché le stesse sanzioni vengano «determinate dai funzionari addetti agli organi che svolgono funzioni di polizia stradale in modo pressoché del tutto automatico, sulla base della ri-

⁸¹ In particolare, il Tar ha fatto riferimento al «vigente plesso normativo complessivo e ai dettami dell'art. 97 della Costituzione, ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti [dalla] l. 7 agosto 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». Così Tar Lazio, sez. III bis, 10 settembre 2018, n. 9224.

⁸² *Ibidem*



levazione fatta dall'apparecchiatura», nell'ambito di un'istruttoria, seppur non "totalmente", "largamente" automatizzata⁸³. A riguardo, è stato, pertanto, profilato un problema relativo al *modus decidendi*, cioè non tanto alla decisione in quanto tale, ma al «modo in cui questa giunge a formazione», dal momento che è proprio il modo di formazione della decisione ad influenzare la sua "accettazione" da parte dei cittadini⁸⁴.

Del resto, seguendo un ragionamento analogo, il Consiglio di Stato si è, invece, mostrato ben più morbido rispetto alla tendenza "anti-tecnologica"⁸⁵ espressa dai giudici di primo grado. Anzi, l'impiego di tecnologie algoritmiche è stato valutato in linea di principio positivamente sia nella sentenza 2270/2019⁸⁶ che, da ultimo, nella sentenza 8472/2019, le quali hanno dato una lettura differente dei principi della l. n. 241/1990 che dell'art. 97 della Costituzione rispetto all'interpretazione del Tar Lazio.

⁸³ Cfr. D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 18. In particolare, cfr. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, 157 che riporta quale esempio le sanzioni per violazione delle norme in materia di circolazione stradale, segnalando il transito da una fase di «*Street-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in loco da parte del singolo agente di polizia) a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in modo informatizzato e automatico, a es. col metodo dell'autovelox), a sua volta in corso di ulteriore sviluppo verso una condizione di *System-Level Bureaucracy* (si pensi, per restare all'esempio fatto, ai sistemi c.d. tutor, installati in molti tratti delle reti autostradali per il calcolo del tempo di percorrenza da un punto di rilevamento all'altro e dunque per la rilevazione della c.d. velocità media su tratto, considerando parametri quali la classe del veicolo e le condizioni di traffico, al fine dell'applicazione automatica delle eventuali e conseguenti sanzioni)».

⁸⁴ Sul punto sempre D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 18, che riportano il concetto di *Akzeptanz* da T. WÜRTEMBERGER, *Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, 257 ss; in proposito è citato anche E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlino, 1998, 95 s.

⁸⁵ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit.

⁸⁶ «L'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale. Ciò è, invero, conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale. Per questa ragione, in tali casi – ivi compreso quello di specie, relativo ad una procedura di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi – l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. In altre parole, l'assenza di intervento umano in un'attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, secondo regole predeterminate (che sono, queste sì, elaborate dall'uomo), e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica» (Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270)



In particolar modo nella sentenza n. 2270/2019, il Consiglio di Stato ha avuto modo di esprimersi sia sul tema della conoscibilità dell'algoritmo⁸⁷ che su quello, conseguente, della sua sindacabilità da parte del giudice amministrativo, entrambi riconducibili al concetto di "regola algoritmica", ribadendo senza mezzi termini che «l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico».

Ricordano i Giudici di Palazzo Spada che «l'utilizzo di procedure "robotizzate" non può [...] essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa», sottolineando il fatto che «la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva».

La sentenza n. 2270/2019 provvede, altresì, ad enunciare le caratteristiche della «regola algoritmica»⁸⁸, le quale deve essere: 1) connotata da una valenza giuridica e amministrativa piena, benché declinata in forma matematica, e, dunque, soggetta ai principi dell'azione amministrativa; 2) scevra da «spazi applicativi discrezionali», dovendo al contrario prevedere «una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili», e, dunque, la discrezionalità amministrativa deve «rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale»; 3) sottoposta alle valutazioni ex ante dell'amministrazione in termine di «mediazione e composizione di interessi», anche mediante l'implementazione tecnica e il perfezionamento dell'algoritmo, particolarmente nel caso di apprendimento progressivo e *deep learning*; 4) formulata in modo da contemplare la possibilità che potrebbe essere il giudice a «dover svolgere, per la prima volta sul piano 'umano', valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica» e, dunque, in modo che egli possa valutare «la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti»⁸⁹.

⁸⁷ «Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. In altri termini, la "caratterizzazione multidisciplinare" dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice» (Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270)

⁸⁸ A tal riguardo ha osservato A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit. che si tratta di «un vero e proprio principio di «legalità algoritmica» (o se si vuole, di *rule of technology*) in cui il concreto «provvedimento» automatizzato dev'essere conforme all'«astratto» disporre algoritmico. La regola algoritmica, però, presenta alcune peculiarità proprie che rendono necessario l'approntamento di alcune tutele supplementari, per così dire, *tailor made*».

⁸⁹ Su questo punto la sentenza richiama testualmente F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, cit. ; il tema è stato affrontato, però, anche dall'omologo francese J.-M. SAUVÉ, *Le juge administratif et l'intelligence artificielle, Discours prononcé lors de la conférence des présidents des juridictions administratives, le vendredi 20 avril 2018 à Rennes*, in https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-l-intelligence-artificielle#_ftn17 ; si veda anche M. HILDEBRANDT, *Algorithmic regulation and the rule of law*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2018.



Del resto, anche il *Conseil constitutionnel* della Repubblica francese in una sua recente pronuncia aveva posto l'accento sul fatto che l'amministrazione non è, comunque, autorizzata ad adottare decisioni senza base giuridica o ad applicare norme diverse da quelle della legge in vigore, dal momento che non vi è un abbandono delle competenze dell'autorità di regolamentazione⁹⁰.

Si deve osservare, tuttavia, che la sentenza n. 2270/2019 può indurre ad una riflessione soltanto embrionale sul tema, posto che molti aspetti rilevanti connessi alle decisioni algoritmiche non sono stati presi in considerazione, ma il Consiglio di Stato si è limitato soltanto a dare alcune generalissime coordinate rispetto all'utilizzo degli algoritmi da parte della pubblica amministrazione. Proprio tra gli aspetti omessi da questa sentenza ci sono quelli connessi ai processi decisionali automatizzati relativi alle persone fisiche, nonché, più in generale, quelli connessi alla protezione dei dati personali e alla tutela delle libertà fondamentali.

Infine, occorre segnalare che, tornando sulla questione con la sentenza 28 maggio 2019, n. 6686, il Tar Lazio⁹¹ ha ribadito il principio di strumentalità del ricorso agli algoritmi nell'ambito dei procedimenti amministrativi, affermando che l'impiego di un algoritmo al limitato fine di effettuare «circoscritte e ben isolate fasi di un'istruttoria» semplificandole, può essere consentito «mediante norme regolamentari apposite», e solo al fine di rendere il sistema maggiormente conforme ai principi costituzionali che governano l'azione amministrativa. È bene tener presente che, in questa decisione, il Tar Lazio si è concentrato soprattutto sui profili legati alla possibilità di poter ricostruire, sia da parte del destinatario che del Giudice, il percorso logico e giuridico sotteso alla decisione, nonché di coglierne le ragioni.

La Sezione ha, infatti, colto l'occasione per sottolineare nuovamente che la parte conclusiva del procedimento amministrativo, e segnatamente quella predecisoria e quella decisoria, deve essere in ogni caso «attribuita all'attività dianoetica del funzionario o responsabile del servizio, che dovrà provvedere a correggere e rettificare eventuali aporie o aberrazioni determinative, al pari di carenze o omissioni istruttorie, la cui omessa rilevazione ed elisione [...] produrrebbe immancabilmente l'illegittimità del provvedimento finale inespresso e illegittimamente sostituito dal risultato dell'operazione algoritmica».

Benché non si faccia esplicita menzione del problema relativo alla natura discrezionale o vincolata della decisione amministrativa algoritmica, dalle considerazioni svolte da parte dei giudici del Tar si evince che l'ambito di applicazione dell'AI debba essere ridotto alle decisioni più meccaniche e prive di momenti di valutazione discrezionali. Si deve, dunque, segnalare in proposito una discrepanza tra questa posizione e quella su cui si è attestato nella sentenza n. 2270/2019 il Consiglio di Stato.

⁹⁰ Molto simile Conseil constitutionnel, Décision n. 2018-765 DC, 12 giugno 2018, che sancisce che: «Les dispositions contestées autorisent l'administration à adopter des décisions individuelles ayant des effets juridiques ou affectant de manière significative une personne sur le seul fondement d'un algorithme. 68. Toutefois, en premier lieu, ces dispositions se bornent à autoriser l'administration à procéder à l'appréciation individuelle de la situation de l'administré, par le seul truchement d'un algorithme, en fonction des règles et critères définis à l'avance par le responsable du traitement. Elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'administration à adopter des décisions sans base légale, ni à appliquer d'autres règles que celles du droit en vigueur. Il n'en résulte dès lors aucun abandon de compétence du pouvoir réglementaire.»

⁹¹ Cfr. R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit, 773 ss.



4. La Sentenza n. 8472/2019: profili di legittimità amministrativa

La Sezione VI del Consiglio di Stato ha, però, avuto modo di tornare sulla questione con la sentenza n. 8742/2019. Come premesso, oggetto del giudizio di prime cure era stata, anche in questo caso, la procedura di mobilità nazionale straordinaria di cui all'ordinanza ministeriale n. 24/2016, relativa all'immissione in ruolo di docenti nella scuola secondaria di primo grado, nell'ambito della "fase c" del piano straordinario assunzionale di cui alla l. n. 107/2015, c. d. "Buona scuola", riguardo al quale, con la sentenza n. 9230/2018, la Sezione III del TAR Lazio si era pronunciata per l'annullamento dei provvedimenti adottati dal MIUR.

Il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza del giudice di primo grado, ha, però, colto l'occasione per dare più ampi riferimenti teorici riguardo all'utilizzo degli algoritmi nel procedimento amministrativo, muovendo degli ulteriori passi in avanti rispetto a quanto affermato precedentemente nella sentenza n. 2270/2019. Ciò, da una parte perché il caso concreto alla base della sentenza n. 8472/2019 divergeva dal già citato precedente, in quanto in quello erano state contestate delle singole violazioni di legge, mentre in questo veniva censurato il metodo in quanto tale, per difetto di trasparenza; dall'altra per via di un'evoluzione della giurisprudenza, dovuta ad una più approfondata e matura riflessione.

I Giudici di Palazzo Spada, infatti, discostandosi, tra l'altro, dalla motivazione della sentenza del TAR, non hanno ritenuto di poter applicare in maniera indiscriminata tutte le regole procedurali derivanti dagli articoli della l. n. 241/1990 all'attività amministrativa algoritmica, atteso che essa risale ad un'epoca precedente alla c.d. "rivoluzione tecnologica", rifuggendo da riferimenti letterari «pur noti ed apprezzabili, a scenari orwelliani»⁹² e invocando un approccio meno emotivo, ma invece «capace di delineare un nuovo equilibrio, nel lavoro, fra uomo e macchina differenziato per ogni campo di attività».

A tal proposito, è bene premettere che, per un verso, il Consiglio di Stato non ha dato adito a tendenze in un certo senso refrattarie alle innovazioni tecnologiche, ma ha ribadito che la pubblica amministrazione deve servirsi delle potenzialità offerte dalla tecnologia; ciò anche in virtù sia dei «guadagni in termini di efficienza» sia della «aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati» che caratterizza le decisioni algoritmiche, atte, secondo la letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva⁹³, ad operare un effetto correttivo sulle «storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani»⁹⁴.

⁹² Il Tar Lazio aveva infatti fatto riferimento alla «deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentoale», opponendovi «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» (Tar Lazio, sez. III bis, 10 settembre 2018, n. 9230).

⁹³ Il riferimento all'economia comportamentale e alla psicologia cognitiva è presente anche in M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 2, ove sono riportati D. KAHNEMAN, A. TVERSKY (a cura di), *Choices, Values and Frames*, Cambridge 2000; M. MOTTERLINI, M. PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano 2005.

⁹⁴ *Contra* C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, cit., 121, secondo il quale "non pare potersi sostenere che le logiche algoritmiche e di *machine learning* siano di per sé più neutrali ed oggettive dei ragionamenti umani che pure stanno alla base della loro costruzione, programmazione e funzionamento. Sia nella scelta degli algoritmi con cui equipaggiare la macchina, sia nella selezione degli scenari da cui trarre gli



Per l'altro verso, però, la sentenza n. 8472/2019 ha riaffermato con chiarezza che per scongiurare gli eventuali rischi derivanti dall'utilizzo degli algoritmi, deve valorizzarsi il principio di trasparenza, con un chiaro riferimento al «principio di motivazione e/o giustificazione della decisione». Non è, quindi, sufficiente limitarsi a «postulare una coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche», ma si evidenzia la necessità di dover provare tale corrispondenza, illustrando, tra l'altro, i dettagli tecnici, o almeno dando chiarimenti con riguardo alle istruzioni impartite alla macchina e alle modalità di funzionamento delle operazioni informatiche «se ed in quanto ricostruibili sul piano effettuale perché dipendenti dalla preventiva, eventualmente contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento».

La sentenza n. 8472/2019 non è, dunque, scevra da considerazioni critiche relativamente all'utilizzo degli algoritmi, anche in virtù del fatto che emerge con chiarezza che «l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli». Gli algoritmi, infatti, compiono sì una serie di scelte, ma esse dipendono dai criteri e dai dati di riferimento utilizzati.

Atteso, infatti, che, nel generale contesto della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione⁹⁵, non si può negare che l'utilizzo dei più avanzati mezzi tecnologici rivesta un'importanza fondamentale ai fini del miglioramento della qualità dei servizi che essa offre ai cittadini e che i c.d. *Big Data* permettono, nell'ambito di procedure seriali o standardizzate, in cui vengono acquisite notevoli quantità di «dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale», di elaborare molto efficacemente le informazioni, non è, però, ammissibile che l'utilizzo delle procedure informatizzate cagioni un'elusione dei principi dell'azione amministrativa.

A riguardo, il Consiglio di Stato ha affermato che «il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere».

Si deve, pertanto, evidenziare come il Consiglio di Stato abbia significativamente rimarcato la propria posizione rispetto ad una questione largamente dibattuta intorno alla quale, come si è visto, vi sono ancora non pochi dubbi, e cioè se l'impiego degli algoritmi debba essere limitato all'attività amministrativa vincolata oppure vi si possa far ricorso anche nello svolgimento dell'attività amministrativa discrezionale. A riguardo, la sentenza n. 8472/2019 sembra propendere per la tesi secondo la quale, posto che non si deve prescindere da una fase di accertamento e verifica dei fini attribuiti dalla legge, l'algoritmo informatico può essere utilizzato anche in relazione a quest'ultima, specialmente nell'ambito della c.d. discrezionalità tecnica⁹⁶.

esempi da fornire alle reti neurali del *deep learning*, ad esempio, è affidata all'operatore umano la selezione delle componenti di base dell'AI". Cfr. anche G. Z YANG, P. DARIO, D. KRAGIC, *Social robotics—Trust, learning, and social interaction*, in *Science Robotics*, 2018.

⁹⁵ Sulla digitalizzazione cfr. anche S. TOSCHEI, *I trattamenti in ambito pubblico nell'era della digitalizzazione e della trasparenza*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit.

⁹⁶ «Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività





Come noto, è l'esistenza dei c.d. "concetti giuridici indeterminati"⁹⁷, il cui inquadramento risulta per diversi aspetti problematico, a comportare l'esistenza di spazi di "discrezionalità". Essi possono essere classificati come "concetti empirici" o come "concetti normativi": questi ultimi fanno riferimento ad elementi del parametro normativo, il cui apprezzamento è rimesso alla valutazione soggettiva dell'interprete, e comportano margini di "discrezionalità amministrativa"⁹⁸; i primi, invece, si riferiscono ad elementi riferibili a situazioni di fatto e implicano un'area di "discrezionalità tecnica".

Ciò non di meno, occorre tener presente che v'è chi ritiene che la discrezionalità tecnica debba essere inquadrata nella prospettiva giuridica dell'attività vincolata⁹⁹, dal momento che essa implica soltanto una valutazione, da parte dell'Amministrazione, relativa a fatti già posti dalla legge a presupposto del suo operare, cioè di conoscenze tecniche, ad esempio in campo medico o artistico¹⁰⁰. Pertanto, tale dottrina sostiene che, in realtà, non vi sia «una sostanziale estensione dei limiti di operatività dell'automazione del provvedimento amministrativo», ma lo ritiene un «ribadire, in buona sostanza, l'irrelevanza del fatto che le valutazioni condizionanti l'emanazione del provvedimento contengano elementi di tecnicità (ovvero valutazioni da effettuarsi sulla base di tecniche o saperi non giuridici)»¹⁰¹.

Ad ogni modo, il Consiglio di Stato pone due condizioni per l'ammissibilità dell'impiego delle tecnologie algoritmiche anche all'attività discrezionale: 1) la conoscibilità del modulo utilizzato e dei criteri applicati; 2) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, che deve poter effettuare ogni necessaria verifica di logicità e legittimità delle scelte che l'algoritmo deve effettuare.

Per quanto riguarda il profilo della conoscibilità, la sentenza n. 8742/2019 evidenzia che essa è garantita tramite il principio di trasparenza, «da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso». In proposito, occorre evidenziare alcune posizioni che in dottrina avevano postu-

discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi». (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472)

⁹⁷ Cfr. *amplius* M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 120 ss.

⁹⁸ Rispetto alla quale, secondo la definizione di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 78, all'amministrazione è rimessa la scelta di individuare la soluzione migliore per curare l'interesse pubblico, tra quelle consentite.

⁹⁹ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 40; Così anche da F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 18. nello stesso senso anche F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, in *Federalismi.it*, 2/2015, 22.

¹⁰⁰ Precisa però L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 32, facendo riferimento a A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., che l'estensione alle ipotesi di discrezionalità tecnica non può considerarsi assoluta e trova, invece, un limite nelle ipotesi in cui i c.d. criteri di valutazione siano in qualche modo opinabili, ad esempio quelli relativi alla stima del valore di un'opera d'arte; in tali casi, non potendosi addvenire a criteri standard, occorre procedere a valutazioni singole affidate ai funzionari.

¹⁰¹ Così sempre L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 32, il quale afferma anche che: «deve pertanto rilevarsi come si tratti di teorie a «corto raggio» che non modificano sostanzialmente le coordinate fondamentali della ricostruzione sopra prospettata e che si limitano a precisare aspetti non essenziali, come la possibilità di combinare attività automatizzata e attività «manuale» o l'irrelevanza che le valutazioni condizionanti l'emanazione del provvedimento vincolato attengano ad ambito non giuridico».



lato l'esistenza di principi dello stesso tenore¹⁰², ed in particolare: a) la "trasparenza algoritmica"¹⁰³, conformemente alla quale deve sempre esservi una «spiegazione comprensibile» relativamente ai criteri utilizzati dall'algoritmo per pervenire a determinate decisione, nonché deve sussistere un «processo di verifica, convalida e valutazione» *a posteriori* quando la decisione concerne i diritti dei cittadini; b) la "tracciabilità algoritmica", alla stregua di cui devono essere garantite le caratteristiche di "intelligibilità" e di "tracciabilità" del processo decisionale degli algoritmi, nel senso che ogni singola operazione tecnica svolta dall'AI nell'ambito di un determinato processo deve poter essere spiegata; c) il "principio di accesso algoritmico massimo", che si traduce nel dovere da parte delle Pubbliche Amministrazioni di garantire il massimo accesso possibile ai sistemi di elaborazione di informazioni delle ICT, in quanto portato del diritto alla buona amministrazione ex art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Tuttavia, va osservato che la condizione di "conoscibilità" dettata dal Consiglio di Stato per l'utilizzo degli algoritmi, benché giusta e necessaria, non può, però, essere ritenuta un punto di arrivo nella riflessione relativa a questo tema, bensì un punto di partenza. Infatti, rimangono aperte delle importanti questioni sia per quanto riguarda la dimensione del controllo dell'algoritmo da parte della pubblica amministrazione, che per quanto concerne il profilo della comprensibilità per i cittadini, nonché per quanto attiene la conseguente sindacabilità da parte del giudice.

Un problema non di poco momento è, in primo luogo, quello relativo al "linguaggio"¹⁰⁴. Invero, il ricorso ad un *software* comporta che una serie di passaggi logici siano svolti attraverso formule matematiche non comprensibili da parte di chi non abbia particolari competenze. D'altronde, uno degli elementi discretivi tra "atto meramente in forma elettronica" ed "atto algoritmico"¹⁰⁵ è proprio la motivazione, che in quest'ultimo caso viene fornita dall'algoritmo stesso.

Posto che l'art. 3 della l. n. 241/1990 prevede che, salvo gli atti normativi e gli atti a contenuto generale, ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato¹⁰⁶ e che «la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria» e, soprattutto, che «se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme

¹⁰² La ricostruzione relativa a tali principi è effettuata da D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, 20 ss.

¹⁰³ Su cui si veda anche F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo* cit., 4-5.

¹⁰⁴ «In relazione alla stessa p.a., nel precedente richiamato la sezione ha già chiarito come il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) debba essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico» (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472).

¹⁰⁵ Si veda in A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit. che segnala come «per una certa ricostruzione dottrinale non vi sarebbero problemi a tracciare un parallelo tra i due tipi di atto amministrativo: «così come non vi è nessun ostacolo per gli atti aventi forma elettronica (in tal caso anche la motivazione sarà in forma elettronica), allo stesso modo per gli atti ad elaborazione elettronica è plausibile la motivazione elettronica generata, appunto, mediante l'automatico reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati». Il passaggio citato è di C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, cit., 429

¹⁰⁶ L'obbligo di motivazione è scolpito, altresì, all'art. 41 della Carte dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.





alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile [...] anche l'atto cui essa si richiama», si deve, però, tener presente che l'applicazione di tale disposizione incontra degli ostacoli insidiosi quando si tratta di decisioni algoritmiche.

In realtà, se i problemi sono limitati con riferimento al semplice utilizzo di algoritmi, si deve tener presente che i principi dell'azione amministrativa rischiano, invece, di soffrire maggiori compressioni in futuro, in quanto tali principi risulteranno in parte non più applicabili. Va evidenziato, infatti, il “cambio di paradigma” dovuto allo sviluppo tecnologico nel campo dell'AI, nell'ambito del quale gli algoritmi non seguono più una “logica causale”, bensì una “logica di correlazione statistica” e una “logica probabilistica”, alla stregua delle quali non si procede più dalla causa all'effetto, ma a partire dall'effetto si deve cercare di risalire alle cause probabili; ciò ovviamente incide anche sulle decisioni pubbliche, tradizionalmente basate su una logica causale, la quale si può ricostruire dalla motivazione, dal momento che una decisione algoritmica non è adottata secondo un rapporto di causa-effetto, bensì sulla base di correlazioni statistiche, le quali possono risultare prive di relazioni causali, tanto da poter apparire prive di razionalità¹⁰⁷.

In particolare, ci sono tre “proprietà” che permettono di distinguere il *machine learning* da altre tecniche di analisi e che lo rendono, in un certo senso, “indipendente” dall'intervento umano¹⁰⁸.

La prima è la c.d. “*self-learning property*”, in base alla quale i risultati degli algoritmi non dipendono dalla specificazione in anticipo da parte dell'operatore umano rispetto a come ogni variabile possa essere fattorizzata nella predizione, tant'è che fin quando i “*learning algorithms*” sono in fase di svolgimento delle operazioni non è possibile in alcun modo controllare come stiano combinando e comparando i dati.

La seconda può essere definita come “*black box nature*”, in forza della quale, come già accennato in precedenza, i risultati de *machine learning* non sono «*intuitively explainable*» e non possono essere fornite delle spiegazioni causali del genere che è sotteso alle ragioni «*traditionally offered to justify governmental action*».

La terza riguarda la capacità di diminuire «*or potentially bypass human deliberation and decision making*», in virtù del fatto che la macchina è in grado di decidere autonomamente.

Gli stessi programmatori, tra l'altro, hanno difficoltà a comprendere i criteri in base alla quale le macchine prendono decisioni, dal momento che «questo tipo di algoritmi non sono costruiti per rispondere alla domanda sul «perché» avverrà una certa cosa, ma solo ad indicare con la maggiore accuratezza possibile, la probabilità che essa avvenga»¹⁰⁹. In buona sostanza, le macchine non danno una motivazione rispetto alle cause che hanno condotto a determinate scelte, ma si limitano ad effettuare delle predizioni e in base ad esse prendono le decisioni del caso.

È, pertanto, pressoché impossibile ricostruire il processo decisionale che avviene nella c.d. *black box*, quando l'AI prende le decisioni seguendo dei processi logici “incomprensibili”¹¹⁰. Ciò va, del resto, ad inficiare la comprensibilità della motivazione dell'atto¹¹¹.

¹⁰⁷ Cfr. J. B. AUBY, *Contrôle de la puissance publique et gouvernance par algorithme*, cit., *passim*.

¹⁰⁸ C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, 1167

¹⁰⁹ Così sempre A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit

¹¹⁰ Spiega C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, cit., 1159 ss, che: «Although machine-learning algorithms are known and prized for their accuracy, this benefit does come at an interpretive cost. This cost is frequently invoked by references to machine-learning al-



Il Consiglio di Stato, in proposito, al fine di poter verificare che «i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato», ha stabilito, secondo una logica lungimirante, che siano gli autori dell’algoritmo a dover garantire la sua conoscibilità relativamente a tutti gli aspetti e cioè sia con riferimento alle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale che dei dati selezionati come rilevanti. Le formule tecniche, dunque, devono essere corredate da spiegazioni concernenti le regole giuridiche che esse sottendono e che ne permettano la comprensione¹¹².

A tal riguardo, è bene evidenziare, *in primis*, che il Consiglio di Stato, nell’operare il bilanciamento tra la tutela della proprietà intellettuale dell’algoritmo e il principio di trasparenza, ha optato decisamente per una valorizzazione di quest’ultimo a discapito della «invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati», conformemente alla giurisprudenza precedente.

Inoltre, si può forse ravvisare la presenza di quello stesso principio di *loyauté* sancito nell’ordinamento francese. In particolar modo, in maniera simile a quanto previsto dalla *Loi pour une République numérique* per gli operatori digitali è stata autorevolmente affermata la necessità della «*loyauté des concepteurs et architectes de l’intelligence artificielle*», attraverso una conformazione degli operatori digitali all’interesse generale al fine di superare le difficoltà di comprensione¹¹³. Viene a delinearci così il principio di lealtà nell’utilizzo dell’algoritmo¹¹⁴, che il Consiglio di Stato francese ha ricondotto al rispetto degli obblighi già presenti nella legislazione in materia di protezione di dati per-

gorithms as “black-box” procedures. [...] We said that an algorithm might learn that certain geometric characteristics of the shapes of handwritten digits are useful for determining which digits they represent—yet we cannot really know what precise characteristics any machine-learning algorithm is keying in on. Machine-learning algorithms transform a series of inputs to a series of outputs by optimizing a performance criterion, but that is where the analyst’s easy ability to interpret the algorithms’ workings comes to an end. The user of an algorithm cannot really discern which particular relationships between variables factor into the algorithm’s classification, or at which point in the algorithm they do, nor can the user determine how exactly the algorithm puts together various relationships to yield its classifications. [...]. For this reason, machine-learning algorithms are often described as transforming inputs to outputs through a black box. An analyst cannot look inside the black box to understand how that transformation occurs or describe the relationships with the same intuitive and causal language often applied to traditional statistical modeling».

¹¹¹ A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 79 sostiene che «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 *rationalitas* canonica) cioè intellegibile secondo criteri logico-razionali».

¹¹² Rimandando al punto 8.3 della motivazione della sent. n. 2270/2019, la sezione VI ha rimarcato che «la “caratterizzazione multidisciplinare” dell’algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile.» (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472)

¹¹³ Cfr. J.M. SAUVÉ, *Le juge administratif et l’intelligence artificielle*, cit., 7; cfr. anche H. PAULIAT, *La décision administrative et les algorithmes: une loyauté à consacrer*, cit., 2018.

¹¹⁴ Rispetto al quale si rimanda a D. U. GALETTA, J. C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 21.





sonali¹¹⁵. Pertanto, proprio in attuazione di tale principio, si rende auspicabile adottare «specifiche prescrizioni tecniche per la progettazione di algoritmi ‘equi’, disegnati cioè in modo da rispettare i valori fondanti della nostra società», utilizzando il codice sorgente e l’architettura della rete come «strumenti per governare la sfera digitale»¹¹⁶.

Il rischio, infatti, è che «l’automatizzazione della procedura possa generare un processo di spersonalizzazione della decisione», il quale se da una parte comporterebbe l’impedimento della partecipazione dei privati al procedimento, dal momento che il privato non avrebbe un interlocutore al quale rivolgersi, dall’altra vi è il pericolo che la responsabilità della decisione venga polverizzata¹¹⁷, atteso che non vi sarebbe un responsabile del procedimento.

Del resto, anche per quanto riguarda il profilo dell’imputabilità occorre tener presente, come è stato correttamente sottolineato, che «la persona che assume le determinazioni (il titolare della carica pubblica) non coincide con colui che predispone materialmente il *software* (l’informatico-programmatore)»¹¹⁸. Pertanto, v’è chi ha sostenuto la necessità di utilizzare una struttura dualistica, nell’ambito della quale il testo venga sì redatto in italiano, ma in maniera tale da rispecchiare la struttura logica utilizzata dalla macchina¹¹⁹; ciò comporterebbe sia la possibilità di ripartire la responsabilità tra funzionario pubblico e informatico-programmatore, sia di apprezzare la “legittimità del *software*” controllandone la conformità con il testo redatto in italiano, che di comprendere meglio il *software*¹²⁰. Eppure, anche questa ricostruzione teorica non potrebbe che essere limitata solo a talu-

¹¹⁵ Conseil d’État, *Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l’ubérisation*, in *La documentation française*, 116 ss.

¹¹⁶ Testualmente M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, cit., 18, che ricomprende tale rapporto fiduciario nel principio di responsabilità. Tuttavia, si segnala sul punto anche E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell’Intelligenza artificiale*, la quale condivide «la posizione di chi anche recentemente ha sostenuto l’esigenza di una regolazione di Robotica e IA in cui la *self-regulation* svolga una funzione integrativa, o complementare, senza assorbire però completamente i contenuti regolativi, poiché diversamente s’incorrerebbe nel rischio che i pubblici poteri abdichino del tutto al compito essenziale di operare bilanciamenti tra valori, interessi, posizioni soggettive diverse, e, di conseguenza, si sottraggano decisioni di evidente rilevanza pubblicistica al circuito democratico e alla deliberazione politica».

¹¹⁷ M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, cit., 18.

¹¹⁸ D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un “pre-software” in lingua italiana*, in *Rivista diritto amministrativo elettronico*, 2003, 3 ss.

¹¹⁹ Cfr. L. VIOLA, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, cit., 11, il quale, riportando tra l’altro, D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un “pre-software” in lingua italiana*, cit., sostiene che: «al di là del (doveroso, ma sistematicamente non decisivo) rinvio all’obbligo di collaborazione tra funzionario pubblico e informatico-programmatore, emerge pertanto la necessità di procedere ad una qualificazione dualistica della vicenda che venga a distinguere tra il “momento preliminare alla compilazione del software, ... (costituito dalla) redazione di un testo contenente le istruzioni espresse in lingua italiana, ma già sotto forma di algoritmo, cioè come sequenza ordinata di passaggi logici, formulati come giudizi ipotetici (“se... allora...”)” denominato atto-algoritmo, *pre-software* o regole per la programmazione ed il vero e proprio programma informatico di emanazione dell’atto».

¹²⁰ Sempre in questi termini L. VIOLA, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, cit., 11, il quale aggiunge che, in tal modo, «si perverrebbe ad una chiara distinzione tra l’atto amministrativo contenente le regole per la programmazione (che potrebbe assumere, a seconda dei casi,





ni casi, dal momento che, quando viene impiegato il *machine learning*, l'AI compie dei processi che neanche i programmatori comprendono a pieno. Non v'è dubbio, però, che è necessario il supporto di conoscenze informatiche per cercare di fare un minimo di chiarezza, tanto che «da più parti, si sollecita l'intervento di "algoritmisti", una sorta di consulente tecnico d'ufficio con competenze informatiche che svolga il ruolo di controllore della società dell'algoritmo con il compito di attestare la correttezza di un certo algoritmo»¹²¹.

Per giunta, rifacendosi anche alla già citata Carta della Robotica adottata dal Parlamento Europeo, la quale afferma 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» e che «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», il Consiglio di Stato ha evidenziato che «anche al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere». Tale riferimento potrebbe apparire in un certo senso improprio, in quanto "algoritmico" e "robotico" sono due piani ontologicamente differenti. Eppure, questo inciso rappresenta un utile base per quella che dovrà essere l'analisi futura, dal momento che l'avvento anche dei robot veri e propri nell'amministrazione è solo questione di tempo e si renderà quanto prima necessario approfondire analiticamente questa tematica.

Sempre per lo stesso motivo, benché quella della Sezione VI del Consiglio di Stato possa apparire una preoccupazione «prematura», atteso il livello «primitivo» di sviluppo delle tecnologie di Intelligenza Artificiale all'interno della Pubblica Amministrazione¹²², è da valutare positivamente il fatto che sia stato posto il problema dell'eventuale attribuzione di personalità giuridica ai robot¹²³, rispetto al quale la posizione della giurisprudenza amministrativa è, tra l'altro, molto chiara, avendo affermato che «il sistema di imputabilità delle decisioni e la connessa responsabilità amministrativa, non mutano a seguito dell'utilizzo di algoritmi (automazione basata sull'Intelligenza Artificiale) quale strumento di supporto dell'attività amministrativa»¹²⁴.

In conclusione, si deve quindi osservare che il principio di responsabilità, per quanto riguarda l'automatizzazione del processo decisionale pubblico, impone che il ruolo «della tecnica in generale,

natura di atto normativo o generale- strumentale) e il vero e proprio "software ... prodotto in linguaggio diverso dalla lingua italiana, da un tecnico spesso esterno alla pubblica amministrazione...(e che) non è un atto amministrativo, né particolare, né generale bensì l'esecuzione di un incarico professionale, basato su un atto amministrativo». La citazione è di G. DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, cit., 75;

¹²¹ M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 18.

¹²² L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 13. A riguardo, ricorda I. MARTÍN DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, cit., 146 che «la macchina, ossia lo strumento informatico, rimane un mezzo al servizio del titolare dell'organo».

¹²³ Vedi *amplius* A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019.

¹²⁴ D. U. GALETTA, J. C. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, 20.



e dell'algoritmo in particolare» venga limitato a «strumento servente dell'amministrazione»¹²⁵, in modo tale che la competenza e la responsabilità della decisione restino in capo al funzionario umano¹²⁶.

5. La Sentenza n. 8472/2019: profili di tutela delle libertà fondamentali e protezione dei dati personali relativi alle decisioni algoritmiche della P.A

Diverse delle questioni rimaste aperte sul versante della legittimità amministrativa possono, forse, trovare soluzione se lette attraverso le lenti dei principi in materia di *data protection*. La sentenza n. 8742/2019 del Consiglio di Stato, invero, porta la giurisprudenza amministrativa a pronunciarsi per la prima volta sul problema della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini oggetto delle decisioni automatizzate, con particolare riferimento al diritto alla protezione dei dati di carattere personale e alla sua "nuova" disciplina dettata dal GDPR.

Le prime forme di tutela della persona rispetto ai trattamenti automatizzati possono essere rinvenute già nella Convenzione di Strasburgo (Convenzione n. 108/1981), adottata ormai quasi quarant'anni fa nel contesto giuridico del Consiglio d'Europa e tutt'ora in vigore, la quale è considerata anche come una delle prime fonti in materia di protezione dei dati a livello europeo. I principi sanciti nella Convenzione (tra i quali, liceità e correttezza del trattamento, qualità dei dati personali intesa come pertinenza, non eccedenza, adeguatezza ed esattezza, legalità del trattamento automatizzato, specificità e di liceità delle finalità) sono principi che fanno ormai parte dell'*aquis* europeo in materia di dati personali, essendo stati, prima, incorporati nella Direttiva madre e, da ultimo, confermati nel Regolamento UE 2016/679¹²⁷.

Si deve, infatti, ricordare che l'art. 15 della Direttiva n. 95/46/CE sanciva il diritto di ogni persona a non essere sottoposta a decisioni che producessero effetti giuridici o avessero effetti nei suoi confronti che fossero fondate esclusivamente sul trattamento automatizzato dei dati, a meno che tali decisioni non fossero prese nel contesto della conclusione o dell'esecuzione di un contratto o non fossero autorizzate dalla legge. Tuttavia, con il GDPR la tutela offerta alla persona fisica è stata rafforzata ed il quadro si è fatto più limpido anche grazie all'adozione delle *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* emanate dall'allora WP29 (ora *European Data Protection Board*, in breve EDPB) ed emendate il 6 febbraio 2018.

¹²⁵ Così M. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 20.

¹²⁶ A conferma di ciò cfr. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot*, cit., 1176 ss.: «Machine-learning algorithms are thus "autonomous" only in the sense that they can run continuously and have the potential to translate their outputs automatically into regulatory actions. They do not set their own objective functions nor are they completely outside human control. An algorithm, by its very definition, must have its parameters and uses specified by humans, and this property will likely prove pivotal in the legal assessment of specific applications of artificial intelligence by federal administrative agencies»

¹²⁷ Ciò testimonia lo «stretto legame tra protezione dei dati personali e tutela delle libertà fondamentali» che può essere rilevato in tutto il percorso evolutivo sviluppatosi dall'art. 8 CEDU fino ad oggi. Vedi O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., 579-580. Cfr. anche F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., 68.





Inoltre, non si può certo ignorare che l'art. 5 del GDPR annovera una serie di principi generali, i quali pervadono tutta la disciplina europea in materia di dati personali e che, dunque, vanno tenuti sempre presenti nella lettura delle fattispecie previste dalla normativa¹²⁸. In particolare, a mente del par. 1 dell'art. 5, si devono tenere presenti il principio di liceità, correttezza e trasparenza, il principio di limitazione della finalità, il principio di minimizzazione dei dati, il principio di esattezza, il principio di limitazione del periodo di conservazione e il principio di integrità e riservatezza; tuttavia, è il par. 2 del medesimo art. 5, a porre il principio più rilevante ed innovativo del GDPR, e cioè il principio di *accountability*¹²⁹, alla stregua del quale il titolare del trattamento dei dati deve rispettare i principi di cui sopra ed essere in grado di provarlo. Tale principio è specificato all'art. 24 GDPR, il quale afferma che il titolare del trattamento deve mettere in atto «misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento», tenendo conto «della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche»; in particolare, si richiede «l'attuazione di politiche adeguate in materia di protezione dei dati da parte del titolare del trattamento», se proporzionate all'attività di trattamento. Per quanto attiene alla sentenza n. 8472/2019, occorre preliminarmente mettere in evidenza che il Consiglio di Stato ha richiamato la distinzione, rilevabile anche all'art. 2 del Regolamento n. 2016/679, tra i trattamenti di dati personali semi-automatizzati e i trattamenti automatizzati: quelli, cioè, che implicano un coinvolgimento umano e quelli che, invece, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento. Chiaramente, sono questi ultimi a essere oggetto di particolari cautele anche all'interno del GDPR.

Infatti, il rischio è che le macchine, svolgendo la serie dei passaggi logici previsti per lo svolgimento delle operazioni, possano creare delle situazioni configurabili come discriminatorie. Proprio in virtù di ciò, i Giudici di Palazzo Spada hanno fatto riferimento al “principio di non discriminazione algoritmica”, alla stregua del quale è necessario programmare l'AI in modo che non vengano poste in essere ingiuste distinzioni, al fine, cioè, di «evitare che le “operazioni intelligenti” utilizzino nei propri circuiti l'elaborazione di alcune distinzioni basate su categorizzazioni vietate (c.d. categorie algoritmiche sospette) al fine di stilare classifiche, calcolare punteggi ed effettuare categorizzazioni che violano il principio del giusto processo ed i diritti umani»¹³⁰. Tale principio, come sottolineato nella sentenza n. 8472/2019 si evince anche dal considerando n. 71 del Regolamento UE n. 2016/679, che raccomanda di adottare delle modalità di trattamento che tengano in considerazione i «potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato» e che impediscano «effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o

¹²⁸ C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I Principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit. 106 ss.

¹²⁹ Cfr. *amplius* G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2019, 1675-1676.

¹³⁰ Testualmente D. U. GALETTA, J. C. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, 20. Per approfondimenti si rimanda a W. FRÖHLICH, I. SPIECKER, *Können Algorithmen diskriminieren?*, in <https://bit.ly/3higwaC>; N. GESLEVICH PACKIN, Y. LEV-ARETZ, *Learning Algorithms and Discrimination*, in W. BARFIELD, U. PAGALLO (a cura di), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham, 2018, 88 ss.





delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero un trattamento che comporti misure aventi tali effetti». A tal proposito, è opportuno evidenziare la c.d. funzione interpretativa dei considerando, più volte messa in luce anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che permette una più approfondita comprensione delle norme del diritto derivato eurounitario e la loro corretta applicazione¹³¹, alla quale non si sottrae certo il considerando 71, il quale permette una più chiara lettura delle norme in materia di decisioni automatizzate contenute nel Regolamento UE n. 2016/679.

In relazione al complesso rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali¹³² è bene, dunque, evidenziare come il Regolamento appronti una serie di garanzie conoscitive insieme ad un divieto di processi decisionali automatizzati, che il Consiglio di Stato ha richiamato nella motivazione in diritto della sentenza n. 8472/2019, riferendosi agli artt. 13, 14, 15 e 22 del Regolamento stesso. Proprio intorno all'interpretazione di tali norme è in corso un ampio dibattito in dottrina riguardo all'esistenza o meno di un vero e proprio *right to explanation*¹³³ nel GDPR.

Ebbene, il concetto di *explanation*, che per molti versi appare affine a quello di "conoscibilità" in termini di "comprensibilità" sancito dal Consiglio di Stato, deve essere suddiviso in sottocategorie a seconda dell'oggetto della sua riferibilità e del momento temporale in cui viene fornita la spiegazione. Con riguardo all'oggetto, occorre distinguere la *explanation* riferibile alla *system functionality*, cioè al funzionamento della struttura di *decision-making* nel suo complesso, e la *explanation* relativa a delle *specific decisions*, cioè alle ragioni e alle circostanze che hanno condotto alla singola decisione; alla stregua del criterio temporale, invece, la differenza si configura tra *explanation ex ante* ed *explanation ex post*¹³⁴. Chiaramente, se il primo può essere riferito solo al funzionamento complessivo del sistema, il *right to explanation ex post* può essere riferito sia all'intera struttura decisionale, che alle singole decisioni specifiche e alle loro ragioni. Ed è proprio questo particolare tipo di *explanation* a non essere rinvenibile nel Regolamento.

Ciononostante, è, invece, bene tener presente che la "spiegabilità" e la conseguente "comprensibilità" sono, invece, degli elementi necessari, alla luce dell'evoluzione subita dal diritto alla *privacy*, secondo le quattro tendenze indicate da Stefano Rodotà: «1) dal diritto d'esser lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle informazioni che mi riguardano; 2) dalla *privacy* al diritto

¹³¹ Cfr. C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it*, 22/2018, 6-7; si veda anche F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, cit., 8 ss.

¹³² A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018; per interessanti spunti relativi, in particolare, all'Intelligenza Artificiale cfr. anche E. CREMONA, *Un convegno su intelligenza artificiale e diritti fondamentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2020 (in corso di pubblicazione).

¹³³ Critici S. WACHTER, B. MITTELSTADT e 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*, 2017, 76 ss.; contra G. MALGIERI, G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation* in *International Data Privacy Law*, 2017, 224 ss; ma anche A. D. SELBST, J. POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 233 ss; sembra superare il contrasto L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for*, in *16 Duke Law & Technology Review*, 2017.

¹³⁴ La classificazione è di S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 6-7.





all'autodeterminazione informativa; 3) dalla privacy alla non discriminazione; 4) dalla segretezza al controllo»¹³⁵. Il punto cruciale è proprio la sequenza “persona-informazione-circolazione-controllo”¹³⁶, diventata nell'era digitale quantitativamente ben più ampia del classico paradigma “persona-informazione-segretezza”, la quale comporta l'effettiva garanzia della dignità della persona anche nell'odierna società digitale. Tuttavia, tale garanzia non può inverarsi senza una corretta informazione all'interessato del trattamento dei dati.

Come anticipato, il Consiglio di Stato ha citato, infatti, gli obblighi di informazione derivanti dagli artt. 13 e 14 del GDPR, nei quali è previsto che all'interessato debba essere data notizia del fatto che il trattamento dei dati sia effettuato in maniera automatizzata, con particolare riguardo al fatto che in caso di trattamento interamente automatizzata, il titolare debba fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato». Si tratta della nota *informativa privacy* e anche le Pubbliche amministrazioni, eccetto quando la «registrazione e la comunicazione» fosse prevista dalla legge o negli altri casi previsti espressamente dalle norme, dovrebbero avere cura di fornire ogni qual volta procedano a decisioni basate su trattamenti automatizzati dei dati dei cittadini¹³⁷.

La chiave interpretativa per la corretta lettura degli artt. 13 e 14 è rappresentata dai considerando 60, 61 e 62, i quali sono improntati ad uno spirito di correttezza e trasparenza, al fine di rendere l'interessato del trattamento il più consapevole possibile.

In particolare, l'art. 13 elenca quali sono le informazioni da fornire, a meno che l'interessato non disponga già di tali informazioni, qualora i dati personali siano raccolti presso l'interessato, tra le quali vi sono l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e del responsabile della protezione dati, le finalità e la base giuridica del trattamento e altre informazioni essenziali; inoltre, secondo il dettato del par. 2, «nel momento in cui i dati personali sono ottenuti», il titolare del trattamento deve fornire all'interessato una serie di ulteriori informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente, tra le quali «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato»¹³⁸.

Ancora, l'art. 14 enumera, invece, le informazioni che il titolare deve fornire qualora i dati non siano stati raccolti presso l'interessato, tra le quali, anche in questo caso, vi sono quelle relative all'esisten-

¹³⁵ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, 207-210. Si veda anche S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, per un'analisi storica e giuridica delle “nuove dimensioni della privacy”, in cui viene evidenziato il carattere eterogeneo della contorta nozione di *privacy*.

¹³⁶ Sempre S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 102.

¹³⁷ Si tenga, però, presente A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 807, il quale fa «notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all'interno del Regolamento. Non risulta del tutto chiaro, però, quale sia stata la ragione che ha condotto il legislatore a circoscrivere le suddette garanzie ai soli casi di processi decisionali interamente automatizzati, escludendo dalla previsione le ulteriori ipotesi in cui ci si avvale di algoritmi per giungere ad una decisione, perdendo dunque l'occasione di estendere anche a quest'ultime un più alto livello di garanzia».

¹³⁸ Per i profili di taglio pratico sui contenuti dell'informativa si rinvia al recente M. MENSI, M. VIGGIANO, *Formulario della privacy. Le formule essenziali immediatamente utilizzabili*, Piacenza, 2019.



za di un processo decisionale automatizzato. Per di più, alla stregua della fattispecie di cui all'art. 14, il titolare deve far pervenire all'interessato le informazioni «entro un termine ragionevole dall'ottenimento dei dati personali, ma al più tardi entro un mese, in considerazione delle specifiche circostanze in cui i dati personali sono trattati» ovvero «nel caso in cui i dati personali siano destinati alla comunicazione con l'interessato, al più tardi al momento della prima comunicazione all'interessato» ovvero «nel caso sia prevista la comunicazione ad altro destinatario, non oltre la prima comunicazione dei dati personali». Tale disciplina, in ogni caso, non si applica in taluni casi enumerati espressamente dalla norma¹³⁹.

Di certo, nelle disposizioni di questi due articoli può essere ravvisato soltanto il c.d. *right to explanation ex ante* e, come già osservato, relativo soltanto alla *system functionality*¹⁴⁰. Benché sia stato, infatti, sostenuto che gli obblighi di informazione derivanti dagli artt. 13 e 14, in combinato disposto con l'art. 22, par. 3 comporterebbe anche una *explanation ex post*¹⁴¹, tale tesi è da considerarsi da respingere. Del resto, si deve tenere in considerazione anche la «limitazione delle disposizioni sopra richiamate, che trovano applicazione in un momento antecedente a quello in cui la decisione viene presa, unitamente all'assenza di un'espressa previsione letterale al riguardo»: ciò conduce ad escludere la sussistenza del *right to explanation* inteso come *ex post* e riferibile a delle *specific decisions*¹⁴². Inoltre, sempre in tema di trasparenza dell'algoritmi, il Consiglio di Stato ha rimarcato anche il diritto del cittadino ad accedere ai propri dati personali, enunciato all'art. 15 del GDPR, soffermandosi in particolare sul fatto che «l'articolo 15, diversamente dagli articoli 13 e 14, abbia il pregio di prevedere un diritto azionabile dall'interessato e non un obbligo rivolto al titolare del trattamento» e, dunque, permette di superare «i limiti temporali posti dagli articoli 13 e 14, consentendo al soggetto di acquisire informazioni anche qualora il trattamento abbia avuto inizio, stia trovando esecuzione o abbia addirittura già prodotto una decisione». Il Consiglio di Stato ha rilevato, pertanto, in tale norma una conferma per quanto riguarda «la rilevanza della trasparenza per i soggetti coinvolti dall'attività amministrativa informatizzata in termini istruttori e decisori».

L'art. 15, infatti, concernente il diritto di accesso dell'interessato, stabilisce che «l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l'accesso» ai suoi dati personali e alle relative informazioni, come le finalità del trattamento, le categorie di dati personali trattati, i destinatari o le categorie di destinatari a cui i vengono comunicati i dati, il periodo di conservazione dei dati e altri,

¹³⁹ L'interessato dispone già delle informazioni; comunicare tali informazioni risulta impossibile o implicherebbe uno sforzo sproporzionato, soprattutto per il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, allorché il titolare del trattamento adotta misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, anche rendendo pubbliche le informazioni; l'ottenimento o la comunicazione sono espressamente previsti dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che prevede misure appropriate per tutelare gli interessi legittimi dell'interessato; se i dati personali devono comunque rimanere riservati conformemente a un obbligo di segreto professionale disciplinato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri.

¹⁴⁰ S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 15.

¹⁴¹ B. GOODMAN, S. FLAXMAN, *European Union Regulations on Algorithmic Decision Making and a "Right to Explanation"*, in *AI Magazine*, 2017.

¹⁴² Così A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 811



tra i quali «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato», avendo cura anche in questo caso di fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato»¹⁴³.

È bene notare che la norma specifica come il titolare debba provvedere attraverso «una copia dei dati personali oggetto di trattamento» e che solo «in caso di ulteriori copie richieste dall'interessato, il titolare del trattamento può addebitare un contributo spese ragionevole basato sui costi amministrativi»; resta fermo, invece, che «se l'interessato presenta la richiesta mediante mezzi elettronici, e salvo indicazione diversa dell'interessato, le informazioni sono fornite in un formato elettronico di uso comune» e che, ovviamente, il diritto di ottenere le copie «non deve ledere i diritti e le libertà altrui».

Eppure, sebbene il diritto d'accesso non sia soggetto a limiti di tempo e, dunque superi «l'impedimento cronologico» di cui soffrono gli 13 e 14, non si rinviene però in esso alcun riferimento a spiegazioni della decisione presa e, pertanto, non si può ricostruire un *right to explanation* neanche a partire dall'art. 15, dal momento che, invece, esso sembra piuttosto «circoscrivere il diritto dell'interessato ad una spiegazione *ex ante* delle modalità di funzionamento del processo automatizzato»¹⁴⁴. Infatti, ai titolari non è richiesto tanto di prevedere le conseguenze, quanto di spiegare le finalità dei trattamenti e ciò comporta che non vi sia una spiegazione relativa a come una singola decisione sia stata raggiunta, ma piuttosto una spiegazione relativa alla *system functionality*¹⁴⁵, così come risulta anche dalle già citate *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*¹⁴⁶.

È stato, giustamente, osservato che gli artt. 13, 14 e 15 del GDPR possono essere definiti come la *Magna Charta* del diritto dell'interessato di essere informato e di controllare la legittimità del trattamento dei dati¹⁴⁷. Tuttavia, con riguardo alle decisioni automatizzate, non è possibile prescindere dalla lettura di queste norme di concerto con l'art. 22 del GDPR. Come avrà modo di vedersi in seguito, neanche nelle disposizioni di questo articolo è possibile rinvenire un autonomo diritto alla “spiegatezza”¹⁴⁸ e, pertanto, si deve ineludibilmente concludere che non esiste un vero e proprio *right to explanation* all'interno del Regolamento, ma soltanto un mero *right to be informed*¹⁴⁹.

¹⁴³ Si rimanda anche in questo caso a M. MENSÌ, M. VIGGIANO, *Formulario della privacy. Le formule essenziali immediatamente utilizzabili*, Piacenza, 2019.

¹⁴⁴ A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 811.

¹⁴⁵ Pervengono a queste conclusioni, attraverso un'analisi della traduzione tedesca dell'art. 15, S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 15

¹⁴⁶ Ove testualmente: «L'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), afferma che il titolare del trattamento deve fornire all'interessato informazioni sulle conseguenze previste del trattamento, piuttosto che una spiegazione di una particolare decisione. Il considerando 63 chiarisce questo aspetto affermando che ogni interessato dovrebbe avere il diritto di accesso al fine di ottenere “comunicazioni” sul trattamento automatizzato dei dati, compresa la logica in questione e, almeno quando è basato sulla profilazione, sulle conseguenze del trattamento».

¹⁴⁷ Cfr. FLORIAN SCHMIDT-WUDY, *DSGVO Art. 15 Auskunftsrecht der betroffenen Person*, in H. A. WOLFF, S. BRINK (a cura di), *Datenschutz-Grundverordnung*, 2016, Commentario online.

¹⁴⁸ Ciò si può evincere anche da una ricostruzione complessiva. Vedi O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., 615 ss.

¹⁴⁹ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 27-30



5.1. In particolare, sul processo decisionale interamente automatizzato ex art. 22 del Regolamento n. 2016/679: alcune considerazioni critiche

Il Consiglio di Stato sottolineando la necessità di individuare «un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall’algoritmo», ha fatto riferimento all’art. 22, par. 1 del GDPR, il quale regola, appunto, i processi decisionali automatizzati relativi alle persone fisiche¹⁵⁰.

Specifica, infatti, il Consiglio di Stato che «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come *HITL (human in the loop)*, in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l’essere umano».

La regola posta dal primo paragrafo dell’art. 22 prevede, del resto, che l’interessato abbia «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». L’espressione, in realtà vaga, potrebbe dare origine a dubbi interpretativi rispetto al fatto che tale “diritto di non essere sottoposto” ad una decisione interamente automatizzata possa non essere configurato come un diritto di opposizione o un vero e proprio divieto¹⁵¹. Sul punto, però, prestano soccorso interpretativo le già citate Linee Guida del WP29, le quali chiariscono come si tratti di un vero e proprio divieto¹⁵².

Tale divieto si applica, però, soltanto allorché la decisione sia: 1) basata unicamente sul trattamento automatizzato e, dunque, non vi sia intervento umano; 2) idonea a produrre effetti giuridici o a incidere significativamente sulla persona dell’interessato. Tra queste ultime le Linee Guida del WP29 citano espressamente le «decisioni che negano a una persona un’opportunità di impiego o pongono tale persona in una posizione di notevole svantaggio», come nel caso in esame nella sentenza n. 8472/2019.

Vi sono, tuttavia, delle eccezioni che vengono fissate al secondo paragrafo dell’art. 22. Infatti, la disposizione di cui al par. 1 non si applica nei casi in cui la decisione sia: a) necessaria per concludere o eseguire un contratto, b) autorizzata dal diritto dell’Unione o di uno Stato membro o c) basata sul consenso dell’interessato. Nelle ipotesi di cui alle lett. a) e c), l’art. 22, par. 3 dispone che il titolare debba 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». Ciò non è, invece, previsto per quanto riguarda il

¹⁵⁰ Approfonditamente P. SCHOLZ, *Artikel 22. Authomatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling*, in S. SIMITIS, G. HORNING, I. SPIECKER, *Datenschutzrecht*, cit., 709 ss.

¹⁵¹ Cfr. O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., 606-607; vedi anche S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 37-39

¹⁵² “Nelle stesse è difatti evidenziato come la norma di cui all’art. 22 del Regolamento sia stata strutturata nel senso di: a) prevedere il divieto di processi decisionali individuali fondati unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che abbiano effetti giuridici o significativi sulla sfera personale; b) definire eccezioni a tale regola; c) richiamare le misure appropriate di salvaguardia per i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell’interessato, almeno nei termini del diritto di quest’ultimo di ottenere l’intervento umano, esprimere la propria opinione e contestare la decisione”. Così sempre O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., 605.

caso di cui alla lett. b), rispetto al quale la norma non fa menzione della possibilità per l'interessato di esercitare il diritto a ottenere un intervento umano nel trattamento automatizzato; questa scelta probabilmente si spiega per via della maggior garanzia offerta dall'autorizzazione legale alla decisione basata su trattamenti automatizzati.

Diversamente dal considerando 71, però, l'art. 22 non prevede espressamente un diritto ad ottenere «una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione». In effetti, colpisce la scelta del legislatore europeo di non includere, contrariamente a quanto proposto dal Parlamento Europeo in sede di lavori preparatori, questo inciso specifico relativo al *right to explanation*. Tuttavia, occorre notare, per un verso, che tale riferimento non sussisteva nel testo originario formulato dalla Commissione Europea e, per l'altro, che il Consiglio dell'Unione Europea ha provveduto definitivamente ad eliminare il *right to explanation* dal dettato dell'art. 22, per mantenerlo soltanto nel testo del considerando n. 71.

Questa discrepanza pone l'operatore del diritto dinanzi ad un iato: il dritto "alla spiegazione" è riconosciuto nella parte non vincolante del Regolamento, ma non trova spazio nell'ambito delle disposizioni dell'art. 22. Ciò, logicamente, non può che condurre ad un'interpretazione *praeter legem*, della lettera di quest'ultimo articolo, benché in realtà, *strictu sensu*, non si stia andando al di là della previsione normativa intesa in senso ampio, in quanto, il considerando n. 71 fa comunque parte del testo normativo e, anzi, ne è una delle chiavi interpretative.

Ad ogni modo, tra i vari suggerimenti che la dottrina ha proposto al fine di garantire il *right to explanation*, il più plausibile sembra proprio l'interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza dell'art. 22, par. 3¹⁵³. Essa, infatti, darebbe modo al giudice di recuperare l'intenzione originaria – e probabilmente più autentica – del legislatore europeo, che nel corso dell'iter di formazione del Regolamento è stata mitigata ed edulcorata.

Tutto sommato, si può affermare che con la sentenza n. 8472/2019 il Consiglio di Stato si è avvicinato a questo genere di soluzione, che si evince dalla struttura complessiva della decisione, benché il ragionamento complessivo non sia stato portato a compimento. E tuttavia, se il *right to explanation* fosse stato affermato nettamente dai giudici di Palazzo Spada, avrebbe permesso di dare una soluzione anche al dilemma della "conoscibilità" attraverso la "comprensibilità", dotando i cittadini di uno strumento più robusto rispetto alla mera informazione sul funzionamento del sistema algoritmico che prende le decisioni.

Inoltre, è bene osservare che se è vero che il Consiglio di Stato ha posto l'accento sul fatto che il titolare del potere autoritativo, in questo caso anche titolare del trattamento, deve essere «individuato in base al principio di legalità», affermando la necessità di individuare ogni volta un centro di imputazione e di responsabilità in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo, non ha fatto alcuna menzione del fatto che, alla stregua della stessa disciplina sulla protezione dei dati personali, anche il trattamento deve essere effettuato in base ad una previsione di legge.

¹⁵³ Questa potrebbe essere una soluzione secondo S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist*, cit., 31, i quali propongono in alternativa o dei singoli interventi dei legislatori nazionali, o un'offerta volontaria di spiegazione da parte dei titolari del trattamento, o un'interpretazione estensiva delle garanzie di cui all'art. 15.

È necessario, infatti, tenere ben presente che nel sistema delineato dal Regolamento il consenso dell'interessato è solo una delle possibili condizioni di liceità del trattamento dei dati personali, a cui si accompagnano diverse alterative. L'art. 6 del GDPR pone, invero, sullo stesso piano una serie di condizioni¹⁵⁴, tra le quali è opportuno segnalare quelle di cui alla lett. c), alla stregua della quale «il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento» e, soprattutto, alla lettera e), secondo cui «il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento». Queste ultime sono le principali condizioni di liceità per quanto riguarda i trattamenti effettuati in ambito pubblico e devono essere fondate, ai sensi del par. 3 dell'art. 6, sul diritto dell'Unione Europea o sul diritto dello Stato membro a cui è soggetto il titolare¹⁵⁵.

L'art. 6, par. 2 prevede, inoltre, che sia discrezione degli Stati membri mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione del Regolamento relativamente al trattamento, per l'adempimento di obblighi legali o per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, andando a determinare con più precisione eventuali requisiti specifici per il trattamento e altre misure atte a garantire la liceità e la correttezza dello stesso.

Il legislatore italiano, con il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, per mezzo del quale ha modificato il Codice privacy del 2003 adeguandolo e armonizzandolo con la disciplina del GDPR¹⁵⁶, ha introdotto l'art. 2-ter, relativo proprio alla base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri. Tale norma prevede che per effettuare tali trattamenti la base giuridica di diritto nazionale di cui all'art. 6, par. 3, lett. b) sia costituita «esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento». Ciò ovviamente vale anche per quanto concerne la diffusione e la comunicazione di dati personali,

¹⁵⁴ In particolare, «a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

¹⁵⁵ «La finalità del trattamento è determinata in tale base giuridica o, per quanto riguarda il trattamento di cui al paragrafo 1, lettera e), è necessaria per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. Tale base giuridica potrebbe contenere disposizioni specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento, tra cui: le condizioni generali relative alla liceità del trattamento da parte del titolare del trattamento; le tipologie di dati oggetto del trattamento; gli interessati; i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali e le finalità per cui sono comunicati; le limitazioni della finalità, i periodi di conservazione e le operazioni e procedure di trattamento, comprese le misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto, quali quelle per altre specifiche situazioni di trattamento di cui al capo IX. Il diritto dell'Unione o degli Stati membri persegue un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionato all'obiettivo legittimo perseguito».

¹⁵⁶ Sul codice riformato G. MULLAZZANI, *Il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 11 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, 200 ss.



trattati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri.

Alla luce della disciplina risultante da tali articoli, sembrerebbe opportuno ritenere che i processi di decisione automatizzata nell'ambito della pubblica amministrazione, fatte salve alcune eccezioni, debbano fondarsi su una norma di legge e, ove previsto dalla legge di regolamento. Infatti, se è vero che l'art. 22, par. 2, rinvia genericamente ad un'autorizzazione da parte del diritto dell'Unione o di uno Stato membro, dall'altra parte non si può, però, ignorare che per quanto riguarda i trattamenti effettuati per l'esecuzione di compiti di interessi pubblici o connessi all'esercizio di pubblici poteri vi sono dei limiti speciali. In particolare, da una lettura coordinata con l'art. 2-ter del Codice privacy novellato, sembrerebbe verosimile che l'utilizzo dell'AI nell'ambito dei procedimenti amministrativi debba trovare fondamento nella legge o, ove previsto dalla legge, in un regolamento.

Tale conclusione, come già anticipato, rappresenta un profilo ulteriore rispetto a quelli di legittimità sui quali la giustizia amministrativa ha avuto già modo di svolgere alcune riflessioni. Si tratta della tutela dei diritti fondamentali, la quale, in questo caso, richiede dei requisiti specifici al fine di garantire il massimo livello di protezione per la libertà e la dignità delle persone fisiche nell'ambito della società dell'informazione e dei dati¹⁵⁷.

A tal proposito, non sembra potersi rinvenire un fondamento normativo in una legge né alcun rimando ad un regolamento per quanto riguarda l'impiego dell'algoritmo nella redazione della graduatoria da parte del MIUR. Infatti, la decisione di automatizzare l'adozione di un determinato provvedimento viene ricondotto alla potestà autorganizzativa dell'Amministrazione fondata sull'art. 97 della Costituzione¹⁵⁸ e che, addirittura, è stata inquadrata come «potere dell'amministrazione di autolimitarsi mediante parametri decisionali (che) consente di uniformare – in vista di una maggiore giustizia –

¹⁵⁷ Si tenga anche presente che alla stregua del par. 4 dell'art. 22: «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». A riguardo, si segnala che anche il *Conseil Constitutionnel, Décision n. 2018-765 DC*, 12 giugno 2018, ha affermato che è vietato il ricorso esclusivo all'uso di un algoritmo se il trattamento riguarda uno dei dati sensibili di cui all'articolo 8, paragrafo 1, della legge del 6 gennaio 1978, n. 17, richiedendo la garanzia, da parte del responsabile del trattamento dei dati, rispetto al controllo del trattamento algoritmico e delle sue evoluzioni al fine di poter spiegare alla persona interessata, in dettaglio e in forma intelligibile, come è stato realizzato il trattamento a suo riguardo. Sul punto vedi anche A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 812-813, il quale giustamente puntualizza che: «nel contesto dell'elaborazione automatica dei dati il confine tra dato personale comune e dato particolare può risultare estremamente labile. In questo senso, è necessario che venga svolta un'attenta riflessione su cosa debba essere inteso per dato particolare, non circoscrivendo la nozione ai soli dati direttamente rivelatori di informazioni sensibili, ma cercando di ricomprendere tutte quelle ipotesi in cui simili informazioni siano prodotte dall'elaborazione e dall'interoperabilità di dati personali comuni».

¹⁵⁸ Così L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 9, il quale riporta in nota una giurisprudenza la quale ha affermato che «il giudice amministrativo non ha il potere di valutare la validità delle scelte operate dall'amministrazione, in relazione ai programmi applicativi ed alle macchine utilizzate, quando la parte interessata non abbia addotto o provato che le lamentate carenze del sistema di conduzione del concorso e di correzione delle prove avevano avuto specifiche conseguenze pregiudizievoli nell'espletamento delle prove o nella loro valutazione» (Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 568, Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 1994, n. 1687).





l'applicazione del diritto¹⁵⁹». Ciò implica, tra l'altro, che, se da una parte la decisione amministrativa algoritmica può essere sempre sindacata dal giudice, la decisione dell'Amministrazione di ricorrere ad una procedura automatizzata per lo svolgimento dell'attività amministrativa non può in alcun modo essere sindacabile¹⁶⁰.

Occorre, dunque, domandarsi, alla luce della disciplina eurounitaria in materia di protezione dei dati personali e dei principi posti fin ora dalla giurisprudenza amministrativa relativamente alle decisioni algoritmiche, se la decisione di impiegare tecnologie di intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo possa continuare ad essere una scelta discrezionale della Pubblica Amministrazione o non debba, piuttosto, considerarsi arbitraria, considerando la carenza sia di una garanzia *ex ante*, cioè il richiesto presupposto normativo per il trattamento automatizzato dei dati degli interessati per compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di un pubblico potere, sia di una garanzia *ex post*, individuabile nel potere del giudice amministrativo di verificarne la conformità ai criteri di proporzionalità e di trasparenza, nonché ai principi di limitazione delle finalità, minimizzazione dei dati e, soprattutto, di *accountability*

Del resto, osservando il caso in questione attraverso la lente della disciplina europea della protezione dei dati personali e della sua applicazione in Italia, apparrebbe necessario domandarsi, preliminarmente, se il trattamento dei dati effettuato dal *software* dell'HP avesse potuto essere considerabile interamente automatizzato e, in caso affermativo, dove rinvenire il presupposto giuridico (norma di legge o di regolamento) in base al quale il MIUR ha disposto l'utilizzo di un algoritmo per la redazione della graduatoria. In tale ipotesi, si sarebbe dovuto constatare la violazione da parte del Ministero del diritto dell'interessato a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato previsto dall'art. 22 del GDPR, in quanto non esiste una norma del diritto nazionale che abbia autorizzato tale pratica decisoria.

Nel caso in cui, invece, il trattamento fosse stato solo semi-automatizzato, come può probabilmente essere inteso il caso di specie, in cui la macchina non ha formulato una previsione al fine di prendere una decisione, ma si è soltanto limitata ad elaborare i dati, si sarebbero potuti avanzare comunque dei dubbi sia rispetto al presupposto giuridico di questo tipo di trattamento, il quale deve trovare fondamento nell'esecuzione di compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri (che deve essere fissato dalla legge o, ove previsto dalla legge, da regolamento)¹⁶¹ sia rispetto all'osservanza delle altre garanzie previste dal GDPR.

Tuttavia, si deve tener presente che i fatti da cui ha tratto origine questa vicenda giuridica risultano essere precedenti alla piena applicabilità del Regolamento UE 2016/679, a cui si è addivenuti solo il 25 maggio 2018, e della riforma del Codice privacy occorsa con il d.lgs. n. 101/2018, che è divenuta

¹⁵⁹ A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, cit., 55

¹⁶⁰ A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, cit.; concorde anche F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 24.

¹⁶¹ In ogni caso, sul punto è critico A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 807, il quale pone dei dubbi riguardo a «quale sia stata la ragione che ha condotto il legislatore a circoscrivere le suddette garanzie ai soli casi di processi decisionali interamente automatizzati, escludendo dalla previsione le ulteriori ipotesi in cui ci si avvale di algoritmi per giungere ad una decisione, perdendo dunque l'occasione di estendere anche a quest'ultime un più alto livello di garanzia». Vedi anche S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making doesn't exist*, cit.





efficace solo a settembre 2018, e, quindi, l'utilizzo da parte del Ministero del *software* dell'HP rientrava ancora nella disciplina della precedente versione del Codice. La disciplina dei trattamenti in ambito pubblico delineati da questa era differente, in quanto si basava sulla natura di "soggetto pubblico" del titolare del trattamento, piuttosto che sulle "finalità pubbliche" del trattamento come invece è previsto in costanza dell'attuale quadro normativo. Ai trattamenti effettuati dai soggetti pubblici era dedicato il Capo II del Titolo III del Codice, il quale dettava una serie di norme, che solo in parte sono state riprese dalla versione novellata del d.lgs. n. 196/2003, in quanto il GDPR ha generato la necessità di un nuovo tipo di approccio alla materia.

Difatti, in passato un soggetto pubblico poteva trattare i c.d. dati comuni anche in assenza di una disposizione di legge o di regolamento che prevedesse la finalità dell'operazione di trattamento, a patto che quest'ultimo avvenisse per lo svolgimento delle funzioni istituzionali. Oggi, invece, come si è avuto modo di osservare, i vincoli sono certamente più stringenti, soprattutto se si utilizzano le tecnologie algoritmiche. Ciononostante, non si può evidenziare un cambio di prospettiva così significativo rispetto a questo aspetto, dal momento che, in ogni caso, anche le finalità istituzionali di cui alla precedente disciplina trovavano la loro origine in atti normativi. La novità rispetto al passato è invece rappresentata dalla precisazione delle "misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato", previste dall'art. 22, par. 2, lett. b) del GDPR, sempre secondo l'approccio *risk based* e guidato dal principio di *accountability* che permea tutta la disciplina europea in materia di protezione dei dati personali: la legge può sì autorizzare determinate decisioni fondate su elaborazioni interamente automatizzate, ma deve approntare le misure più idonee ad evitare un pregiudizio per i soggetti coinvolti da tali decisioni.

Pertanto, è bene evidenziare che nell'esaminare i casi di decisioni automatizzate effettuate in ambito pubblico avvenute in costanza GDPR non si può fare a meno di tenere in considerazione tutte le restrizioni e le cautele da osservare derivanti dalla nuova disciplina della materia. Si tratta di un traguardo di civiltà giuridica, faticosamente raggiunto dall'Unione Europea, che richiede sì degli sforzi alle amministrazioni e alle giurisdizioni nazionali, ma i cui effetti benefici per i diritti dei cittadini, per il mercato e per il funzionamento delle istituzioni saranno evidenti una volta che il sistema intero funzionerà a regime.

6. Importanti aspetti relativi alla protezione dei dati personali da considerare in materia di decisioni algoritmiche

6.1. Qualità dei dati

Un aspetto sul quale è necessario fare maggiore chiarezza è quello relativo alla qualità dei dati impiegati dalla Pubblica Amministrazione nell'ambito delle decisioni algoritmiche¹⁶². Infatti, errori o distorsioni nei dati producono effetti sul modello decisionale finale e lo sviluppo di un sistema decisionale algoritmico affidabile richiede, quindi, una base di dati qualitativamente validi¹⁶³.

¹⁶² Sul profilo della qualità dei dati insiste anche il Garante per la protezione dei dati personali nel provvedimento sul c.d. "Redditometro". Cfr. provv. n. 515/2013, [doc. web n. 2765110].

¹⁶³ Cfr. J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, in *Computer und Recht*, 2020, 73





Nella sentenza n. 8472/2019 il Consiglio di Stato, facendo riferimento al considerando 71, ha osservato che «occorrerebbe rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell’*output* decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni».

Nondimeno, è bene ricordare che la «correttezza formale non equivale a obiettività o imparzialità», le quali sono doti che l’AI ancora non possiede, ma che potrebbe, appunto, sviluppare se l’uomo «accompagnerà le macchine a questo genere di consapevolezza comportamentale, intervenendo proprio sulla qualità dei dati»¹⁶⁴. Il ricorso agli algoritmi, quindi, non garantisce *ex se* l’imparzialità della decisione, né necessariamente la sua efficienza.

Infatti, come si è avuto modo di vedere, la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata su casi in cui vi è stato un malfunzionamento dell’algoritmo e tale inefficienza è probabilmente stata causata da «da dati di bassa qualità o da processi mal congegnati, piuttosto che da cause attribuibili a comportamenti della persona»¹⁶⁵.

Occorre, dunque, individuare un modo per garantire che i procedimenti seguiti dall’algoritmo vengano messi a punto correttamente e, soprattutto, che i dati utilizzati nell’elaborazione siano il più possibile di buona qualità. In proposito, si deve notare come, in altre discipline, esista già un’ampia ricerca sulla valutazione e sulla garanzia della qualità dei dati e siano già stati approntati diversi quadri tecnici per valutare la qualità dei dati e delle informazioni¹⁶⁶. Vi sono, del resto, anche degli standard tecnici fissati dalle ISO 8000 per la valutazione della qualità dei dati e la gestione della qualità dei dati¹⁶⁷. Anche riguardo alla qualità dei dati, dunque, la tendenza potrebbe rivelarsi quella di un progresso verso una situazione in cui sempre maggiore importanza viene conferita alle regole tecniche, secondo le logiche del “diritto capovolto”¹⁶⁸.

Tuttavia, la giurisprudenza può dare un contributo molto importante, soprattutto allorché la qualità dei dati da utilizzare diventi determinante per orientare la decisione amministrativa algoritmica. Si potrebbe, ad esempio, teorizzare la sussistenza di un eccesso di potere per difetto di istruttoria ex art. 6 della l. n. 241/1990 ogni qual volta si appuri che i dati utilizzati siano di bassa qualità. O, addirittura, si potrebbe rilevare una violazione di legge.

Benché la disciplina europea in materia di dati personali non si occupi direttamente del problema della qualità dei dati, l’art. 5 del GDPR enuncia, comunque, il principio di esattezza dei dati personali, alla stregua del quale essi devono essere «esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati». L’importanza di questo principio in materia di decisioni automatizzate è vitale, dal momento che dati «viziati all’origine» possono provocare previsioni errate relativa-

¹⁶⁴ G. D’ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 267

¹⁶⁵ Cfr. G. D’ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 287

¹⁶⁶ H. ZHU, E. MADNICK, Y. W. LEE, R. Y. WANG, *Data and Information Quality Research* in H. TUCKER, T. GONZALEZ, A. TOPI, *Computing handbook*, 2014.

¹⁶⁷ Vedi *amplius* J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, cit., 77-78.

¹⁶⁸ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.





mente ad «aspetti significativi della vita delle persone»¹⁶⁹ e conseguentemente decisioni inadeguate o del tutto incongrue.

Ad ogni modo, anche con riferimento alla qualità dei dati resta aperta la questione di come comunicare le informazioni pertinenti alle persone interessate per consentire loro di effettuare una valutazione ponderata delle decisioni algoritmiche, atteso come la complessità della materia e gli interessi in gioco meritevoli di tutela creano notevoli difficoltà in questo senso. Una possibilità per favorirne l'accettazione potrebbe essere l'adozione di un sistema di certificazione, come previsto anche dagli artt. 42 e 43 del GDPR¹⁷⁰.

6.2. Tutela della proprietà industriale e comprensibilità della decisione algoritmica

Come già visto, le decisioni amministrative algoritmiche devono essere accessibili e comprensibili. Tale principio, del resto, oltre che dalla giurisprudenza amministrativa italiana, è stato posto anche del *Conseil constitutionnel* francese, il quale ha affermato l'obbligo in capo al *responsable du traitement* di assicurarsi che l'elaborazione algoritmica e i suoi sviluppi siano sotto controllo in modo da poter spiegare in modo dettagliato e in forma intelligibile all'interessato come il trattamento sia stato effettuato nei suoi confronti, in modo che gli algoritmi suscettibili di rivedere le regole che essi stessi applicano non possano essere utilizzati come base esclusiva per una decisione amministrativa individuale senza il controllo e la convalida del controllore¹⁷¹.

Anche il Consiglio di Stato si era, in realtà già espresso a favore dell'intelligibilità della motivazione degli algoritmi decisionali. Ma essa, concretamente, non può essere facilmente garantita, dando origine ad una sorta di problema senza uscite. Infatti, l'Amministrazione è sì tenuta a dare «informazioni significative sulla logica» utilizzata, ma obbligo «nei casi di algoritmi non deterministici [...] non è strutturalmente assolvibile»¹⁷².

Si deve, altresì, osservare che, alla luce del considerando 63, il diritto di accesso di cui all'art. 15 «non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software». Nonostante ciò, lo stesso considerando specifica che, comunque, ciò non dovrebbe «condurre a un diniego a fornire all'interessato tutte le informazioni».

Eppure, rispetto alla scelta netta della giurisprudenza amministrativa in materia di accessibilità, la quale fa prevalere senza mezzi termini il principio di trasparenza sui diritti di proprietà intellettuale delle imprese produttrici di *software*, le quali ponendosi al servizio dell'autorità pubblica «all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza», si potrebbe provare a formulare una soluzione alternativa meno compressiva dei *trade secret* delle imprese.

Ciò in quanto l'applicazione del principio di trasparenza all'algoritmo cela in sé un paradosso, atteso che se è vero che «aprire le macchine e rimuovere ogni opacità [...] sul modo in cui queste operano riporta naturalmente l'uomo in una posizione di comando», è pur vero dall'altra parte che le macchi-

¹⁶⁹ Sul punto, O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, cit., 591, conformemente alle *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* del WP29 (ora EDPB).

¹⁷⁰ In questo senso J. STEVENS, *Datenqualität bei algorithmischen Entscheidungen*, cit., 79.

¹⁷¹ Cfr. *Conseil constitutionnel*, *Décision n. 2018-765 DC*, 12 giugno 2018.

¹⁷² A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit.





ne sono progettate da soggetti che intendono sfruttare l'asimmetria informativa, in quanto «dall'iniziale opacità intendono trarre un vantaggio economico o di potenza dal loro impiego»¹⁷³. In costanza di un principio di "pubblicità" dell'algoritmo non vi sarebbe, dunque, un beneficio economico considerevole nel progettare algoritmi per la Pubblica Amministrazione e la qualità dei *software* progettati non sarebbe incentivata ad uno sviluppo tecnico, in quanto in contrasto con gli interessi economici delle imprese.

Si profilano, così, due differenti soluzioni per uscire dall'*impasse*: o l'Amministrazione deve diventare in grado di produrre da sé gli algoritmi da utilizzare nei processi decisionali, sviluppando competenze tecnologiche proprie e rinforzando i dipartimenti e l'organico dei dipendenti che si occupano di informatica; oppure – considerando il fatto che procedimento algoritmico, in quanto procedimento amministrativo, deve essere accessibile e contestabile – di deve ricorrere ad una soluzione mediana che permetta di spiegare il processo seguito dalla macchina (la mera "logica" del trattamento) senza svelarne i segreti.

Quest'ultima opzione, in realtà, consentirebbe di venire a capo di vari problemi che sono emersi rispetto all'impiego degli algoritmi nelle decisioni amministrative, in quanto oltre a mantenere riservati i segreti industriali dei produttori di tecnologie, permetterebbe di dare una spiegazione alle "inspiegabili" decisioni della *black box*, nonché di chiarire in modo semplice e diretto agli interessati il perché delle decisioni che li riguardano, dando loro la possibilità di contestarle e impugnarle. Si segnalano in tal senso alcuni metodi di "spiegazione", attraverso i quali accrescere la possibilità di interpretare le singole decisioni prese sulla base dei sistemi di *machine learning*, come il c.d. LIME (*Local Interpretable Model-Agnostic Explanations*), con le sue varianti SPLIME, DLIME o LEAFAGE, in base al quale possono essere evidenziati i fattori principali del processo decisionale originario¹⁷⁴.

Un'altra metodologia potrebbe essere l'adozione di "prove controfattuali" al fine di dare una spiegazione della decisione, senza però entrare nel merito del funzionamento dell'algoritmo¹⁷⁵. Di solito, infatti, si intende la *explanation* come la capacità di capire lo stato interno o la logica di un algoritmo che conduce ad una determinata decisione, mentre invece una spiegazione controfattuale riguarda i fatti esterni che portano alla decisione¹⁷⁶. Data la considerevole complessità del funzionamento degli algoritmi, che alle volte consiste di milioni di variabili, non è facile spiegare il perché di una decisione assunta dalla macchina, né comprenderne la logica interna, contestarla o individuare le responsabili-

¹⁷³ Evidenza il paradosso, insieme la paradosso della "reversibilità" e quello della "responsabilità" G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e Intelligenza Artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, cit., 290.

¹⁷⁴ M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, 34-35

¹⁷⁵ Sulla spiegazione controfattuale vedi S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, reperibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063289.

¹⁷⁶ Cfr. M. BRKAN, G. BONNET, *Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, 35: «From a computational point of view, apart from fixing a desired output, known black-box algorithms to compute counter-factual explanations consist in probing the inputs. For instance, the Growing Sphere method samples the inputs around the input for which a counterfactual explanation must be computed, while Wachter et al. sample the inputs with an optimisation procedure that allow to find a counterfactual explanation which minimises the difference with the input to be explained»; il rinvio è sempre a S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit.





tà. Pertanto, un approccio *end-to-end* potrebbe essere più funzionale: se si “restringe”, infatti, la spiegazione, fornendo un minimo di informazioni relative alla capacità di orientare la decisione, senza dunque richiedere che gli interessati del trattamento comprendano la logica interna del modello, si può mostrare come una determinata decisione sia basata su determinati dati¹⁷⁷.

Ad esempio, in un contesto di algoritmi che concedano prestiti bancari, una spiegazione controfattuale potrebbe essere la seguente: «il mutuo ti è stato negato perché il tuo reddito annuo è di 30.000 €; se, invece, il tuo reddito fosse stato di 45000 €, la banca avrebbe potuto offrirti un mutuo»¹⁷⁸. Come si può notare, la spiegazione non chiarisce la complessa logica utilizzata dalla banca per stabilire a partire da quale soglia di reddito concedere il prestito, ma si limita a dare una spiegazione relativamente al livello di reddito che il soggetto avrebbe dovuto raggiungere al fine di ricevere il mutuo.

Tale potrebbe essere, *mutatis mutandis*, una soluzione per rendere accessibili e, soprattutto, comprensibili anche le decisioni della Pubblica Amministrazione, senza svelare i “segreti” delle macchine¹⁷⁹.

6.3. Altre garanzie previste dal Regolamento n. 2016/679

Pertanto, anche con riferimento all'utilizzo degli algoritmi nell'attività amministrativa, è bene tener presente che vi sono delle ulteriori garanzie previste dal Regolamento UE n. 2016/679. Il Consiglio di Stato, infatti, avrebbe potuto avvalersi di una serie di istituti predisposti dal GDPR al fine di assicurare la correttezza dei trattamenti di dati personali e la tutela dei soggetti interessati.

Proprio al fine di evitare delle eventuali “fallacie della trasparenza” che potrebbero verificarsi, è stato proposto di fare un uso “pieno” del Regolamento al fine di controllare gli algoritmi¹⁸⁰. In particolare, in materia di decisioni basate su procedimenti interamente automatizzati vengono in evidenza anche l'art. 17 del GDPR, concernente il diritto alla cancellazione dei dati (o “diritto all'oblio”)¹⁸¹ e l'art. 20, relativo al diritto alla portabilità dei dati. Inoltre, va considerato che anche per quanto riguarda la progettazione dei trattamenti si devono tenere presenti gli aspetti legati alla salvaguardia della privacy. In effetti, proprio lo sviluppo delle cd. PETs (*Privacy Enhancing Technologies*) rappresenta uno degli approcci considerati più promettenti al fine di “riprogrammare” la privacy, in forza dello sviluppo

¹⁷⁷ WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit., *passim*.

¹⁷⁸ L'esempio è mutuato da quello proposto da S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit., 5, i quali ne ripropongono altri, 11-12.

¹⁷⁹ Sempre S. WACHTER, B. MITTELSTAND, C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, cit., 12 precisa che: «A single counterfactual may show how a decision is based on certain data that is both correct and unable to be altered by the data subject before future decisions, even if other data exist that could be amended for a favourable outcome. This problem could be resolved by offering multiple diverse counterfactual explanations to the data subject».

¹⁸⁰ Approfondisce la questione L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the algorithm? Why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for*, in 16 *Duke Law & Technology Review*, 2017, *passim*.

¹⁸¹ Sul diritto all'oblio sia consentito rimandare a F. LAVIOLA, *Il diritto all'oblio in Italia dalle origini alla “codificazione”*, in *Studi parlamentari e politica costituzionale*, 2018.



delle nuove tecnologie: operazione nell'ambito della quale il Regolamento n. 2016/679 rappresenta la fonte normativa più avanzata¹⁸².

Il GDPR pone, infatti, delle specifiche regole al fine di garantire la *privacy by design* e la *privacy by default*. L'art. 25, infatti, stabilisce 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», il titolare del trattamento deve mettere in atto delle misure tecniche e organizzative che siano adeguate, rivolte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati e ad integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati, «sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso». Tra queste misure sono citate espressamente la pseudonimizzazione e la minimizzazione dei trattamenti. Il par. 2 dell'art. 25 prevede altresì che il titolare predisponga anche le misure tecniche e organizzative adeguate per «garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento», specificando che «tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità» e, in particolare, che tali misure «garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica».

Ancora, si tenga presente che, alla stregua dell'art. 35 del GDPR, «quando un tipo di trattamento, allorché prevede 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 del trattamento deve effettuare una valutazione di impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali (*Data Protection Impact Assessment*, c.d. DPIA). Tale valutazione è espressamente richiesta dalla norma, qualora «una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche», ai sensi del par.2, lett. a) dell'art. 35.

Al dettato dell'art. 35 è legata, inoltre, la disciplina di cui agli artt. 37 e seguenti. Infatti, la norma sulla valutazione d'impatto prevede, altresì, che il titolare del trattamento, allorché svolga una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, si consulti con il responsabile della protezione dei dati, qualora ne sia designato uno.

¹⁸² U. GASSER, *Recoding privacy law: reflections on the future relationship among law, technology, and privacy*, in *Harvard Law Review*, volume 130, 2016, 65, che così continua: «Originally focused on identity protection and technical means to minimize data collection and processing without losing a system's functionality, the scope of PETs and the available instruments have broadened over time to include encryption tools, privacy-preserving analysis techniques, data management tools, and other techniques covering the entire lifecycle of personal data. Starting in the 1990s, PETs as one instrument in the toolbox were put into a larger context by the introduction of Privacy by Design as a "systematic approach to designing any technology that embeds privacy into the underlying specification or architecture." Still remaining a somewhat amorphous approach, Privacy by Design as an umbrella philosophy (as well as certain types of PETs) promotes a means to manage privacy challenges resulting from a wide range of emerging technologies, and has been adopted by law and policymakers on both sides of the Atlantic, with the EU General Data Protection Regulation among the most prominent example».



Con particolare riferimento ai trattamenti in ambito pubblico, è bene, del resto, notare che l'art. 37 del GDPR stabilisce l'obbligo di designare un Responsabile della protezione dei dati (meglio noto come *Data Protection Officer*, abbreviato in DPO) ogniqualvolta «il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali». È al DPO che gli interessati possono rivolgersi per richiedere informazioni sui trattamenti dati che li riguardano e, infatti, i suoi dati di contatto devono essere pubblicati da parte del titolare del trattamento e inclusi nell'informativa.

Infine, si tenga presente che, sia per dimostrare la conformità ai requisiti di *privacy by design* e alla *privacy by default* che, più in generale, con riferimento a una serie di altri aspetti, si può far ricorso alle certificazioni di cui agli artt.42 e 43 del GDPR. Esse, tuttavia, non riducono «la responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento riguardo alla conformità al presente regolamento e lascia impregiudicati i compiti e i poteri delle autorità di controllo competenti», nel quadro di un più ampio principio di *accountability* che permea tutta la disciplina europea in materia di protezione dei dati personali.

7. Conclusioni

La parola *computer* indicava, in origine, una persona preposta a svolgere dei calcoli. Alla fine del XIX secolo il *Civil Service* degli Stati Uniti reclutava dei funzionari che svolgessero le mansioni di *computer*, i quali dimostrassero competenze non solo in algebra, geometria, calcolo logaritmico e trigonometrico, ma anche in ortografia, scrittura, ricopiatura e composizione di lettere¹⁸³. Oggi, invece, la situazione sembra essere rovesciata: le Amministrazioni reclutano *computer* sempre più in grado di svolgere talune mansioni proprie dei funzionari pubblici.

Pertanto, non si può che concludere rimarcando il radicale cambiamento di prospettiva rispetto al problema della “macchina dello Stato”. Se per secoli, infatti, in virtù della complessità della organizzazione statale, dei suoi processi e dei suoi “ingranaggi”, si è utilizzata questa metafora in maniera talvolta quasi spontanea, oggi, al contrario, la questione deve essere letta in maniera invertita: è la macchina, grazie alle possibilità dischiuse dalle nuove tecnologie, che può, in un certo senso, trasformarsi nello Stato.

Si tenga presente, a riguardo, che l'idea di Mondo, di Uomo e di Stato come “macchina” sono dei concetti che risalgono al pensiero filosofico “moderno”¹⁸⁴, le quali hanno, però, implicazioni influenti ancora oggi, soprattutto per quanto concerne le tendenze deterministiche e meccanicistiche sottese a determinati filoni di pensiero. Non si può, del resto, ignorare come anche agli albori dell'Amministrazione italiana vi sia stata una tendenza ad inquadrare, almeno idealmente, il funzio-

¹⁸³ Riporta la vicenda L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit.,105-106.

¹⁸⁴ Sul punto, si veda G. P. BASILE, *Kant et la machine comme métaphore du monde, de l'homme et de l'État*, in P. JESUS, E. LEFORT, M. LEQUAN, D. SARDINHA, *Kant et l'humain. Géographie, psychologie, anthropologie. Atti del 13esimo Congresso internazionale della Société d'études kantienne de langue française*, Parigi, 2020, *passim*. In particolare, il concetto del Mondo come macchina è riferibile al pensiero di Keplero, Cartesio, Newton, nonché di Leibniz e di Wolff; l'idea di Uomo come macchina sempre a Cartesio e a Leibniz; mentre la metafora di Stato come macchina risale al pensiero hobbesiano, così come rilevato anche da C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag, eines politischen Symbols (1938)*, Köln, 1982, 54.



nario pubblico come “macchina”, soprattutto nel contesto dei governi dell’Italia preunitaria, nell’ambito dei quali «si poneva cura a porre negli uffici uomini servili che dividessero le tendenze liberticide dei governanti», dal momento che «si cercavano e si preferivano delle *macchine*, e degli ipocriti, anziché degli uomini franchi, onesti, che sentissero alto il senso della dignità personale»¹⁸⁵. Eppure, già Immanuel Kant aveva sostenuto che l’uomo è «più che una macchina», affermando, invece, l’esistenza di un concetto di libertà trascendentale, scevro da «automatismi spirituali»¹⁸⁶. Ed è proprio attraverso le lenti di tale concetto che occorre rileggere i rapporti tra uomo e macchina, nell’epoca in cui è la macchina che gradualmente si sta “umanizzando”, in particolare, per quanto attiene all’utilizzo dell’AI nella Pubblica amministrazione.

Come si è avuto modo di osservare nelle pagine precedenti, le norme in materia di protezione dei dati personali possono creare delle relazioni più strette e leali tra l’intelligenza umana e l’intelligenza artificiale, riducendo in qualche modo l’attrito creato dalle nuove e crescenti possibilità messe a disposizione dal progresso tecnologico¹⁸⁷. In particolare, con riguardo alla Pubblica amministrazione, si è dimostrato che le disposizioni del GDPR comportano non solo un beneficio per i diritti fondamentali della persona, ma anche per la qualità dell’azione amministrativa. La sentenza n. 8472/2019 del Consiglio di Stato, in ragione di ciò, può essere letta come un lungimirante primo passo verso una riflessione più ampia rispetto all’impiego degli algoritmi nell’Amministrazione, il quale sarà un fenomeno sempre più diffuso e, soprattutto, sempre più complesso negli anni a venire.

Tuttavia, vi è forse qualche aspetto ulteriore da tener presente, sia sotto il profilo dei valori costituzionali, sia sotto quello pratico-amministrativo, che dal punto di vista filosofico. Pertanto, si propongono in conclusione tre osservazioni, attraverso cui tratteggiare degli spunti per rileggere il sempre più simbiotico rapporto tra uomo e macchina.

In primo luogo, occorre notare che si rende sempre più necessario sviluppare una “Algor-etica”, affinché l’azione dell’Intelligenza artificiale sia *human-centered*¹⁸⁸. A riguardo, si tenga presente che per quanto riguarda le decisioni automatizzate sono già state avanzate proposte per l’introduzione di una valutazione di impatto privacy, etico e sociale (*Privacy, Ethical and Social Impact Assessment*, cd. PESIA) che garantisca un’analisi preventiva delle eventuali conseguenze etiche e sociali di determinati processi¹⁸⁹. Tale valutazione dovrebbe prendere in considerazione i valori etici e sociali comuni, «identificabili in modo pacifico nei valori affermati all’interno delle Carte internazionali a tutela dei

¹⁸⁵ Testualmente L. CARPI, *L’Italia vivente. Aristocrazia di nascita e del danaro. Borghesia. Clero. Burocrazia. Studi sociali*, Milano, 1878, 475. Il passo è riportato anche in G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 15, il quale, successivamente, evidenzia a p.27, come anche l’Amministrazione fosse concepita come una macchina, al fine di un’esecuzione meccanica delle direttive politiche.

¹⁸⁶ G. P. BASILE, *Kant et la machine comme métaphore du monde, de l’homme et de l’État*, cit., 49-50.

¹⁸⁷ Cfr. C. TABARRINI, *Comprendere la “Big Mind”: il GDPR sana il divario di intellegibilità uomo-macchina?*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2019, 555 ss.

¹⁸⁸ I principi a cui si fa riferimento si basano su P. BENANTI, *Le macchine sapienti*, cit., il quale, a pp. 113 ss., propone un modello di “cooperazione” tra l’uomo e la macchina basato sulla cognizione sintetica (homo + machina) sapiens; molto interessanti le considerazioni giuridiche svolte in U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del “transumanesimo”*, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2019, 1658.

¹⁸⁹ Relativamente alla PESIA una prospettiva de iure condendo può essere ravvisata in A. MANTELETO, *Il nuovo approccio alla valutazione del rischio nella sicurezza dei dati*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 326 ss; si veda anche A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 816.

diritti e delle libertà fondamentali della persona», ma soprattutto dovrebbe operare anche su un piano concreto, inquadrando i valori della comunità ed esaminando quelli coinvolti nel caso specifico. Ciò, chiaramente, implica che non venga in rilievo soltanto il singolo individuo, ma che si debba considerare l'intero gruppo sociale di appartenenza, in un'ottica in cui venga valorizzata la *group privacy*¹⁹⁰.

Si tenga, comunque, presente che quest'interpretazione *human-centered* è perfettamente coerente con l'impianto della Costituzione italiana, in forza di quello stesso principio personalistico di cui all'art. 2 Cost.¹⁹¹, che rappresenta l'architrave del sistema costituzionale italiano, incentrato sulla «preesistenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella»¹⁹², nonché sulla pari dignità sociale di tutti, enunciata all'art. 3 Cost. Tale idea di persona, alla luce dell'evoluzione causata dagli eventi del XX secolo, ha subito una trasformazione «talmente radicale da sganciarsi dalla sua radice antropologico-naturalistica per attingere il piano dei valori etico-spirituali posti, con essa, al culmine dei valori giuridici: l'individuo è persona totale e come tale è assunto come il più alto valore giuridico-positivo»¹⁹³.

Pertanto, in virtù del principio personalistico e di una lettura dell'art. 13 Cost. che non può essere limitata alla mera tutela della libertà personale fisica, ma che implica invece anche la tutela della libertà interiore e si manifesta come «vero e proprio principio supremo dell'ordinamento»¹⁹⁴, è bene ribadire che l'Amministrazione deve essere al servizio del cittadino e tutta la sua azione deve tendere allo sviluppo e al progresso della persona umana. Dunque, anche nell'auspicabile evoluzione in senso algoritmico dell'attività amministrativa, volta a fornire servizi sempre migliori e più efficienti ai cittadini, devono, quindi, restare fermi i principi e le garanzie previste dalla Costituzione e dalle fonti europee, in particolare dalla Carta di Nizza.

In secondo luogo, occorre forse considerare che l'introduzione di tecnologia di AI nella Pubblica amministrazione dovrebbe seguire un percorso più graduale rispetto a quello messo in atto dal MIUR nel caso dell'immissione in ruolo e della mobilità nazionale dei docenti nell'ambito della "Buona Scuola". Sembrerebbe, infatti, opportuno sostenere che l'applicazione su larga scala dovrebbe essere preceduto da "esperimenti" più limitati. Si potrebbero prevedere, infatti, degli specifici interventi in

¹⁹⁰ La ricostruzione è sempre di A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit., 816., il quale fa riferimento alle *Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data* del Consultative committee of the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data del Consiglio d'Europa. Per quanto riguarda la *group privacy* si rimanda a B. MITTELSTADT, *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, in *Philosophy & Technology*, 2017, 477 ss.; cfr. anche R. TAYLOR, *No Privacy Without Transparency*, in R. LEENES, R. VAN BRAKEL, S. GUTWIRTH, P. DE HERT, *Data Protection and Privacy: The Age of Intelligent Machines*, Oxford, 2017; A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*, in *Computer Law & Security*, 2016.

¹⁹¹ Si ricordi come Giorgio La Pira individuasse in tale articolo il principio che «governa l'architettura di tutto l'edificio costituzionale». Cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente*, Assemblea generale, 5 marzo 1947, 313 ss.

¹⁹² Così Giuseppe Dossetti. Cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente*, I Sottocommissione, 10 settembre 1946, 323 ss.

¹⁹³ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 11-12.

¹⁹⁴ *Ivi*, 24 ss.



determinati settori, nell'ambito dei quali verificare la funzionalità e la sostenibilità di sistemi tecnologici, prima di renderli effettivi per l'intero ordinamento.

Un esempio, in tal senso, potrebbe essere quello giapponese delle *Tokku Special Zone*¹⁹⁵, introdotte già dal 2003 per lo sviluppo e il test pratico dei robot. Tali zone, corrispondenti a municipalità, prefetture e altri enti operanti sul territorio possono presentare un piano per una zona speciale da essi individuata, in cui applicare misure regolatorie preferenziali necessarie alla realizzazione di determinati progetti, i quali devono essere preventivamente approvati dal governo centrale, nonché ricevere l'accordo delle agenzie competenti nei settori interessati dalla regolazione¹⁹⁶. Tra le materie in cui la legge nipponica prevede che possano essere prese queste misure vi è anche l'ambito scolastico, in particolare le regole sulla nomina degli insegnanti e del personale della scuola, la cui retribuzione è corrisposta dalle municipalità.

A riguardo, c'è forse da domandarsi se, *mutatis mutandis*, non sarebbe stato meglio effettuare dei test a livello locale anche in Italia, prima di impiegare gli algoritmi per redigere le graduatorie su scala nazionale. Probabilmente una prova preventiva su scala ridotta, avrebbe permesso all'Amministrazione di evitare la serie di ricorsi scaturiti dal malfunzionamento del *software* adottato¹⁹⁷.

Inoltre, non si può certo ignorare che istituire delle *special zones* per sperimentare soluzioni basate sull'AI e sulla robotica, potrebbe rappresentare un utile volano per favorire la crescita delle aree sottosviluppate del Paese. Del resto, anche le "*tokku zones*" furono originariamente ideate nel contesto giapponese anche per finalità economiche e di sviluppo del territorio.

Infine, si deve tener presente che la macchina resta pure sempre una "protesi intellettuale", la quale modifica sì «il procedimento del comunicare e del conoscere»¹⁹⁸, ma che non può portare ad una so-

¹⁹⁵ Cfr. *amplius* E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale*, cit., 90 ss., la quale riposta che: «La "*Tokku*" *Special Zone for Robotics Empirical Testing and Development (RT special zone)* è avviata in Giappone a partire dal 2003, quando viene istituita presso la Prefettura di Fukuoka. E' a partire da quell'anno che il *Takanishi Laboratory* e l'*Humanoid Robotics Institute* della *Waseda University* hanno condotto numerosi esperimenti all'interno di vari punti della "zona speciale" al fine di valutare l'effettiva e concreta possibilità che robot umanoidi bipedi, la tecnologica specificamente sperimentata in quel contesto) circolassero nello spazio pubblico relazionandosi con le persone presenti e interagendo con le altre tecnologie, non intelligenti, presenti, e soprattutto con utilizzatori umani reali. La valutazione, condotta dal 2004 al 2007, è stata la prima al mondo in ambiente reale. Ed è stata seguita da altre sperimentazioni in altri territori del Giappone. [...] rispetto a chi le tecnologie progetta e produce, peraltro, sembra difficile, se non irragionevole, immaginare che all'ideazione di robot in grado di adattarsi ad ambienti esterni non corrisponda, in fase di sviluppo, una sperimentazione in aree pubbliche: ciò che rifletterebbe una contraddizione tra artefatti tecnici (robot e altre tecnologie di frontiera) e artefatti sociali (il diritto)».

¹⁹⁶ Per approfondire il tema si veda Y. H. WENG, Y. SUGAHARA, K. HASHIMOTO, A. TAKANISHI, *Intersection of "Tokku" Special Zone, Robots, and the Law: A Case Study on Legal Impacts to Humanoid Robots*, in *International Journal of Social Robotics*, 7, 2015.

¹⁹⁷ Sempre E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale*, cit., 90 ss., la quale propone che potrebbe procedersi ad una sperimentazione da: «realizzarsi nello spazio giuridico europeo ipotizzando uno strumento simile alla cooperazione rafforzata attraverso il quale attivare, possibilmente sulla base delle disponibilità manifestate, alcuni Stati europei chiamandoli a introdurre delle sperimentazioni normative sulla materia Robotica e IA per poi verificarne gli effetti in termini di crescita tecnologica e sociale e di incidenza delle controversie eventualmente provocate dalle trasformazioni introdotte».

¹⁹⁸ Testualmente V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 1998, 58.



stituzione vera e propria del funzionario pubblico, ma semmai ad una «nuova figura di pubblico funzionario»¹⁹⁹, dal momento che «l'uomo è divenuto essenzialmente diverso da quello che è stato in tutti i tempi, e non potrebbe tornare indietro senza perdere la sua nuova umanità, che gli è stata conferita dalla cultura informatica di massa»²⁰⁰. Non è dunque possibile attribuire «una qualche soggettività giuridica all'elaboratore elettronico»²⁰¹, ma bisogna confrontarsi con l'integrazione tra l'uomo e la tecnologia.

In proposito, è stato opportunamente osservato che è in corso, in realtà, un cambiamento del «modo di concepire cosa sia un essere umano», non per via di una vera e propria trasformazione biotecnologica del corpo, ma di una «radicale trasformazione del nostro ambiente e degli agenti che vi operano», in una dimensione in cui le ICT si dimostrano sempre più «capaci» degli esseri umani²⁰².

E, tuttavia, come Friedrich Nietzsche a suo tempo evidenziò la matrice umana, «troppo umana»²⁰³, dei valori «sovraumani» dell'uomo, nel contesto odierno, in cui la tecnologia assurge quasi a verità assoluta e si tende a dubitare dell'uomo ma non della macchina, si è, al contrario, nella condizione di dover reclamare un diritto a dubitare invece delle decisioni delle macchine, in virtù della loro origine algoritmica, «troppo algoritmica».

¹⁹⁹ V. FROSINI, *L'informatica e la p. a.*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 484

²⁰⁰ Cfr. sempre V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, cit., 58

²⁰¹ Così secondo L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 12

²⁰² Vedi L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit. 108-109, che a riguardo pone la definizione di *inforg*.

²⁰³ F. NIETZSCHE, *Umano, troppo umano*, Milano, 2016.

«Terminator Scenario?» Intelligenza artificiale nel conflitto armato: *Lethal Autonomous Weapons Systems* e le risposte del diritto internazionale umanitario

Federico Chesini*

«TERMINATOR SCENARIO?» INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL CONFLITTO ARMATO: *LETHAL AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS* E LE RISPOSTE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO

ABSTRACT: Among the many fields of foreseeable application of artificial intelligence, warfare must certainly be included. Operational and economic considerations argue in favor of algorithmic decision-making in said context. This raises a vast number of questions, both ethical and legal, peculiarly relevant to lethal autonomous weapons systems, defined as weapons that can select and engage their targets without human intervention, once activated. This contribution aims to illustrate and address the questions raised by such weapons, ranging from compliance with international humanitarian law to accountability and human dignity, and argues that human control over autonomous weapons can and must be retained.

KEYWORDS: Artificial intelligence; armed conflict; international humanitarian law; autonomous weapons; human control

SOMMARIO: 1. Introduzione e definizioni: per un inquadramento generale – 2. LAWS e regolazione internazionale degli armamenti nel diritto umanitario – 3. La selezione di (legittimi) obiettivi: il regime di *targeting law* – 3.1. Il principio di distinzione – 3.2. Il principio di proporzionalità – 3.3. Il principio di precauzione – 3.4. Il principio di necessità militare – 4. Questioni tecniche e questioni «ontologiche» - 4.1. Responsabilità: ipotesi ed interrogativi – 4.2. Decisione algoritmica e dignità umana – 5. Una possibile soluzione? La prospettiva del controllo umano significativo – 6. Conclusioni.

1. Introduzione e definizioni: per un inquadramento generale

Sembra sempre meno dubbio che l'intelligenza artificiale (*artificial intelligence*, d'ora in poi AI) possa rappresentare una nuova rivoluzione tecnologica per il genere umano, o quanto meno giocare un ruolo essenziale nella stessa. Il suo potenziale applicativo si estende a numerosi settori dell'attività umana: salute, circolazione di veicoli, informazione, sicurezza, traduzione ed amministrazione della giustizia costituiscono solo alcuni degli esempi che potrebbero essere suggeriti al fine di illustrarne la pervasività. In questi ed altri campi, i benefici che l'AI può apportare (ed apporta) all'uomo sembrano indubbi. Ciò specie in considerazione degli sviluppi che le tecniche di apprendimento automatico (*machine learning*), ivi comprese quelle di apprendimento profondo

* Dottore in Giurisprudenza presso il Dipartimento Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento. Mail: federico.chesini-1@alumni.unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



(*deep-learning*), hanno avuto nel corso degli ultimi anni: per cogliere il potenziale delle prospettive da tali innovazioni aperte, basti pensare al *buzz* creato, nel mondo scientifico, dalla notizia della vittoria di un sistema dotato di AI contro uno tra i migliori giocatori al mondo di Go¹.

Al contempo, le innovazioni nel campo dell'AI sollevano importanti questioni di carattere tanto etico, quanto giuridico². In considerazione dei beni giuridici interessati, tali questioni appaiono particolarmente rilevanti nel contesto del conflitto armato. Storicamente, il settore bellico ha sempre attinto risorse dallo sviluppo tecnologico e non sembrano sussistere ragioni per asserire che l'AI possa fare eccezione³. Ciò specie in ragione del fatto che l'allontanamento dell'essere umano dal campo di battaglia sembra costituire un obiettivo di lungo corso nella storia dell'industria militare⁴. Questo in primis al fine di ridurre il numero di caduti, tutelando, almeno parzialmente, la società dalle conseguenze negative del conflitto, ma anche per motivazioni di stampo prettamente utilitaristico: i tempi di reazione degli esseri umani e le variazioni negli stati d'animo cui possono andare soggetti possono compromettere il successo in battaglia⁵; inoltre, essendo gli uomini dotati di autonoma volontà, le loro azioni possono sfociare in episodi di disobbedienza ed ammutinamento⁶. Testimonianza della tendenza all'allontanamento dell'uomo dal teatro degli scontri sembra essere il crescente impiego, negli ultimi anni, di droni e dispositivi a controllo remoto nelle operazioni militari⁷. L'implementazione dell'AI in questo settore potrebbe permettere di compiere un passo ulteriore, in questa prospettiva, consentendo la delegazione, da parte dell'uomo, anche dei processi decisionali. Ciò, è stato argomentato, comporterebbe rilevanti vantaggi operativi: un sistema dotato di AI potrebbe raccogliere e processare informazioni molto più agevolmente e rapidamente rispetto ad un essere umano, risul-

¹ I. ANTONOGLIOU, *et al.*, *Mastering the game of Go with deep neural networks and tree search*, in *Nature*, 529, 2016, 484 ss; la notizia ha causato grande fermento in quanto il gioco di Go era stato precedentemente considerato, a causa della sua complessità e della logica induttiva su cui si fonda, una sfida difficilmente superabile per l'AI, specifica L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze. Intelligenza artificiale contro intelligenza umana*, (trad. di M. NAPPI), Torino, 2018, 26.

² Alcune di queste saranno richiamate e discusse nel corso di questo lavoro, quando rilevanti ai fini dell'oggetto. Per una analisi organica delle stesse si rinvia tuttavia, in maniera puramente esemplificativa, a: C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo speciale, 2019, 101; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2019, 3; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2019, 63; J.S. AZADIAN, G.M. FAHY, *Artificial Intelligence and the Law: Navigating "Known Unknowns"*, in *The Computer & Internet Lawyer*, 35, 2, 2018, 19; G.S. ALI, R. YU, *What's Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers*, in *Legal Information Management*, 19, 1, 2019, 2; W.N. PRICE, *Artificial Intelligence in Health Care: Applications and Legal Issues*, in *The SciTech Lawyer*, 14, 1, 2017, 10.

³ J.S. THURNHER, *Means and Methods of the Future: Autonomous Systems*, in P.A.L. DUCHEINE, F.P.B. OSINGA, M.N. SCHMITT (a cura di), *Targeting: The Challenges of Modern Warfare*, The Hague, 2016, 182.

⁴ E. FUZAYLOVA, *War torts, autonomous weapons systems, and liability: why a limited strict liability tort regime should be implemented*, in *Cardozo Law Review*, 40, 3, 2019, 1335 ss.

⁵ C. HEYNS, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Christof Heyns, del 9 aprile 2013, Human Rights Council, para. 53-54.

⁶ R. FRAU, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, T. SINGER, *Introduction*, in R. FRAU, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, T. SINGER (a cura di), *Dehumanization of warfare: legal implications of new weapon technologies*, Cham, 2018, 3.

⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, *Losing our Humanity. The Case against Killer Robots*, 2012, 6.



tandone un grado di efficienza maggiore ed una netta riduzione nei tempi di reazione⁸. Inoltre, l'automazione potrebbe implicare l'eliminazione di una componente, la comunicazione tra uomo e macchina, particolarmente vulnerabile ad attacchi elettronici e *cyber*⁹, nonché richiedente un non irrilevante carico di lavoro umano. Anche in ragione della riduzione dello stesso, peraltro, sostengono numerosi autori, l'impiego dell'AI nelle operazioni militari comporterebbe un decremento dei costi, specialmente nel lungo periodo¹⁰.

Per le motivazioni sopra accennate, l'applicazione dell'AI al conflitto maggiormente presagibile – nonché più controversa – è rappresentata da armamenti capaci di deliberazioni autonome in merito ai propri obiettivi. La denominazione che, al momento, appare trovare maggior fortuna per tali dispositivi, in quanto adottata in occasione di incontri, svoltisi a Ginevra, fra rappresentanti dei Governi nazionali presso la *United Nations Convention on Certain Conventional Weapons* (UN CCW)¹¹, è quella di *Lethal Autonomous Weapons Systems* (d'ora in poi LAWS). Alcuni autori hanno già indicato i LAWS come la terza grande rivoluzione nel mondo degli armamenti, dopo l'introduzione della polvere da sparo e delle armi nucleari¹². Una prima questione attiene al profilo definitorio: in seno al dibattito sovranazionale, ha suscitato discussioni il lemma «autonomous». Alcuni interpreti hanno affermato che, per essere definito autonomo e, pertanto, rientrare nella categoria dei LAWS, un armamento dovrebbe presentare requisiti piuttosto gravosi, tra cui «situational understanding», «consciousness» e «self-determination»¹³. Requisiti siffatti potrebbero essere posseduti soltanto da una AI *generale*, se non *forte*, capace di replicare forme di intelligenza umana – un traguardo che appare, al momento, distante, se presagibile¹⁴. A tale corrente si contrappone la definizione proposta dal Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR), secondo cui riveste qualifica di LAWS «any weapon system

⁸ Prospettive di automazione del conflitto armato hanno portato, d'altra parte, numerosi autori a sostenere che, in futuro, il campo di battaglia potrebbe divenire un contesto eccessivamente complesso per gli esseri umani, a causa delle limitazioni insite al loro processo decisionale; si veda, ad esempio, C. GRUT, *The Challenge of Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 18, 1, 2013, 8.

⁹ J.S. THURNHER, *Feasible Precautions in Attack and Autonomous Weapons*, in R. FRAU, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, T. SINGER (a cura di), *op. cit.*, 106.

¹⁰ I. BODE, H. HUELSS, *Autonomous weapons systems and changing norms in international relations*, in *Review of International Studies*, 44, 3, 2018, 410.

¹¹ In occasione di tali incontri, tale denominazione ha rappresentato peraltro oggetto di discussione: da più parti si è sostenuto come detta locuzione corra il rischio di delimitare eccessivamente il campo per mezzo dell'aggettivo «lethal», specie in considerazione del fatto che non è il carattere della «letalità», quanto l'uso della forza, ad innescare gli obblighi derivanti dal diritto internazionale. Tuttavia, il termine «lethal» è stato infine riconosciuto come un supplemento puramente convenzionale, privo di finalità esclusive, ed in quanto tale mantenuto; si veda R. ACHESON, *It's time to exercise human control over the CCW*, in *Reaching Critical Will*, 7, 2, CCW Report, del 27 marzo 2019, 2.

¹² D. EDMONDS, *Vindication for Anthropocentrism: The Humanitarian Case for a Preemptive Treaty Ban on Autonomous Weapons*, in *Undergraduate Journal of Politics, Policy and Society*, 1, 1, 2018, 189.

¹³ Posizione assunta dal Ministero della Difesa britannico e dal Joint Air Power Competence Centre (JAPCC) della NATO, come riporta D. AMOROSO, *Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems: A re-appraisal*, in *QIL – Questions of International Law*, <http://www.qil-qdi.org/jus-bello-jus-ad-bellum-arguments-autonomy-weapons-systems-re-appraisal/> (ultima consultazione 31/10/2017).

¹⁴ R. LÓPEZ DE MÁNTARAS, *Towards Artificial Intelligence: advances, challenges and risks*, in *Mètode Science Studies Journal*, 9, 2018, 123-125.



with autonomy in its critical functions. That is, a weapon system that can select (i.e. search for or detect, identify, track, select) and attack (i.e. use force against, neutralize, damage or destroy) targets» in maniera indipendente¹⁵. Nel tentativo di dirimere tale dibattito, un ulteriore filone propone di spostare l'attenzione dall'elemento dell'autonomia verso quello rappresentato dal livello di controllo umano, ricomprendendo tra i LAWS armamenti in grado di «identify and fire on targets without meaningful human intervention»¹⁶. Tale formulazione permette di aggirare il problema di specificare i caratteri dell'«autonomia»; essa, nella sostanza, appare sovrapponibile alla seconda definizione riportata. Questa risulta apprezzabile per la sua attinenza alla realtà concreta degli sviluppi tecnologici nel campo, nonchè per la sua valenza sostanziale: essa non si limita, difatti, a sistemi che, una volta dispiegati ed azionati, non ammettono intervento correttivo umano (secondo una fortunata tripartizione, indicati quali armi c.d. *man-out-of-the-loop*), bensì si estende anche a dispositivi sulle cui deliberazioni l'uomo mantenga un potere di veto (armi c.d. *man-on-the-loop*), riconoscendo che, nel caso in cui l'operatore abbia una facoltà teorica di *override*, ma nella pratica difetti il tempo necessario al suo esercizio, la decisione in merito all'obiettivo sarà da attribuire integralmente all'AI¹⁷. Sono esclusi dalla categoria dei LAWS, invece, i sistemi in grado di selezionare i propri obiettivi, ma necessitanti una autorizzazione umana al fine di aprire il fuoco (armi c.d. *man-in-the-loop*).

Per tali ragioni, la definizione proposta dal CICR sarà adottata ai fini del presente lavoro. Ciò comporta un necessario corollario: il riconoscimento dell'esistenza, già da anni, di sistemi riconducibili alla categoria dei LAWS. Si tratta principalmente di sistemi difensivi, posti, come suggerisce il nome, a presidio di determinati luoghi e programmati per rilevare potenziali minacce e rispondervi autonomamente¹⁸. Ne costituiscono esempi il *Phalanx Close-In Weapon System*, equipaggiato alle navi della Marina statunitense e capace di individuare, tracciare, valutare ed ingaggiare i propri obiettivi¹⁹, ed il *Counter-Rocket, Artillery and Mortar (C-RAM)*, che ne rappresenta sostanzialmente la trasposizione sulla terraferma²⁰; i sistemi *Iron Dome* israeliano e *NBS Mantis* tedesco, dislocati rispettivamente

¹⁵ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC), *Views of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on autonomous weapon systems*, Ginevra, 2016, 1. A tale definizione si allineano altre che sono state avanzate, cfr. UNITED STATES OF AMERICA DEPARTMENT OF DEFENSE DIRECTIVE NO. 3000.09 (Autonomy in Weapon Systems), 2012, Part. II, 13-14; IEEE GLOBAL INITIATIVE ON ETHICS OF AUTONOMOUS AND INTELLIGENT SYSTEMS, *Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems, Version 2*, New York, 2017, 116; WORLD COMMISSION ON THE ETHICS OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE AND TECHNOLOGY (COMEST), *Report of COMEST on Robotics Ethics*, Parigi, 2017, para. 87.

¹⁶ D. AMOROSO, *Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems*, cit.

¹⁷ H. OKORIE, *Autonomization of Weapons and the Principles of Humanitarian Law*, in *Abia state University Law Journal*, 2016, 3.

¹⁸ Si segnala peraltro l'opinione contraria del Parlamento Europeo, espressa in una Risoluzione la quale ha dichiarato che «weapons and weapon systems specifically designed to defend own platforms, forces and populations against highly dynamic threats such as hostile missiles, munitions and aircraft are not considered lethal autonomous weapon systems», cfr. EUROPEAN PARLIAMENT, *European Parliament resolution of 12 September 2018 on autonomous weapon systems*, 2018, para. 6. Peraltro, tale affermazione potrebbe apparire strumentale alla precedente statuizione secondo cui «none of the weapons or weapon systems currently operated by EU forces are lethal autonomous weapon systems».

¹⁹ J.M. BEARD, *Autonomous Weapons and Human Responsibilities*, in *Georgetown Journal of International Law*, 45, 617, 2014, 630.

²⁰ HUMAN RIGHTS WATCH, *Losing our Humanity*, cit., 10.





presso Striscia di Gaza e Penisola del Sinai ed in Afghanistan²¹; ed il *Samsung SGR-1*, robot-sentinella collocato lungo il confine della zona demilitarizzata che separa Corea del Sud e Corea del Nord²². Tali sistemi sembrano godere di un buon grado di accettazione: la loro pericolosità per la popolazione civile appare contenuta in quanto dispositivi statici, programmati per compiere una serie di azioni definite e ripetitive in ambienti tendenzialmente strutturati e prevedibili, in cui è meno verosimile si trovino civili, e diretti tipicamente contro armi (missili, razzi, altri proiettili di artiglieria), non persone²³. Recentemente, tuttavia, ingenti risorse sembrano essere investite nella progettazione e produzione di LAWS aventi finalità offensive, in grado pertanto di lanciare autonomamente un attacco. Tali sistemi appaiono rivestire, al momento, prevalentemente la forma di prototipo: così è, per esemplificare, per lo statunitense *X-47B* ed il britannico *Taranis*, progettati sul modello dei droni ma indipendenti, nello svolgimento di determinate operazioni, dal controllo di un operatore umano²⁴, e per lo statunitense *Sea Hunter*, imbarcazione capace di condurre in autonomia missioni di pattugliamento, localizzare ed ingaggiare sommergibili nemici²⁵. Fa eccezione l'israeliano *Harpy*: descritta come una combinazione tra un velivolo privo di pilota ed un missile da crociera, tale arma è programmata per sorvolare determinate aree, individuare segnali radar, determinare (mediante la consultazione di un *database*) se provengano da obiettivi nemici e, in tal caso, lanciare un attacco, senza necessità di approvazione umana²⁶. Si tratta di un elenco puramente esemplificativo, che sembra testimoniare una tendenza comune: un nuovo orizzonte è stato aperto anche dalla notizia secondo la quale il Gruppo Kalashnikov avrebbe sviluppato un'arma «completamente autonoma», fondata sulla tecnologia delle reti neurali²⁷. Per quanto non si riscontrino conferme della stessa, appare difficile negare che le potenze economiche mondiali stiano destinando rilevanti investimenti nel settore, il che sembra comportare significative implicazioni di carattere geopolitico.

Già questi cenni permettono di afferrare la rilevanza del tema in questione. Come forse lecito aspettarsi, l'argomento si è mostrato estremamente divisivo: numerose voci si sono già espresse in favore di un bando nei confronti dei LAWS e campagne pubbliche sono nate allo scopo; al contempo, altra letteratura enfatizza non solo i vantaggi operativi, sopra brevemente riportati, da tali sistemi promessi, ma anche i benefici che potrebbero derivare dall'implementazione nel conflitto dell'AI in termini umanitari. Gli argomenti spaziano dal rischio di una nuova corsa agli armamenti (potenzialmente coinvolgente anche attori non statali e cellule terroristiche) a quello connesso ad una minore attenzione dell'opinione pubblica nei confronti della guerra, dal venir meno di stati d'umore e sensazioni umane sul campo di battaglia (in accezione tanto positiva, quanto negativa) ad istanze di sicu-

²¹ J.C. ROSSI, *La guerra che verrà: le armi autonome*, in *Sistema Informativo a Schede*, 11, 2016, 7-8.

²² J. KUMAGAI, *A robotic Sentry for Korea's Demilitarized Zone*, in *IEEE Spectrum*, 3, 2007, 16-17.

²³ HEINRICH BÖLL FOUNDATION (a cura di), *Autonomy in Weapon Systems: The Military Application of Artificial Intelligence as a Litmus Test for Germany's New Foreign and Security Policy*, in *Publication Series on Democracy*, 49, 21.

²⁴ HUMAN RIGHTS WATCH, *Losing our Humanity*, cit., 16-17.

²⁵ G. LUCAS, R. SPARROW, *When robots rule the waves?*, in *Naval War College Review*, 69, 4, 2016, 53-54.

²⁶ N.E. SHARKEY, *The inevitability of autonomous robot warfare*, in *International Review of the Red Cross*, 94, 886, 2012, 788.

²⁷ R. HARIDY, *Kalashnikov's new autonomous weapons and the "Terminator conundrum"*, in *New Atlas*, <https://newatlas.com/kalashnikov-ai-weapon-terminator-conundrum/50576/> (ultima consultazione 21/07/2017).



rezza. Nel contesto di tale dibattito, il diritto non sembra poter esimersi dal prendere posizione in merito.

Questo lavoro, pertanto, cercherà di interrogarsi in merito alla conformità dei LAWS alla luce della branca del diritto internazionale che regola la conduzione delle ostilità – il diritto umanitario. Oggetto del secondo e del terzo paragrafo saranno le questioni che i principi fondamentali di tale corpo di diritto pongono ad armamenti dotati di autonomia. Si rivela a questo punto necessaria una premessa metodologica: sussiste una *summa divisio*, all'interno del diritto umanitario, tra conflitti armati internazionali (*international armed conflicts*, o IAC) e conflitti armati di carattere non-internazionale (*non-international armed conflicts*, NIAC). Solamente i primi vedono contrapposti (almeno) due Stati sovrani. Tale dicotomia si riflette nell'ordinamento giuridico internazionale: IACs e NIACs sono soggetti a regimi distinti, i cui caratteri fondamentali sono contenuti, rispettivamente, nel I e nel II Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra. I principi che saranno affrontati nel secondo e nel terzo paragrafo del presente lavoro, tuttavia, quantomeno nel loro nucleo fondamentale, sono assurti a norme di diritto internazionale consuetudinario, applicabili a qualsiasi genere di conflitto²⁸. Pertanto, anche per ragioni di spazio, la trattazione sarà nel presente lavoro univoca – seppur mai dimentica della fondamentale distinzione riportata, che sarà richiamata quando rilevante. Dopo aver argomentato che gli obblighi di diritto umanitario non postulano una incompatibilità assoluta, in astratto, per i LAWS, nel quarto paragrafo si tenterà di analizzare alcune questioni che si definiranno «ontologiche» in merito al rapporto fra LAWS e diritto internazionale. Infine, si cercherà di interrogarsi circa possibilità (ed opportunità) di individuare una soluzione alle stesse mediante il concetto – emerso, in seno alla UN CCW, nel dibattito sovranazionale – di controllo umano; e, conseguentemente, di incentrare attorno ad esso una regolazione della materia, tanto *de iure condito* quanto, soprattutto, *de iure condendo*.

2. LAWS e regolazione internazionale degli armamenti nel diritto umanitario

Affermare che i LAWS possano trovare disciplina in un solo ambito del diritto sembra eccessivamente limitante. L'implementazione dell'AI nelle operazioni militari può avere rilevanza per varie branche del diritto internazionale, nei confini dei rispettivi ambiti di applicazione (diritto internazionale dei diritti umani, diritto del mare, diritto aerospaziale, diritto penale internazionale)²⁹, né sembra scevra da implicazioni di carattere costituzionale³⁰. In ogni caso, l'ambito che appare interessato in maniera più

²⁸ Aderisce a tale interpretazione assolutamente maggioritaria lo studio commissionato dal Comitato Internazionale della Croce Rossa sull'estensione del diritto umanitario consuetudinario, cfr. ICRC (a cura di L. DOSWALD-BECK, J. HENCKAERTS), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005, Rules 1, 7, 11, 14, 15, 70, 71.

²⁹ R. CROTOF, *The Varied Law of Autonomous Weapon Systems*, in P.D. SCHARRE, A.P. WILLIAMS (a cura di), *Autonomous Systems: Issues for Defence Policymakers*, Norfolk (Virginia), 2015, 107-115.

³⁰ Tra le più rilevanti appare il rischio di una diminuzione del controllo democratico sulla guerra. Come sopra accennato, la riduzione dell'attenzione dell'opinione pubblica sul tema costituisce una possibile conseguenza dell'impiego di LAWS. Qualora il costo di un conflitto per l'attaccante, in termini di vite umane, diminuisse radicalmente, la sensibilità sociale sul tema potrebbe sperimentare un netto decremento e la decisione in merito all'entrata in guerra assumere il carattere di una determinazione meramente tecnica ed economica, con conseguente disincentivo al controllo delle assemblee rappresentative nei confronti dell'esecutivo, in



diretta dalla novità portata dai LAWS – e che appare meglio in grado di fornire una visione sistematica – è rappresentato dal diritto internazionale umanitario³¹. Esso rappresenta la branca del diritto internazionale pubblico composta dai principi e dalle norme che disciplinano la conduzione delle ostilità una volta che un conflitto ha avuto inizio. Al suo interno, particolare rilievo assume, per il tema in oggetto, il ramo relativo alla selezione degli armamenti.

In qualsiasi conflitto armato, il diritto delle parti belligeranti di scegliere mezzi e metodi di guerra non è illimitato³². Alla necessità di garantire l'effettività di tale principio risponde l'art. 36 del I Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra: «[i]n the study, development, acquisition or adoption of a new weapon, means or method of warfare, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party³³».

La valutazione imposta dalla norma menzionata non è soggetta a modelli predefiniti o a soluzioni *one-size-fits-all*³⁴, deve essere condotta in momenti diversi e susseguenti del processo di sviluppo della nuova arma, deve determinare qualora l'impiego dell'armamento sarà legittimo «in some or all circumstances» e assume quale parametro qualsiasi norma di diritto internazionale ad esso applicabile³⁵. Al netto delle norme convenzionali che determinano limitazioni e divieti rivolti a specifiche armi, sussistono in proposito alcune regole rivestenti carattere generale.

Prima tra esse è costituita dal divieto di armamenti i quali, ad una valutazione *ex ante*, possano causare sofferenze non necessarie (al raggiungimento degli obiettivi militari)³⁶. Di conseguenza, non sono proibite *per se* armi che possono arrecare danni particolarmente gravi, persino «horrendous», né armi che non lasciano possibilità di sopravvivenza³⁷, bensì quelle che provocano sofferenze eccessive rispetto a quelle, per così dire, *inevitabili* per il raggiungimento degli scopi bellici³⁸. Sono altresì vietati gli armamenti «which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and

controtendenza rispetto ai dogmi del costituzionalismo moderno. Purtroppo difetta lo spazio per approfondire la questione, che appare di indubbia rilevanza; si rinvia pertanto a D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *The Ethical and Legal Case Against Autonomy in Weapons Systems*, in *Global Jurist*, 18, 1, 2018.

³¹ Ciò sembra essere emerso con evidenza anche negli incontri di Ginevra presso la UN CCW, cfr. GROUP OF GOVERNMENTAL EXPERTS ON EMERGING TECHNOLOGIES IN THE AREA OF LETHAL AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS (GGE ON LAWS), *Draft Report of the 2019 session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems*, Ginevra, 2019, para. 16. Da un punto di vista puramente terminologico, alcuni autori hanno preferito, alla locuzione «diritto internazionale umanitario», espressioni differenti, quali la più tradizionale «ius in bello» ovvero «diritto internazionale dei conflitti armati». In ogni caso, resta ferma la valenza sinonimica fra di esse, che risultano dunque intercambiabili, cfr. Y. DINSTEIN, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, 2016, 20.

³² *Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali* (d'ora in poi I Protocollo Aggiuntivo), 1977, art. 35(1).

³³ I Protocollo Aggiuntivo, art. 36.

³⁴ G. SOLIS, *The law of armed conflict: international humanitarian law in war*, New York, 2016, 752.

³⁵ D. AKERSON, *The Illegality of Offensive Lethal Autonomy*, in D. SAXON (a cura di), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Leiden, 2013, 95.

³⁶ I Protocollo Aggiuntivo, art. 35(2).

³⁷ Y. DINSTEIN, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, cit., 74-75.

³⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, in *I.C.J. Reports 1996*, dell'8 luglio 1996, para. 78.



severe damage» all'ambiente naturale³⁹. Anche in tal caso, la valutazione è da effettuarsi a priori e il triplice requisito, la cui formulazione già di per sé sembra imporre una soglia piuttosto alta, deve essere integrato cumulativamente⁴⁰. Questi due divieti non sembrano rilevare, con riferimento ai LAWS: l'elemento di novità da questi ultimi apportato concerne le modalità d'ingaggio, mentre le disposizioni appena accennate appaiono relative agli effetti cui l'impiego di un'arma può dare vita⁴¹. La differenza fondamentale tra LAWS ed altri armamenti risiede nella loro autonomia, non nel livello di sofferenze o nel tipo di danno che possano infliggere: i divieti in questione potranno riguardare le munizioni con cui un sistema autonomo sia equipaggiato, ma non i LAWS quale categoria generale⁴². Discorso parzialmente diverso va effettuato per il terzo divieto di carattere generale, ossia la proibizione di armi indiscriminate (talora rubricate *blind weapons*). Esse sono definite quali mezzi di combattimento che non possono essere diretti contro obiettivi militari, ovvero i cui effetti non possono essere limitati come richiesto dalle norme rilevanti⁴³. Il diritto umanitario conosce solo definizioni negative per civili ed oggetti civili, costruite sulle nozioni di combattenti ed obiettivi militari⁴⁴. Questi ultimi sono indicati quali gli oggetti che, per natura, collocazione, finalità o uso, offrono un effettivo contributo all'azione bellica e la cui cattura, distruzione o neutralizzazione fornisce, nelle circostanze del caso concreto, un vantaggio militare *definito*⁴⁵. Gli attributi che possono rendere tale un legittimo obiettivo militare palesano la natura dinamica e relativa di questo concetto nel contesto del conflitto armato⁴⁶. Uno stesso oggetto, in momenti differenti, può rappresentare un oggetto civile o un obiettivo militare. Questa apertura interpretativa, inevitabilmente, si ripercuote sull'individuazione degli stessi oggetti civili, proponendo quesiti non sempre di immediata soluzione a chi debba giudicare la legittimità dell'obiettivo di un attacco⁴⁷. Se tali quesiti possano trovare adeguata risposta da parte di un sistema dotato di AI è un interrogativo su cui difetta unanimità di vedute. Difatti, parte della letteratura sostiene che il divieto di armi indiscriminate poggi sulla necessaria premessa di un effettivo

³⁹ I Protocollo Aggiuntivo, art. 35(3).

⁴⁰ Per tale ragione, la previsione in questione sembra avere scarsa rilevanza pratica nella tutela dell'ambiente: la norma, difatti, sembra ricomprendere solo casi di danni ambientali estremamente significativi, scolastici o quasi, tali probabilmente da non lasciare dubbio alcuno quanto alla illegittimità dell'arma impiegata, cfr. S. VÖNEKY, R. WOLFRUM, *Environment, Protection in Armed Conflict*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, New York, 2016, para. 27-29. Va inoltre segnalato come spesso la completa estensione degli effetti di un'arma sull'ambiente può diventare apparente solo in maniera graduale, rischiando di essere, quasi inevitabilmente, ignorata da una valutazione *ex ante*, cfr. D. CONSTANTIN, J. HENCKAERTS, *Protection of the Natural Environment*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, 479.

⁴¹ M.N. SCHMITT, *Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics*, in *Harvard National Security Journal Features*, <https://harvardnsj.org/2013/02/autonomous-weapon-systems-and-internationalhumanitarian-law-a-reply-to-the-critics/> (ultima consultazione 05/02/2013).

⁴² H. OKORIE, *op. cit.*, 7.

⁴³ I Protocollo Aggiuntivo, art. 51(4)(b), 51(4)(c).

⁴⁴ I Protocollo Aggiuntivo, art. 50(1), 52(1).

⁴⁵ I Protocollo Aggiuntivo, art. 52(2).

⁴⁶ M. WAGNER, *Autonomy in the Battlespace: Independently operating Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, in D. SAXON (a cura di), *op. cit.*, 112.

⁴⁷ G. NOLL, *Sacrificial Violence and Targeting in International Humanitarian Law*, in O. ENGDahl, P. WRANGE (a cura di), *Law at war: the law as it was and the law as it should be, liber amicorum Ove Bring*, Leiden, 2008, 212.



controllo dell'uomo sugli armamenti che utilizza⁴⁸: solo un essere umano potrebbe affidabilmente «dirigere» un'arma contro un obiettivo militare e garantire che i suoi effetti siano adeguatamente limitati. Tuttavia, il diritto umanitario non sembra imporre questo elemento umano, fintantoché il requisito imposto dalla disposizione in analisi possa essere soddisfatto⁴⁹: ove ad un LAWS siano forniti dati sufficientemente precisi ed attendibili, pare difficile che esso non possa essere diretto *in alcun caso* (come l'assolutezza del divieto sembra suggerire) contro un obiettivo militare. Peraltro, vi è chi si è spinto oltre, sostenendo che, anche qualora si rivelasse completamente incapace di distinguere fra civili e combattenti, oggetti civili ed obiettivi militari, un LAWS non sarebbe comunque *per se* illegittimo, allorché fosse impiegato in contesti in cui non sia possibile rinvenire civili ed oggetti civili (ad esempio, nella guerra sottomarina o in ambienti desertici)⁵⁰.

3. La selezione di (legittimi) obiettivi: il regime di *targeting law*

Assumendo l'angolo prospettico fornito dalle regole relative agli armamenti, dunque, non sembrano potersi inferire argomenti contrari alla compatibilità dei LAWS con il diritto umanitario. Si rivela tuttavia doveroso estendere il campo di analisi ad un altro ambito: nel caso in cui l'essere umano sia esautorato dalle decisioni più rilevanti nell'utilizzo di un'arma, appare necessario un criterio di legittimità addizionale. Il diritto umanitario contiene una serie di principi e regole che determinano la liceità di uno specifico attacco, disciplinando le operazioni di selezione degli obiettivi. Dove un'arma assuma su di sé tale scelta, nonché quella relativa all'ingaggio, una *legal review* quale quella imposta dall'art. 36 del I Protocollo Aggiuntivo deve accertare anche che essa sia in grado di conformarsi agli stessi⁵¹.

3.1. Il principio di distinzione

La *regola aurea*, in materia, è costituita dal principio di distinzione, fondamentale al punto da non ammettere in alcun caso deroghe in nome di istanze di necessità militare⁵². Esso prescrive che, «in ogni momento», i belligeranti debbano distinguere tra civili (ed oggetti civili) e combattenti (ed obiettivi militari)⁵³. Da tale statuizione discendono, per quanto qui interessa⁵⁴, i divieti di attacchi che non

⁴⁸ T. CHENGETA, *Defining the Emerging Notion of 'Meaningful Human Control' in Autonomous Weapon Systems*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 49, 3, 2017, 843-844. L'autore porta a dimostrazione della propria tesi il bando, ad opera della Convenzione di Ottawa, di mine antiuomo, armi i cui comportamento e obiettivi non potrebbero essere predetti al momento del sotterramento, salvo il caso di sorveglianza umana sull'area minata ed azionamento a distanza. Peraltro, il Preambolo della stessa Convenzione cita, a sostegno di tale bando, il divieto di sofferenze non necessarie ed il principio di distinzione, non la proibizione di armi indiscriminate, cfr. *Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction*, Ottawa, del 3 dicembre 1997, Preamble.

⁴⁹ J.S. THURNHER, *Means and Methods of the Future*, cit., in P.A.L. DUCHEINE, F.P.B. OSINGA, M.N. SCHMITT (a cura di), *op. cit.*, 186.

⁵⁰ M.N. SCHMITT, *op. cit.*, 11.

⁵¹ W.H. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2016, 348-349.

⁵² G. SOLIS, *op. cit.*, 271.

⁵³ *I Protocollo Aggiuntivo*, art. 48.

⁵⁴ Ulteriore corollario del principio di distinzione è costituito dal divieto di atti e minacce di violenza la cui finalità primaria sia diffondere il terrore tra la popolazione civile: è evidente che un sistema programmato per



siano diretti contro obiettivi militari ovvero indiscriminati, ossia quando caratterizzati da disinteresse (o incapacità) dell'attaccante di rivolgerli verso obiettivi militari⁵⁵. Ad un primo sguardo, una questione binaria, quale quella posta dal principio di distinzione, può apparire particolarmente confacente ad un algoritmo. Tuttavia, l'affermazione della binarietà della stessa può apparire ingannevole: come sopra riportato, il diritto umanitario accoglie una definizione meramente negativa per i concetti di «civile» ed «oggetto civile» e ciò sembra rendere impossibile una *codificazione* degli stessi che possa offrire ad un LAWS criteri di valutazione adeguati⁵⁶. Inoltre, la già segnalata natura dinamica e mutevole degli obiettivi militari impone uno scrutinio discrezionale e *contestuale* per stabilire la liceità di un determinato bersaglio: tale valutazione appare più adeguata all'intelligenza umana che a quella artificiale⁵⁷, manchevole di buon senso, nonché nei campi di percezione del contesto e della rilevanza⁵⁸. Ciò sembra particolarmente rilevante alla luce delle forme di conflitto statisticamente più frequenti in età contemporanea, tendenzialmente combattute tra potenze belliche e singoli gruppi armati e, dunque, connotate da una asimmetria crescente, la cui conseguenza è il largo impiego delle tattiche della guerriglia⁵⁹: i combattenti finiscono così spesso per impiegare scudi umani e nascondersi tra i civili, evitando di indossare uniformi ed insegne ed occultando qualsiasi altro elemento distintivo. In considerazione di ciò, pare oggi doversi richiedere una *situational awareness* ulteriormente rafforzata⁶⁰: i LAWS, incapaci, per definizione, di empatia, risulterebbero svantaggiati dalla loro minore capacità di riconoscere intenzioni e stati emotivi umani e di distinguere tra reali e simulati⁶¹. Molto si è dibattuto – e si dibatte – in merito alla mancanza di emotività nei LAWS. Mentre alcuni autori sottolineano che empatia e compassione possono contribuire a salvare vite, altri richiamano invece l'attenzione sul difetto, nell'AI, di sensazioni, per così dire, *negative*: un LAWS non avrebbe reazioni istintive⁶², non sarebbe soggetto a stress, ansia o altre variazioni psicologiche che possono comportare violazioni del diritto⁶³, né agirebbe spinto da paura, odio, sete di sangue, desiderio di vendetta o pulsioni inconsce⁶⁴. Di certo, tuttavia, la mancanza di empatia pare rilevante anche per un ulte-

effettuare questo tipo di operazioni sarebbe certamente illecito. Inoltre, dal principio in questione discende anche l'obbligo di non «offuscare» la distinzione, ad esempio collocando installazioni militari in aree densamente popolate, cfr. E. CRAWFORD, A. PERT, *International Humanitarian Law*, Cambridge, 2015, 43.

⁵⁵ Y. DINSTEIN, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, cit., 146.

⁵⁶ N.E. SHARKEY, *op. cit.*, 789.

⁵⁷ C. GRUT, *op. cit.*, 11.

⁵⁸ È stato affermato che questi caratteri potrebbero costituire l'ostacolo maggiore alla realizzazione di una AI generale «human-like», cfr. M. BODEN, *Artificial Intelligence: a very short introduction*, Oxford, 2018, 136-137; analogamente, si vedano anche L.J. CROCKETT, *The Turing Test and the Frame Problem: AI's mistaken understanding of intelligence*, Norwood (New Jersey), 1994, 62-65; R. LÓPEZ DE MÁNTARAS, *Towards Artificial Intelligence*, cit., 123.

⁵⁹ J. CROWE, K. WESTON-SCHUEBER, *Principles of International Humanitarian Law*, Cheltenham, 2013, 41-43; S.C. NEFF, *War and the law of nations: a general history*, Cambridge, 2008, 357-358; C.M. CHINKIN, M. KALDOR, *International Law and new wars*, Cambridge, 2017, 322.

⁶⁰ HEINRICH BÖLL FOUNDATION (a cura di), *op. cit.*, 24.

⁶¹ HUMAN RIGHTS WATCH, *Losing our Humanity*, cit., 31-32.

⁶² W.H. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, cit., 250.

⁶³ S. HAINES, *The Developing Law of Weapons: Humanity, Distinction, and Precautions in Attack*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *op. cit.*, 293.

⁶⁴ M. SASSÒLI, *Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified*, in *International Law Studies*, 90, 1, 2014, 310.



riore profilo del principio di distinzione: secondo lo stesso, difatti, i civili non possono mai essere oggetto di un attacco diretto, salvo il caso in cui (e solo per il lasso di tempo in cui) essi partecipino direttamente alle ostilità. La nozione di *direct participation* non riceve una definizione vincolante dal diritto umanitario: tale non è la guida ermeneutica fornita dal CICR, la quale, pur dotata di autorevolezza⁶⁵, ne riflette puramente le opinioni istituzionali. La valutazione in merito, di conseguenza, non può che essere effettuata nel caso concreto ed in maniera contestuale, mediante lettura ed interpretazione delle intenzioni del civile supposto partecipante alle ostilità⁶⁶.

Dall'altro lato, è stato affermato che i critici dei LAWS non sarebbero in grado di apprezzare adeguatamente la rilevanza del contesto di impiego: le capacità dei sistemi e le soglie di ammissibilità degli stessi devono essere, difatti, parametrize all'ambiente in cui saranno utilizzati⁶⁷. Così, in contesti privi di civili ed oggetti civili (quali quelli già accennati discorrendo di armi indiscriminate), un LAWS potrebbe superare il test di distinzione pur fornendo, in ipotesi, un basso (o addirittura nullo) livello di affidabilità⁶⁸. Pertanto, il principio di distinzione non sembra, da solo, poter giustificare una affermazione di incompatibilità dei LAWS con il diritto internazionale. Oltretutto, al di fuori da tali contesti, sono state avanzate argomentazioni e soluzioni alternative per garantirne la conformità al principio di distinzione. È stato sottolineato, in particolare, come tali sistemi, al contrario dei soldati umani, non sarebbero condizionati da necessità di auto-conservazione e pertanto potrebbero essere programmati per attendere più a lungo prima di ingaggiare i propri obiettivi, assumendo un grado di rischio più elevato per dissipare eventuali dubbi⁶⁹. Altri autori, inoltre, propongono di consentire ai LAWS di attaccare solo altri *weapons systems*⁷⁰, ovvero solo oggetti che possono *sempre* essere considerati obiettivi militari (obiettivi militari «per natura»)⁷¹. Questione successiva è se tale soluzione possa rivelarsi conforme al principio di proporzionalità.

⁶⁵ Ciò pare riconosciuto anche da alcune voci critiche della guida stessa, cfr. N. MELZER, *The principle of distinction between civilians and combatants*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *op. cit.*, 324-325.

⁶⁶ Qualora la definizione fornita dal Comitato Internazionale della Croce Rossa fosse adottata quale vincolante, il grado di complessità della valutazione potrebbe essere inferiore, in ragione del fatto che i requisiti da essa indicati (raggiungimento di un determinato livello di danno, sussistenza di un nesso causale sufficiente, obiettiva designazione dell'atto alla provocazione di quel danno) sembrano cercare una oggettività, cfr. ICRC, *Interpretative Guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Ginevra, 2009, 47-64. Peraltro, questi stessi requisiti non appaiono agevolmente convertibili in istruzioni che possano essere trasferite all'interno di un algoritmo, cfr. M. SASSÒLI, *op. cit.*, 328. La complessità della valutazione è ulteriormente inasprita dalla necessità di distinguere, nei NIACs, tra civili direttamente partecipanti alle ostilità e che svolgano *continuous combat function*: questi ultimi sono coinvolti nei gruppi armati parte del conflitto in maniera continuativa, partecipando anche alla fase preparatoria – ovvero comunque antecedente – alle operazioni militari, pertanto la protezione di cui godono è ulteriormente deteriore. Tali soggetti, difatti, potranno costituire legittimo obiettivo militare anche prima di compiere atti ostili, cfr. CRC, *op. cit.*, 33-36. Come un sistema dotato di AI potrà discernere *direct participation* e *continuous combat function* appare questione di difficile risposta.

⁶⁷ K. ANDERSON, D. REISNER, M. WAXMAN, *Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems*, in *International Law Studies*, 90, 2014, 401.

⁶⁸ H. OKORIE, *op. cit.*, 10.

⁶⁹ C. HEYNS, *op. cit.*, para. 69.

⁷⁰ C. GRUT, *op. cit.*, 12.

⁷¹ M. SASSÒLI, *op. cit.*, 327.

3.2. Il principio di proporzionalità

L'individuazione di un legittimo obiettivo militare non è conclusiva del processo di selezione degli obiettivi. Gli obblighi dell'attaccante si estendono, difatti, alla valutazione degli effetti indiretti che l'offensiva potrà avere nei confronti di civili ed oggetti civili. In ciò si esplica il principio di proporzionalità, il quale richiede che il danno collaterale ragionevolmente attendibile quale conseguenza di un attacco non sia eccessivo rispetto al vantaggio militare che ci si prefigge di ottenere con lo stesso⁷².

Il principio di proporzionalità è stato descritto quale una delle regole più complesse del diritto internazionale umanitario⁷³. La valutazione da esso imposta deve essere effettuata *ex ante*, con riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto: di conseguenza, si rivela inerentemente contestuale e qualitativa⁷⁴, nonché parametrata su uno standard soggettivo di ragionevolezza⁷⁵. Questi caratteri sembrano allontanare tale scrutinio dalla portata persino dello stato dell'arte nel campo dell'AI. Peraltro, da più parti si è affermato come l'elemento del danno collaterale attendibile possa essere computato da un LAWS: per quanto non sia affatto certo che questa componente si limiti ai danni *materiali* sofferti da civili ed oggetti civili⁷⁶, ciò nondimeno la sua valutazione appare almeno prevalentemente quantitativa e modelli e *software* appositi (tra cui il c.d. CDEM, *Collateral Damage Estimate Methodology*) risultano già esistenti⁷⁷. Analogo discorso, invece, non può essere fatto con riferimento al vantaggio militare attendibile: difettano, difatti, criteri obiettivi per il suo apprezzamento, suscettibile a mutamenti sulla base di considerazioni strategiche tanto di lungo periodo, quanto contingenti. La valutazione di tale elemento deve dunque essere continuativa, ininterrotta, e può variare in ogni momento in base alle decisioni del comandante e agli sviluppi nel contesto del campo di battaglia⁷⁸. La componente di discrezionalità umana, in questo, non appare agevolmente eliminabile.

Peraltro, non va ignorato come il principio di proporzionalità richieda che il danno collaterale prevedibile non sia *eccessivo* rispetto al vantaggio militare atteso: pertanto si avrà una violazione dello stesso nel solo caso di netto squilibrio tra gli interessi in gioco⁷⁹. Tale considerazione potrebbe mitigare il rigore della valutazione da imporsi ai LAWS. Tuttavia, sussiste un ulteriore elemento di complessità: il principio di proporzionalità sembra esigere una comparazione tra «mele e arance»⁸⁰. In altri termini, danno collaterale e vantaggio militare costituiscono valori di diversa natura, non possiedono unità di misura comuni e non sembrano potersi sottoporre ad un confronto «matematizzabile» o codificabile. Tale bilanciamento non dispone, né potrebbe disporre, di parametri predeterminati, essendo in gioco il bene giuridico più rilevante, la vita, e rendendo ciò inaccettabili valutazioni puramente quantitative⁸¹. Ciò sembra riconosciuto anche dal diritto umanitario stesso, che nega la possi-

⁷² I Protocollo Aggiuntivo, art. 51(5)(b), 57(2)(b).

⁷³ HUMAN RIGHTS WATCH, *Losing our Humanity*, cit., 32.

⁷⁴ E. CRAWFORD, A. PERT, *op. cit.*, 175.

⁷⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY), *Prosecutor v Galić*, Trial Chamber Judgment, del 5 dicembre 2003, para. 58.

⁷⁶ WORLD COMMISSION ON THE ETHICS OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE AND TECHNOLOGY (COMEST), *op. cit.*, para. 73.

⁷⁷ G. SOLIS, *op. cit.*, 540.

⁷⁸ D. AKERSON, *op. cit.*, in D. SAXON (a cura di), *op. cit.*, 84; H. OKORIE, *op. cit.*, 16.

⁷⁹ R. KOLB, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham (Regno Unito), 2014, 172.

⁸⁰ K. ANDERSON, D. REISNER, M. WAXMAN, *op. cit.*, 403.

⁸¹ A. D'ALOIA, *op. cit.*, 14.

bilità di valutazioni «standardizzate» della vita umana nell'applicazione del principio di proporzionalità (ad esempio, la vita di un adulto e di un bambino potrebbero ricevere considerazione parzialmente differente)⁸². Questo solleva un tema ulteriore: tra le questioni poste dall'AI alla sfera giuridica vi è quella relativa al c.d. *bias*. Lunghi da promesse di assolute imparzialità e neutralità, l'esito delle deliberazioni di un sistema dotato di AI può derivare da, e persino rafforzare, pregiudizi e preconcetti insiti agli algoritmi ed ai dati di *input*⁸³. Una questione che non ci si può esimere dal porsi, dunque, è se un LAWS potrebbe assegnare un minor «valore» a determinati soggetti, attribuendo loro meno «peso» nel giudizio di proporzionalità, a causa di differenze, ad esempio, di razza o genere.

Anche le voci più favorevoli ai LAWS sembrano concordare sulla difficoltà, per essi, di conformarsi al principio in esame; tuttavia, non appaiono condividere l'opinione secondo cui ciò ne implicherebbe la mancanza di conformità con il diritto umanitario. In primo luogo, è stata sottolineata anche con riferimento al principio di proporzionalità la rilevanza del contesto di impiego: in ambienti nei quali non si rinvergono civili o oggetti civili, non essendo possibile aversi danno collaterale, la regola non potrà che essere rispettata⁸⁴. In contesti connotati da un più elevato grado di rischio, alcuni autori hanno suggerito che la mancanza di informazioni rilevanti ai fini del vaglio di proporzionalità dovrebbe condurre ad un veto o ad una richiesta di intervento umano⁸⁵ – per quanto, in tal caso, secondo la definizione adottata in questo elaborato, non è certo si avrebbe un autentico LAWS. Altri sostengono la necessità, nelle fasi di progettazione e sviluppo, di imporre su tali sistemi correttivi quali limitazioni nel tempo e nello spazio agli attacchi, allo scopo di ridurre il rischio di danni collaterali⁸⁶: vi è chi ritiene che tali correttivi dovrebbero spingersi sino alla programmazione anticipata dei valori massimi di danno collaterale accettabile in diverse situazioni⁸⁷. Tali valori potrebbero essere impostati in maniera conservativa, fermo che i LAWS non sarebbero mossi da istinto di sopravvivenza e, dunque, come

⁸² Y. DINSTEIN, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, cit., 159-160.

⁸³ Alcuni autori hanno difatti segnalato come, con l'utilizzo dei sistemi di AI, pregiudizi non scompaiono, ma vengono «camuffati»: tanto i parametri presi in considerazione, quanto i dati forniti, possono avere connotazioni tali da sfavorire, statisticamente, determinate categorie sociali, cfr. C. O'NEIL, *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, Londra, 2016, 7-10. Casi di *bias* sono già stati registrati in vari settori: nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, uno studio ha dimostrato che il software COMPAS, impiegato per la stima di pericolosità sociale e rischio di recidiva degli imputati e portato all'attenzione pubblica dal caso *Loomis v. Wisconsin*, soffriva di un margine di errore pari a circa il 30%, mostrando una probabilità doppia di determinazioni erranee di alto rischio di recidiva nel caso di imputati di colore, cfr. M. ANNEROTH, et al., *Sustainable AI: An inventory of the state of knowledge of ethical, social, and legal challenges related to artificial intelligence*, AI Sustainability Center Report, Lund (Sweden), 2019, 13; A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto, Journal of Legal Philosophy*, 1, 2019, 96-97. Ulteriore esempio deriva dall'impiego di processi decisionali automatizzati nel mondo del lavoro: è stato riportato il caso di un sistema di intelligenza artificiale, utilizzato da Amazon per selezionare le candidature, il quale «escludeva le candidature delle donne; il sistema, infatti, aveva "imparato" dalle candidature passate, in larga parte di uomini, a "preferire" gli uomini alle donne», cfr. F. FAINI, *Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 153.

⁸⁴ W.H. BOOTHBY, *How far will the Law allow unmanned targeting to go?*, in D. SAXON (a cura di), *op. cit.*, 57.

⁸⁵ M. WAGNER, *op. cit.*, in D. SAXON (a cura di), *op. cit.*, 121.

⁸⁶ W.H. BOOTHBY, *How far will the Law allow, cit.*, in D. SAXON (a cura di), *op. cit.*, pag 57.

⁸⁷ J.S. THURNHER, *Means and Methods of the Future, cit.*, in P.A.L. DUCHEINE, F.P.B. OSINGA, M.N. SCHMITT (a cura di), *op. cit.*, 189.

già riportato, potrebbero sopportare un grado di rischio ben maggiore rispetto agli umani. Tuttavia, questa non appare una soluzione praticabile – non sembra possibile, difatti, prevedere ogni situazione che un LAWS possa ritrovarsi ad affrontare – né legittima: la valutazione di proporzionalità deve sempre rimanere contingente e continuativa.

3.3. Il principio di precauzione

Il principio di precauzione si pone l'obiettivo di minimizzare il danno collaterale, imponendo ai belligeranti un dovere di diligenza nelle fasi di pianificazione ed esecuzione di un attacco e fungendo, così, da complemento alle regole di distinzione e proporzionalità⁸⁸. Il dovere generale che discende da tale principio, difatti, è quello di prestare costante attenzione allo scopo di risparmiare civili ed oggetti civili⁸⁹. Tale obbligo, pur estremamente relativo (il danno collaterale pare una conseguenza ineluttabile, in un conflitto), rafforza la statuizione, derivante dal principio di proporzionalità, della necessità di valutazioni *costanti* e continuative: ciò si rivela particolarmente rilevante nel caso dei LAWS, uno dei cui elementi distintivi rispetto ad armi prive di autonomia è costituito dalla possibilità di lanciare un attacco molto tempo dopo il loro dispiegamento⁹⁰.

Il generale dovere di *constant care* si specifica in una serie di obblighi distinti. Alcuni di essi non sembrano rappresentare ostacoli insuperabili per i LAWS: così è per l'obbligo di prendere ogni precauzione possibile, nella scelta degli armamenti, al fine di minimizzare il danno collaterale⁹¹. Qualora equipaggiato con differenti armi o munizioni, un sistema dovrà essere in grado di determinare quali siano necessarie e sufficienti per il completamento della missione, quale il danno collaterale attendibile dall'utilizzo di ciascuna di esse ed operare una selezione. Trattandosi di un giudizio prevalentemente quantitativo, tale operazione sembra possibile⁹². Maggiori difficoltà potrebbero derivare da altri obblighi, ad esempio quello di fornire avvertimenti efficaci alla popolazione, «unless circumstances do not permit»⁹³. Tanto l'efficacia degli avvertimenti, quanto il verificarsi dell'eccezione contenuta nella formula sembrano potersi apprezzare solo con un giudizio contestuale e qualitativo. Tuttavia, il primo problema potrà probabilmente essere risolto in fase di programmazione del sistema, predisponendo gli avvertimenti che potranno rivelarsi più efficaci nelle diverse condizioni in cui presumibilmente il LAWS opererà⁹⁴. Per quanto riguarda l'eccezione, essa non risponde solo ad istanze di segretezza, ma anche e soprattutto di salvaguardia dell'incolumità delle forze attaccanti⁹⁵: stante la mancata necessità di autoconservazione dei LAWS, questa esigenza potrebbe venir meno – garantendo una maggiore tutela, potenzialmente, alla popolazione civile.

⁸⁸ R. KOLB, *op. cit.*, 166.

⁸⁹ *I Protocollo Aggiuntivo*, art. 57(1).

⁹⁰ Per descrivere tale fenomeno sono state impiegate le locuzioni «loitering» e «persistent stare», cfr. D. AKERSON, *op. cit.*, in D. SAXON (a cura di), *op. cit.*, 86.

⁹¹ *I Protocollo Aggiuntivo*, art. 57(2)(a)(ii).

⁹² J.S. THURNHER, *Feasible Precautions in Attack*, *cit.*, in R. FRAU, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, T. SINGER (a cura di), *op. cit.*, 113.

⁹³ *I Protocollo Aggiuntivo*, art. 57(2)(c).

⁹⁴ J.S. THURNHER, *Feasible Precautions in Attack*, *cit.*, in R. FRAU, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, T. SINGER (a cura di), *op. cit.*, 112.

⁹⁵ R. KOLB, *op. cit.*, 170.

Altri obblighi derivanti dal principio di precauzione sembrano presentare, tuttavia, sfide eccessivamente complesse. Per conformarsi a tale principio, un LAWS dovrebbe essere in grado di sospendere o cancellare un attacco nel caso in cui, ad una valutazione successiva, sopravvenga la sua mancata conformità ai principi di distinzione e/o proporzionalità⁹⁶. Tale requisito presume la capacità di riconoscere una siffatta violazione: quanto illustrato relativamente a distinzione e proporzionalità sembra sottolineare il difetto di tale capacità nei LAWS⁹⁷. Inoltre, qualora si manifesti la possibilità di scelta tra obiettivi che offrono un pari vantaggio militare, l'attaccante deve optare per l'offensiva che, presumibilmente, causerà il minor danno collaterale⁹⁸: come sopra esposto, le caratteristiche dell'elemento del vantaggio militare attendibile appaiono renderlo difficilmente apprezzabile da parte di un sistema dotato di AI.

Così come quelli di distinzione e proporzionalità, anche il principio di precauzione è teso alla tutela di civili ed oggetti civili: pertanto, in contesti dove essi non possano essere rintracciati, non sembrano porsi questioni di conformità. Peraltro, l'esigenza di apprestare, nel conflitto, misure precauzionali è stata indicata anche quale un argomento a favore dell'introduzione dei LAWS. Ciò non soltanto poiché essi, in virtù della propria natura, potrebbero sopportare rischi più elevati e rendere possibili maggiori precauzioni, ma anche per un altro ordine di ragioni: stante l'obbligo di impiegare armamenti che minimizzino il danno ai civili, una declaratoria di illegittimità nei confronti dei LAWS non solo non sarebbe necessaria, ma nemmeno opportuna; qualora maggiori precauzioni possano derivare dall'utilizzo di un sistema a guida umana (o comunque di altra natura), sussisterà il *dovere* di non impiegare uno autonomo, che invece potrà essere dispiegato quando rappresenti la migliore scelta possibile⁹⁹. Tuttavia, la vera questione è relativa alla possibilità, per un'AI, di effettuare la valutazione richiesta dal principio di precauzione: essa pone peculiare attenzione sulla praticabilità della messa in atto di misure precauzionali, concetto che appare richiedere uno scrutinio di ragionevolezza, connesso a variabili contestuali¹⁰⁰. Vi è chi si è persino chiesto se l'eliminazione stessa della supervisione umana sia in radice compatibile con l'obbligo di prendere tutte le precauzioni possibili¹⁰¹. Ed in effetti, in particolare in considerazione dei problemi di imprevedibilità presentati dalle tecniche di *machine learning*¹⁰², i quali possono condurre a risultati inattesi e contro-intuitivi, non sembra certo potersi escludere a priori che un monitoraggio effettivo ed efficace sulle attività dei LAWS possa costituire un elemento precauzionale a tutela dei civili.

⁹⁶ I Protocollo Aggiuntivo, art. 57(2)(b).

⁹⁷ Analogamente M. SASSÒLI, *op. cit.*, 337.

⁹⁸ I Protocollo Aggiuntivo, art. 57(3).

⁹⁹ M.N. SCHMITT, *op. cit.*, 24.

¹⁰⁰ D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *The Ethical and Legal Case Against Autonomy in Weapons Systems*, cit., 14.

¹⁰¹ D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *What makes human control over weapons systems "meaningful"?*, International Committee for Robot Arms Control (ICRAC), Report to the CCW Group of Governmental Experts, 2019, 7.

¹⁰² Si tratta del problema talora descritto anche con l'espressione *black-box*: i sistemi dotati di tecniche di apprendimento automatico sono tendenzialmente rappresentati quali «scatole» chiuse, che ricevono *input* e forniscono *output* senza spiegarne la ragione, cfr. G.S. ALI, R. YU, *op. cit.*, 5. In questo modo, nemmeno programmatori e sviluppatori sono in grado di prevedere con precisione assoluta quale sarà il risultato finale, poiché ricostruire i passaggi compiuti per addivenirvi diviene virtualmente impossibile, cfr. M. KURMAN, H. LIPSON, *Driverless: Intelligent Cars and the Road Ahead*, Cambridge (Massachusetts), 2016, 228.

3.4. Il principio di necessità militare

La necessità militare rappresenta una delle *anime* del diritto umanitario, il quale si sviluppa quale sistema di pesi e contrappesi nel bilanciamento tra considerazioni di carattere umanitario ed esigenze dei belligeranti¹⁰³. Di conseguenza, la necessità militare riveste un ruolo, per così dire, «costituzionale» nel diritto umanitario, operando tanto nell'adozione di nuove regole, quanto nell'interpretazione di quelle esistenti¹⁰⁴. Il principio di necessità militare sembra, tuttavia, agire anche ad un livello ulteriore ed essere dotato di un significato direttamente applicabile nelle operazioni belliche e, in particolare, in quelle di selezione degli obiettivi. Tale significato appare duplice. In primo luogo, riveste un carattere permissivo: istanze di necessità militare possono giustificare deroghe ad alcune regole di diritto umanitario, quando tali eccezioni siano testualmente previste¹⁰⁵. Al contempo, il principio di necessità militare conserva una finalità restrittiva, proibendo atti di violenza di per sé non vietati, ma da reputarsi *non necessari* al raggiungimento dell'obiettivo¹⁰⁶.

Quest'ultima accezione del principio di necessità militare concerne indubbiamente gli attacchi diretti contro soggetti feriti in maniera troppo grave o comunque incapaci di proseguire le ostilità (c.d. *hors de combat*), ovvero che abbiano manifestato la propria intenzione di resa, in quanto non rappresentanti (più) una minaccia. L'adeguamento a tale principio richiederebbe pertanto il riconoscimento delle intenzioni umane e la distinzione fra vere e false¹⁰⁷ – altrimenti, un LAWS sarebbe agevolmente ingannabile e, dunque, vulnerabile. Per le ragioni sopra illustrate, dunque, l'AI non sarebbe probabilmente, allo stato attuale, in grado di conformarsi a tale principio¹⁰⁸.

Tale considerazione comporta un corollario estremamente rilevante agli scopi di questo lavoro. Mentre i principi esaminati nei paragrafi precedenti sono volti alla tutela dei civili, quello di necessità militare cerca di accordare una protezione (anche) ai combattenti. Pertanto, mentre i principi di distinzione, proporzionalità e precauzione possono dirsi rispettati quando le ostilità si svolgano in contesti dove non si trovano civili, né oggetti civili, quello di necessità militare si applica a qualsiasi scenario di battaglia nel quale possano essere coinvolti degli esseri umani¹⁰⁹. In tal modo, l'ambito di legittimo impiego dei LAWS sembra ridursi ulteriormente, limitandosi a scontri con veicoli a controllo remoto ovvero altri LAWS, aprendo le porte alla prospettiva di conflitti combattuti interamente ed unicamente tra macchine.

Con specifico riferimento alla questione del riconoscimento della resa, sono state ipotizzate alcune soluzioni. La prima è rappresentata dalla istituzione di un segnale elettronico di resa, riconosciuto a

¹⁰³ È stato affermato che non si potrebbero avere norme efficaci di diritto umanitario al di fuori di questa dialettica: regole rispondenti ad esigenze puramente militari tenderebbero all'atrofia, perché eccessivamente permissive; un diritto internazionale «meramente umanitario» rischierebbe di non avere efficacia, in quanto considerato, con ogni probabilità, distaccato dalla realtà, inadeguato alle necessità del personale militare, cfr. R. KOLB, *op. cit.*, 77.

¹⁰⁴ *ibid.*, 83.

¹⁰⁵ J. CROWE, K. WESTON-SCHEUBER, *op. cit.*, 53.

¹⁰⁶ D. FLECK, (a cura di), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, 2013, 37.

¹⁰⁷ H. OKORIE, *op. cit.*, 12-13.

¹⁰⁸ W.H. BOOTHBY, *Does the law of targeting meet twenty-first century needs?*, in C. HARVEY, J. SUMMERS, N.D. WHITE (a cura di), *Contemporary challenges to the laws of war: essays in honour of Professor Peter Rowe*, Cambridge, 2014, 226.

¹⁰⁹ HEINRICH BÖLL FOUNDATION (a cura di), *op. cit.*, 25.

livello internazionale ed insegnato alle macchine¹¹⁰: tuttavia, sembra difficile immaginare che un dispositivo per riprodurre tale segnale possa essere fornito ad ogni soldato – e, qualora pure fosse possibile, risulta improbabile che milizie e gruppi armati irregolari ne fornirebbero in dotazione a tutti i propri combattenti¹¹¹. Alternativamente, sono stati indicati alcuni ambienti in cui le modalità convenzionali di dichiarazione della resa ne rendono maggiormente praticabile il riconoscimento da parte di sistemi dotati di AI¹¹². Anche con tali correttivi, tuttavia, l'ambito di lecita utilizzabilità dei LAWS risulterebbe assai ristretto. Per di più, aperta rimarrebbe la questione relativa agli *hors de combat*: un combattente ferito in maniera troppo grave per continuare sarebbe costretto a segnalare la propria resa per essere riconosciuto come tale da un LAWS? E se le sue condizioni non lo permettessero?

4. Questioni tecniche e questioni «ontologiche»

I principi fondamentali di diritto umanitario sembrano imporre, per le operazioni di *targeting*, valutazioni qualitative e richiedenti capacità di comprensione del contesto: valutazioni, pertanto, per le quali la mente umana sembra particolarmente adatta. Ciò, tuttavia, non implica incompatibilità *per se* dei LAWS con il diritto vigente. Per quanto, allo stato attuale, essi non appaiano in grado di conformarsi agli obblighi accennati, non sembra potersi escludere in radice che il progresso tecnologico – potenzialmente mediante l'adozione di diverse componenti di base, anche di natura biologica, ovvero di innovative tecniche di apprendimento automatico – possa, in futuro, condurre ad un risultato differente¹¹³. Questo, soprattutto, in quanto il diritto umanitario non richiede – né potrebbe richiedere – assoluta accuratezza nell'adempimento dei suddetti obblighi, bensì impone uno standard di diligenza umano. L'argomento dell'avanzamento tecnologico esponenziale potrebbe indurre ad affermare che, qualora il raggiungimento del livello di *performance* umana sia possibile, esso *inevitabilmente*, in futuro, si verificherà¹¹⁴. Certo, legittimo sarebbe chiedersi se, nell'ambito della ricerca, vi

¹¹⁰ R. SPARROW, *Twenty Seconds to Comply: Autonomous Weapon Systems and the Recognition of Surrender*, in *International Law Studies*, 91, 2015, 715.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² È stato riportato l'esempio rappresentato dalla guerra sottomarina, in cui una parte può segnalare la propria capitolazione facendo affiorare il mezzo ed alzando bandiera bianca mentre l'equipaggio sale sul ponte o abbandona il sottomarino su scialuppe di salvataggio; analogamente, innalzamento della bandiera bianca ed abbandono del mezzo implicano una resa in scontri tra veicoli armati, cfr. *ibid.*, 717-718.

¹¹³ D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *The Ethical and Legal Case Against Autonomy in Weapons Systems*, cit., 20.

¹¹⁴ L'argomento postula, difatti, che dalla rapidità ed estensione dell'avanzamento tecnologico nell'età moderna consegue che ogni risultato astrattamente possibile sarà inevitabilmente raggiunto, come riporta M. BODEN, *op. cit.*, 136-137. Tale tesi poggia sulla c.d. Legge di Moore, formulata nel 1965, la quale statuisce che la complessità dei microcircuiti di un computer raddoppia con una periodicità che spazia fra i 18 ed i 24 mesi e, di conseguenza, che tutte le loro caratteristiche e capacità aumentino in maniera esponenziale. Per quanto tempo ancora essa continuerà ad essere confermata rimane una questione aperta, su cui la letteratura appare divisa. Alcuni autori sostengono che essa resterà valida ancora per pochi anni, cfr. M. MITCHELL WALDROP, M., *The chips are down for Moore's Law*, in *Nature*, 530, 2016, 145; J. SHALF, *HPC Interconnects at the End of Moore's Law*, IEEE Optical Fiber Communications Conference and Exhibition (OFC), 2019. Peraltro, è stato argomentato che, se pure si avvicinasse la «fine» per la Legge di Moore, i progressi e gli investimenti nel campo dell'intelligenza artificiale porteranno ad un aumento della capacità computazionale tale da superare persino la Legge di Moore stessa, cfr. A. TURCHIN, *Assessing the future plausibility of future catastrophically dangerous AI*, in *Futures*, 107, 1, 2019, 45.

sia interesse (e finanziamenti) per la costruzione di sistemi in grado di conformarsi agli obblighi di diritto umanitario¹¹⁵, ma ciò esula dall'oggetto di questo lavoro. Tuttavia, anche in caso di produzione di dispositivi di tal fatta, sembrerebbero permanere alcune questioni, per così dire, ontologiche, cui tale argomento non potrebbe essere esteso e che pertanto rappresenterebbero un ostacolo invalicabile per i LAWS. Tali questioni saranno oggetto dei prossimi paragrafi.

4.1. Responsabilità: ipotesi ed interrogativi

Principi di giustizia insiti nella nostra tradizione giuridica impongono sia fornita la possibilità di contestare le decisioni prese da un sistema autonomo e di porvi rimedio, ovvero di ottenere ristoro¹¹⁶. Ciò, in considerazione anche dei beni giuridici che possono essere intaccati in un conflitto, appare fondamentale in caso di violazioni del diritto umanitario. Non rappresenta una opzione accettabile l'impiego di un'arma senza che sia definita una catena di responsabilità¹¹⁷. Tuttavia, la natura dell'AI sembra poter scardinare il nostro tradizionale impianto di responsabilità. Esso appare connotato dalla generale *rule of thumb* secondo cui l'imputazione di un danno ricade sul soggetto che ha il controllo su un determinato elemento e, pertanto, deve adoperarsi per evitare quello stesso danno. L'imprevedibilità e l'autonomia dei sistemi dotati di AI diluiscono tale controllo, rendendo inadeguato siffatto modello. Inoltre, si può registrare il problema c.d. delle *many hands*: la complessità di tali sistemi e del loro processo di progettazione e sviluppo rischiano di portare ad una situazione in cui numerosi soggetti possano essere considerati responsabili cumulativamente, ma nessuno individualmente¹¹⁸. Per tali ragioni, l'impiego di LAWS potrebbe comportare, in caso di violazioni non discendenti da difettosità, errori umani o utilizzo scorretto degli stessi, pertanto da elementi patologici, (inaccettabili) vuoti di responsabilità.

In dottrina, numerose ipotesi sono state avanzate, allo scopo di fornire una possibile soluzione alla questione. Fermo che il punto richiederebbe una elaborazione approfondita *ad hoc*, che qui non si può offrire, risulta necessario delineare i tratti fondamentali delle principali. Una prima risposta potrebbe rintracciarsi nella dottrina della responsabilità di comando, secondo la quale dovrebbe rispondere delle infrazioni commesse da un LAWS l'ufficiale che ne ha ordinato l'impiego. D'altronde, la responsabilità del comandante è prevista per violazioni commesse da soldati umani, soggetti per definizione autonomi: per analogia, potrebbe imporsi anche nel caso di trasgressioni ad opera di LAWS¹¹⁹. Al comandante si richiederebbe di capire come tali sistemi presumibilmente funzionino (essendo sufficiente una consapevolezza in merito alle potenzialità di tali armi ed ai loro attendibili *output*) e di prendere decisioni di conseguenza¹²⁰. Sembra, a chi scrive, che la responsabilità di comando possa effettivamente rappresentare la strada più opportunamente percorribile: pare indiscutibile che un ufficiale debba avere cognizione delle forze a propria disposizione; inoltre, l'iscrizione a suo carico della responsabilità potrebbe comportare maggiore cautela nell'impiego di LAWS, determinando un

¹¹⁵ D. AMOROSO, *Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems*, cit.

¹¹⁶ INDEPENDENT HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE SET UP BY THE EUROPEAN COMMISSION, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Bruxelles, 2019, 13.

¹¹⁷ N.E. SHARKEY, *op. cit.*, 791.

¹¹⁸ D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *The Ethical and Legal Case Against Autonomy in Weapons Systems*, cit., 15.

¹¹⁹ C. HEYNS, *op. cit.*, para. 78.

¹²⁰ M. SASSÒLI, *op. cit.*, 324.

effetto di deterrenza dal loro uso in situazioni ad alto rischio. Tuttavia, il diritto umanitario, ai fini dell'imposizione della menzionata forma di responsabilità, richiede la conoscibilità dell'illecito e la mancata attuazione di misure di prevenzione e/o repressione, nonché di punizione del colpevole¹²¹. Non avendo – di norma – approfondite conoscenze di programmazione, un comandante potrebbe trovarsi in una situazione di oggettiva difficoltà nel tentativo di prevedere il comportamento di un'AI¹²². Si potrebbe ribattere che anche il comportamento umano può rivelarsi di complessa previsione, e, ciò nonostante, un comandante può dover rispondere dei crimini commessi dai sottoposti. Tuttavia, la differenza risiede nel requisito della punibilità del colpevole, il quale, in caso di violazioni commesse da LAWS, non potrebbe essere integrato, ferma l'impossibilità (o, meglio, la supposta inutilità) dell'imposizione di una sanzione su una macchina¹²³.

Ulteriore ipotesi suggerisce di volgere lo sguardo verso la «fonte» della condotta di un'AI, imponendo una responsabilità sul soggetto che ha programmato e sviluppato il software. Tuttavia, l'imputazione del comportamento di un LAWS al programmatore non impedirebbe l'utilizzo dell'imprevedibilità di tale sistema quale argomento liberatorio, quando esso è dotato di funzioni di apprendimento. Per di più, codici ed algoritmi sono tendenzialmente scritti da squadre di sviluppatori ed individuare i singoli colpevoli potrebbe rivelarsi complesso¹²⁴. L'ascrizione della responsabilità, invece, al produttore non diminuirebbe il valore di tale argomento (in fondo, anche questi non sarebbe che un semplice anello di una lunga catena di produzione); implicherebbe, ulteriormente, in considerazione del grado di rischio e del valore dei beni giuridici a rischio, un disincentivo con ogni probabilità insuperabile alla produzione di LAWS¹²⁵. Inoltre, la responsabilità del produttore rappresenta un istituto a carattere civilistico e pare ben poco opportuno imporre l'onere di agire in giudizio sulle vittime, appartenenti tipicamente a popolazioni impoverite dalla guerra¹²⁶.

La difficoltà di individuare un soggetto responsabile e la questione delle *many hands* ha portato alcuni autori a propendere per forme collettive di imputazione. Il diritto internazionale, in particolare, conosce il modello della *Joint Criminal Enterprise* (JCE): di origine giurisprudenziale¹²⁷, tale dottrina predica, per sommi capi, che, in presenza di violazioni perpetrate da più individui nella cornice di un programma criminoso comune, tutti gli individui possono essere reputati *principal perpetrator*¹²⁸. Tale modello, tuttavia, nel richiedere un intento comune, non sembra potersi applicare al caso in oggetto, in cui alla maggior parte, se non a tutti, dei soggetti coinvolti si potrebbe al più ascrivere un dolo eventuale, insufficiente *de iure condito* per una imputazione dinanzi ad un tribunale internazionale¹²⁹. Tale considerazione ha condotto a guardare anche alla responsabilità dello Stato quale possibile

¹²¹ *I Protocollo Aggiuntivo*, art. 86(2), 87(3).

¹²² HUMAN RIGHTS WATCH, *Losing our Humanity*, cit., 43.

¹²³ HEINRICH BÖLL FOUNDATION (a cura di), *op. cit.*, 30.

¹²⁴ G. SOLIS, *op. cit.*, 545.

¹²⁵ HUMAN RIGHTS WATCH, *Losing our Humanity*, cit., 43.

¹²⁶ J.M. BEARD, *op. cit.*, 660.

¹²⁷ ICTY, *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, del 15 luglio 1999, para. 220.

¹²⁸ D. AMOROSO, B. GIORDANO, *Who is to Blame for Autonomous Weapons Systems' Misdoings?*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (a cura di), *Use and Misuse of New Technologies in International and EU Law*, Cham, 2019, 220.

¹²⁹ Emblematicamente, in tal senso, lo Statuto della Corte Penale Internazionale, che richiede, ai fini della responsabilità criminale, «intent and knowledge», cfr. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC), *Rome Statute of the International Criminal Court*, art. 30.

soluzione, essendo in tale regime assente – ovvero meno rigoroso¹³⁰ – l'elemento della *mens rea*. Tuttavia, una soluzione analoga appare al più parziale. Come è stato giustamente argomentato¹³¹, non sembra, a chi scrive, che la responsabilità statale possa integralmente surrogare quella individuale: istanze di prevenzione generale rimarrebbero, in questo modo, sostanzialmente inascoltate. Inoltre, la responsabilità dello Stato non potrebbe applicarsi ai casi di violazioni commesse da LAWS impiegati da gruppi armati non-statali – i quali, statisticamente, rappresentano i soggetti più coinvolti nei conflitti dell'età contemporanea.

Di fronte a tali complessità, si è tentato di raccogliere i suggerimenti derivanti dalla dottrina che si interroga del rapporto tra AI e diritto, secondo cui una soluzione generale potrebbe essere costituita dall'adozione di un regime di responsabilità oggettiva¹³². Anche con specifico riferimento ai LAWS, taluni hanno consigliato questo modello, in quanto il loro utilizzo potrebbe ben essere assimilato all'esercizio di attività pericolose e tale regime potrebbe favorire un loro impiego cauto e discriminato¹³³. Tuttavia, sembra necessario – per quanto non certo semplice – individuare una via mediana tra rischio di impunità e ricerca di capri espiatori. L'adozione di un regime di responsabilità oggettiva potrebbe, difatti, comportare una deviazione significativa da principi di colpevolezza che rivestono un ruolo fondamentale nella nostra tradizione giuridica. Taluni hanno allora suggerito che la strada potrebbe essere quella dell'imputazione della responsabilità alle macchine stesse. Per quanto paradossale possa apparire, questo potrebbe trovare una base giuridica nell'ipotesi di uno *status* specifico per i sistemi di AI¹³⁴. La personalità giuridica di diritto comune è una nozione artificiale: storicamente, è stata negata ad intere categorie di persone fisiche (schiavi) ed è stata attribuita ad enti di ben altra natura (si pensi, ad esempio, al fiume Whanganui, in Nuova Zelanda)¹³⁵. Da un punto di vista di stretta tecnica giuridica, l'imposizione di una responsabilità sui LAWS appare pertanto praticabile, ma occorre interrogarsi in merito alla sua opportunità. La risposta, sotto questo aspetto, pare dover essere negativa: gli obblighi di diritto umanitario sono rivolti ad umani, non agli armamenti, e nessuna sanzione ipotizzabile (spegnimento, smantellamento, risarcimento ad opera di fondi appositamente istituiti) sembra poter avere effetto alcuno sul piano della deterrenza o della ricerca di una *restorative justice*¹³⁶. È forte, inoltre, il rischio che tale regime fornirebbe agli uomini la possibilità di usare i LAWS quali «scudi» dalla propria responsabilità¹³⁷. Ferma la mera parzialità di soluzioni alternative (quali l'istituzione di un regime di assicurazione obbligatoria), il quadro giuridico attuale non pare idoneo a rispondere alle questioni di responsabilità sollevate dai LAWS.

¹³⁰ D. AMOROSO, B. GIORDANO, *op. cit.*, 224-225.

¹³¹ D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *The Ethical and Legal Case Against Autonomy in Weapons Systems*, cit., 17.

¹³² EUROPEAN PARLIAMENT, *European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, 2017, para. 53-55.

¹³³ E. FUZAYLOVA, *op. cit.*, 1359-1362.

¹³⁴ EUROPEAN PARLIAMENT, *European Parliament resolution of 16 February 2017*, cit., para. 59, letter f.

¹³⁵ B. BROŽEK, M. JAKUBIEC, *On the legal responsibility of autonomous machines*, in *Artificial Intelligence and Law*, 25, 3, 2017, 295.

¹³⁶ HUMAN RIGHTS WATCH, *Losing our Humanity*, cit., 45. Il mantenimento della responsabilità sugli umani è stato affermato quale principio guida anche nel corso degli incontri tenutisi negli ultimi anni a Ginevra, cfr. GGE ON LAWS, *Draft Report of the 2019 session of the Group of Governmental Experts*, cit., Annex IV, letter b.

¹³⁷ J.J. BRYSON, M.E. DIAMANTIS, T.D. GRANT, *Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons*, in *Artificial Intelligence and Law*, 25, 3, 2017, 285-287.

4.2. Decisione algoritmica e dignità umana

La seconda questione «ontologica» è relativa al rapporto tra LAWS e dignità umana. Essa appare un valore piuttosto sfuggente, potendo il suo contenuto concretizzarsi in molteplici e, non di rado, persino opposte accezioni, il che tendenzialmente ne rende difficile una interpretazione univoca¹³⁸. Sembra incontrovertibile, tuttavia, il *minimum* di significato da ricondurre a tale concetto, costituito dall'affermazione secondo cui ogni essere umano va trattato come individuo unico ed irripetibile, come fine, mai come mezzo. È stato in proposito affermato che «contrarie alla dignità umana sembrano essere tecnologie che manipolano l'utente - anche a fine di bene - o a cui sono delegate decisioni di grande importanza sociale o esistenziale senza che sia possibile comprenderne le dinamiche»¹³⁹: ciò sembra particolarmente calzante per il caso dei LAWS, cui sarebbero rimesse *life-or-death decisions*¹⁴⁰. Due sono gli argomenti principali portati da chi sostiene che la delegazione della scelta degli obiettivi a tali sistemi sarebbe contraria alla dignità umana. Da un lato, viene prospettato un dovere dell'agente di compiere una scelta non arbitraria, ossia informata e consapevole¹⁴¹: essa potrebbe derivare solo da un giudizio umano, in quanto solo esso può garantire il pieno apprezzamento del valore di una vita e del significato della sua perdita¹⁴². In secondo luogo, è stata affermata la sussistenza di un diritto, in capo al soggetto che costituisce il bersaglio di un attacco, di fare appello alla umanità del nemico per avere salva la vita¹⁴³ – cosa che gli sarebbe certamente impedita in caso di attacco lanciato da un LAWS.

Le argomentazioni sopra riportate sembrano avere connotazione spiccatamente morale. Una questione necessaria è se la contrarietà della dignità umana all'uccisione di un uomo da parte di una macchina possa discendere (anche) da una norma giuridica. La risposta può apparire affermativa con riferimento ad alcuni specifici ordinamenti – si pensi a quello tedesco, la cui Costituzione si apre con la statuizione per cui «die Würde des Menschen ist unantastbar»¹⁴⁴. Nel diritto internazionale, sembra difettare una disposizione altrettanto chiara ed univoca sul punto. Potrebbe menzionarsi la statuizione della Corte Internazionale di Giustizia secondo cui «the right not *arbitrarily* to be deprived of one's life» si applica alle ostilità¹⁴⁵; tuttavia, prosegue la Corte, la determinazione di cosa si possa considerare una arbitraria deprivazione della vita può essere effettuata solo sulla base del diritto applicabile e, nel diritto umanitario positivo, non sembra riscontrarsi una norma che avvalori

¹³⁸ C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2012, 81-84.

¹³⁹ FONDAZIONE LEONARDO-CIVILTÀ DELLE MACCHINE, *Statuto Etico e Giuridico dell'IA*, 2019, 31.

¹⁴⁰ Ciò sembra costituire una risposta a chi sostiene che l'affermazione della contrarietà dei LAWS alla dignità umana dovrebbe implicare eguale illiceità di qualsiasi arma (ad esempio ordigni esplosivi e missili da crociera) che impedisca un «rapporto interpersonale» tra combattente e vittime, non permettendo all'operatore di sapere precisamente chi sarà ucciso, cfr. M. BALISTRERI, *Robot Killer. La rivoluzione robotica nella guerra e le questioni morali*, in *Etica & Politica – Ethics & Politics*, XIX, 2, 426; M. SASSÒLI, *op. cit.*, 324. La differenza fondamentale sembra, tuttavia, risiedere nella identità del soggetto (o oggetto) cui è demandata la concreta decisione.

¹⁴¹ 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, 886, 2012, 689.

¹⁴² HEINRICH BÖLL FOUNDATION (a cura di), *op. cit.*, 32.

¹⁴³ D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *The Ethical and Legal Case Against Autonomy in Weapons Systems*, cit., 19.

¹⁴⁴ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 23. Mai 1949, art. 1(1).

¹⁴⁵ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., para. 25.



l'argomento sopra riportato. Risulta impossibile non richiamare, ciò nondimeno, la c.d. *Martens Clause*. Introdotta dalle Convenzioni dell'Aia del 1899 e ribadita dal I Protocollo Aggiuntivo, la Clausola sottolinea che, in assenza di norme di diritto convenzionale, civili e combattenti rimangono sotto la protezione dei principi di diritto internazionale derivanti da consuetudine, «principi di umanità» e «dettami di pubblica coscienza»¹⁴⁶. La *Martens Clause* è stata definita un anello tra considerazioni etiche e diritto umanitario¹⁴⁷. Per quanto qui più interessa, alcuni autori hanno sostenuto che essa possa costituire la base giuridica per il bando di armamenti¹⁴⁸. Sembrano tuttavia difettare argomenti, tanto nella prassi statale, quanto nell'elaborazione giurisprudenziale internazionale, che possano supportare tale tesi. In generale, parte consistente della letteratura nega rilievo precipuo e diretta applicabilità della *Martens Clause* nelle operazioni di selezione degli obiettivi e nella valutazione della liceità di nuove armi¹⁴⁹. Anche allineandosi a tale orientamento, tuttavia, ciò che non sembra possibile negare è il fatto che il rispetto della dignità umana sia annoverato tra i «principi di umanità» citati nella Clausola. Pertanto, essa potrebbe costituire la «porta» attraverso cui le argomentazioni di cui sopra potrebbero entrare nell'impianto di diritto umanitario, fornendo una base giuridica alle stesse. Ciò sembra particolarmente importante in quanto, se pure in futuro le caratteristiche tecniche dei LAWS migliorassero a tal punto da rendere loro possibile la conformità ai principi fondamentali di diritto umanitario, l'argomento relativo alla dignità umana – il quale non potrebbe estendersi, peraltro, oltre gli utilizzi *letali* dei LAWS¹⁵⁰ – renderebbe comunque inaccettabile la collocazione dell'uomo *out-of-the-loop*. In ogni caso, va sottolineato, l'assunto concernente il rapporto tra dignità umana e *Martens Clause* sembra rappresentare, allo stato attuale, al più una prospettiva evolutiva del diritto umanitario; pur componente il diritto consuetudinario, la Clausola appare eccessivamente indeterminata ed aperta ad interpretazione per assicurare un fondamento positivo alle argomentazioni sopra accennate. Ciò nondimeno, esse appaiono esprimere un sentimento comune a non pochi commentatori. In tal senso, è stato segnalato, la funzione della *Martens Clause* potrebbe consistere nel fornire un «appiglio» positivo alle argomentazioni in favore della necessità di una regolazione *ad hoc*

¹⁴⁶ I Protocollo Aggiuntivo, art. 1(2).

¹⁴⁷ N. DAVIDSON, *A legal perspective: Autonomous Weapon Systems under International Humanitarian Law*, United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA) Occasional Papers, 30, 2017, 8.

¹⁴⁸ S.J. RUSSELL, *Take a stand on AI weapons*, in *Nature*, 521, 2015, 415. È stato inoltre argomentato che l'impiego della *Clause* quale base giuridica per l'imposizione di un divieto abbia già un precedente nel bando (preventivo), risalente al 1998, dei laser accecanti, cfr. D. AKERSON, *op. cit.*, in D. SAXON (a cura di), *op. cit.*, 92-96. Peraltro, non sembra inconcepibile che il bando in questione sia stato motivato dal divieto di sofferenze non necessarie (possibilità che pure l'autore aveva escluso, affermando che i laser accecanti, rispetto ad altre armi, avrebbero potuto comportare una riduzione delle vittime), violato dall'inflizione di una disabilità permanente, ovvero da ragioni di opportunità o comunque di diverso segno.

¹⁴⁹ Tali argomentazioni sono rivolte in particolare contro il principio di umanità, di cui la *Martens Clause* costituisce, si ritiene, estrinsecazione: C.M. CHINKIN, M. KALDOR, *op. cit.*, 259; G. SOLIS, *op. cit.*, 307-309; Y. DINSTEIN, *The Principle of Proportionality*, in G.D. COOPER, K.M. LARSEN, G. NYSTUEN, (a cura di), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, Cambridge, 2013, 73.

¹⁵⁰ Solo in questi casi, difatti, il bene vita sarebbe minacciato dall'impiego dei LAWS. Peraltro, è stato segnalato come la distinzione tra armi letali e non-letali sia, nei fatti, labile e come sarebbe più corretto riservare per queste ultime la denominazione di armi *sub-letali*, in quanto l'utilizzo di ogni tipo di armamento o munizione comporta, seppur con diverse proporzioni, il rischio di uccisione dell'obiettivo di un attacco, cfr. R. SPARROW, *op. cit.*, 715.



per i LAWS¹⁵¹. In questa ottica, rimarchevole appare che la formulazione della Clausola sia stata riportata nel *report* conclusivo della sessione di incontri in seno alla CCW dell'agosto 2019¹⁵².

5. Una possibile soluzione? La prospettiva del controllo umano significativo

Nel dibattito relativo alla compatibilità dei LAWS con il diritto umanitario sempre maggiore rilevanza sembra assumere la nozione, emersa nel corso degli incontri tra rappresentanti nazionali presso la UN CCW, di controllo umano significativo (*meaningful human control*, o MHC). Tale espressione indica, genericamente, il livello minimo di supervisione umana da esercitarsi sui LAWS¹⁵³. Il concetto di MHC appare meritevole di interesse in primo luogo per la sua semplicità linguistica, che lo rende comprensibile ed accessibile anche a non tecnici¹⁵⁴; inoltre, per il costituire una formula *costruttivamente* ambigua¹⁵⁵ e per il fatto che non solo il settore civile, ma anche quello militare sembra fondato sulla nozione di controllo – e ciò potrebbe rendere contestabile, nonostante i vantaggi operativi che essi sembrano offrire, una sua *completa* cessione ai LAWS¹⁵⁶.

L'imposizione di un MHC potrebbe rappresentare la chiave per la soluzione di numerose questioni precedentemente illustrate. Per quanto attiene alla dignità umana, se un uomo rimanesse *significativamente* in controllo, le operazioni letali non potrebbero dirsi compiute da un soggetto incapace di comprendere il valore intrinseco della vita. L'incapacità, quantomeno allo stato attuale, dei LAWS di conformarsi ai principi fondamentali di diritto umanitario è in larga parte motivata dal loro difetto di fattori (percezione di contesto e rilevanza, buon senso) che connotano il giudizio umano: il mantenimento di un MHC comporterebbe l'implementazione di tali elementi. Ciò non significa, evidentemente, che gli obblighi da tali principi discendenti non potrebbero, in tal caso, essere comunque violati: tuttavia, un controllo umano concreto ed effettivo potrebbe assicurare la responsabilità del soggetto che si è reso colpevole di tali atti o avrebbe dovuto prevenirli¹⁵⁷.

Ferme le potenzialità di tale nozione, una questione aperta è se sia possibile rintracciare una base giuridica per la stessa. Sul punto, ampia sembra la disparità di vedute, tanto che alcuni hanno suggerito una sua rilevanza al solo livello politico¹⁵⁸, mentre altri si sono spinti ad affermare che il MHC costituisca *già* un requisito imposto dal diritto internazionale umanitario¹⁵⁹. Tale asserzione, secondo

¹⁵¹ D. AMOROSO, *Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems*, cit.; D. MAURI, "Laws...of Humanity?". *Un resoconto (critico) del primo gruppo di esperti sulle armi autonome*, in *SIDIBlog*, <http://www.sidiblog.org/2018/01/12/laws-of-humanity-un-resoconto-critico-del-primo-gruppo-di-esperti-sulle-armi-autonome/> (ultima consultazione: 12/01/2018).

¹⁵² GGE ON LAWS, *Draft Report of the 2019 session of the Group of Governmental Experts*, cit., para. 17, letter b.

¹⁵³ R. MOYES, H. ROFF, *Meaningful Human Control, Artificial Intelligence and Autonomous Weapons*, Briefing paper prepared for the Informal Meeting of Experts on LAWS, UN CCW, Ginevra, 2016, 1.

¹⁵⁴ K. NESLAGE, *Does "Meaningful Human Control" Have Potential for the Regulation of Autonomous Weapon Systems?*, in *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review*, VI, 1, 176.

¹⁵⁵ D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *What makes human control over weapons systems "meaningful"?*, cit., 5.

¹⁵⁶ I. BODE, H. HUELSS, *op. cit.*, 411.

¹⁵⁷ T. CHENGETA, *op. cit.*, 863-864.

¹⁵⁸ T. MARAUHN, *Meaningful Human Control – and the Politics of International Law*, in R. FRAU, W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, T. SINGER (a cura di), *op. cit.*, 210.

¹⁵⁹ J.M. BEARD, *op. cit.*, 665-666; N. DAVIDSON, *op. cit.*, 11; ICRC, *Views of the ICRC on autonomous weapon systems*, cit., 5-6.





questa parte di letteratura, troverebbe diretta implicazione negli obblighi stesse di diritto umanitario, che imporrebbero indirettamente un giudizio di umana ragionevolezza – e proprio per questa ragione rappresenterebbero sfide tanto complesse per i LAWS¹⁶⁰. Tuttavia, le regole relative a distinzione, proporzionalità, precauzione e necessità militare, per loro natura generali ed astratte, impongono uno standard di diligenza umano, ma non prescrivono in via generale un controllo umano¹⁶¹. Tale elemento appare necessario allo stato attuale, ma non sembra preclusa la possibilità di innovazioni tecniche che rendano i LAWS in astratto conformi ai principi fondamentali, sia pure in assenza di un MHC¹⁶². Si potrebbe dire, in sostanza, che quelli discendenti dal diritto umanitario siano obblighi di risultato, non di mezzi. È stato affermato che l'esempio fornito dalla citata (in nota) Convenzione di Ottawa potrebbe costituire un argomento in favore della tesi che afferma la sussistenza di un requisito di MHC nel diritto umanitario, avendo tale Trattato sancito il bando per le mine antiuomo *quando non controllate a distanza*: questo, si è sostenuto, suggerirebbe la necessità di una supervisione umana sulle armi¹⁶³. Tuttavia, ciò non viene esplicitato: tale Convenzione proibisce semplicemente l'impiego di una categoria specifica di armamenti, non di qualsiasi arma non soggetta a controllo umano.

Il fatto che il MHC non appaia un requisito imposto dal diritto umanitario non esclude la valenza che esso può rivestire nel dibattito in corso. Ciò sembra testimoniato dal ruolo centrale che a tale concetto è stato attribuito dai partecipanti ai citati incontri presso la UN CCW¹⁶⁴ – o quantomeno dalla «vasta maggioranza» degli Stati che hanno, allo stato attuale, espresso la propria posizione sul tema¹⁶⁵. Più di 30 rappresentanze nazionali – oltre a numerose ONG – si sono dichiarate favorevoli all'introduzione di un vincolo di controllo umano *significativo* per i LAWS; altrettante (non sempre le medesime) hanno predicato il bando di tali armamenti; inoltre, anche buona parte delle delegazioni che non si sono allineate ai poli del dibattito hanno ciò nondimeno espresso la necessità di mantenere l'uso della forza nella sfera di controllo umana e di non delegare *life-or-death decisions* alle macchine¹⁶⁶. A tali posizioni si contrappongono quelle di un gruppo di Stati – tendenzialmente quelli che più sembrano aver investito nello sviluppo di LAWS¹⁶⁷ – secondo i quali l'impianto di diritto umanitario attualmente esistente non necessiterebbe di integrazioni per disciplinarli efficacemente e l'imposizione di restrizioni ai LAWS costituirebbe una misura «prematura», miope di fronte ai poten-

¹⁶⁰ D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *What makes human control over weapons systems "meaningful"?*, cit., 7.

¹⁶¹ K. NESLAGE, *op. cit.*, 170-171.

¹⁶² D. AMOROSO, *Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems*, cit.

¹⁶³ HUMAN RIGHTS WATCH, *Killer Robots and the concept of Meaningful Human Control*, 2016, 10-11.

¹⁶⁴ Il concetto di controllo umano è stato in tale sede ritenuto «un elemento imprescindibile per le discussioni future e, su un piano più tecnico, per lo sviluppo di» armi dotate di funzioni autonome, secondo quanto riporta D. MAURI, *op. cit.*

¹⁶⁵ B. STAUFFER, *Stopping Killer Robots: Country Positions on Banning Fully Autonomous Weapons and Retaining Human Control*, Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/report/2020/08/10/stopping-killer-robots/country-positions-banning-fully-autonomous-weapons-and> (ultima consultazione: 10/08/2020).

¹⁶⁶ *Ibid.* Nel report citato è possibile ripercorrere, in forma di sommario, le posizioni espresse dalle rappresentanze statali che si sono pronunciate sul tema fino all'incontro presso la UN CCW di agosto 2020.

¹⁶⁷ R. ACHESON, *Human control for human rights*, in *Reaching Critical Will*, 6, 8, CCW Report, del 29 agosto 2018, 2.



ziali benefici che questi potrebbero apportare¹⁶⁸. Una posizione critica è stata assunta anche dalla Polonia, che, pur riconoscendo l'esigenza del mantenimento di un controllo umano sull'uso della forza, ha specificato che ciò va contenuto «to the extent possible in a non-disruptive way for the mission conducted by the system» e che «excessively intrusive human control can disturb mission effectiveness or its completion»¹⁶⁹; mentre la Finlandia ha segnalato come, ferma la necessità di garantire ad un operatore umano la possibilità di annullare una operazione, questa potrebbe essere limitata e potrebbe sempre raggiungersi un «punto di non ritorno»¹⁷⁰.

Tali annotazioni mal sembrano coniugarsi con i dettami di diritto umanitario, quantomeno finché, come in precedenza sostenuto, i LAWS, in mancanza di supervisione umana, non potranno fornire garanzie in termini di responsabilità e rispetto dei principi di distinzione, proporzionalità, precauzione e necessità militare. In ogni caso, le obiezioni cennate appaiono rendere decisamente implausibile rintracciare una base giuridica per il requisito di MHC nell'avvenuta o contingente emersione di una norma di diritto consuetudinario *ad hoc* – e, se pure ciò fosse ipotizzabile, una norma analoga avente quali *persistent objectors* potenze militari del calibro di Stati Uniti, Regno Unito e Russia difficilmente potrebbe dirsi risolutiva. Più certa ed efficace – nonché, ad opinione di chi scrive, auspicabile – sembra allora la soluzione rappresentata dall'affermazione di una norma di tal fatta per via pattizia. Questa pare la via tratteggiata anche dai 320 partecipanti (rappresentanti 63 Stati parte della CCW) al Forum di Berlino di aprile 2020, tenutosi in via telematica a causa dell'emergenza sanitaria incorsa. I lavori in seno al Forum rimarcano come il diritto umanitario non fornisca tutte le risposte necessarie alle questioni aperte dai LAWS e ciò enfatizzi la necessità di «internationally-agreed limits»¹⁷¹. Vie dirette, in tal senso, sono state individuate dai partecipanti al Forum di Berlino nei principi guida indicati dalle Conclusioni della sessione di lavori presso la UN CCW di agosto 2019, in particolare quelli riguardanti il ruolo umano nell'uso della forza: secondo essi, «human responsibility for decisions on the use of lethal force must be retained»¹⁷²; l'operabilità di LAWS è possibile solo «within a responsible chain of human command and control»¹⁷³; e l'interazione uomo-macchina deve garantire «that the potential use of weapons systems [...] is in compliance with applicable international law, in particular IHL»¹⁷⁴. Quest'ultima statuizione, nello specifico, è stata indicata dai partecipanti al Forum di Berlino come potenziale «pietra angolare» per il prosieguo dei lavori in sede internazionale sul tema¹⁷⁵.

¹⁶⁸ D. MAURI, *op. cit.*

¹⁶⁹ *Operationalization of the 11 Guiding Principles of Lethal Autonomous Weapons Systems, Poland's remarks, 2020.*

¹⁷⁰ *Considerations on the appropriate level of human involvement in LAWS*, LAWS Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Certain Conventional Weapons, Food-for-thought paper by Finland, June 2020.

¹⁷¹ GGE ON LAWS, *Berlin Forum for Supporting the 2020 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems*, Submitted by Germany, 25 June 2020, para. 17.

¹⁷² GGE ON LAWS, *Draft Report of the 2019 session of the Group of Governmental Experts, cit.*, Annex IV, letter b.

¹⁷³ *Ibid.*, Annex IV, letter d.

¹⁷⁴ *Ibid.*, Annex IV, letter c.

¹⁷⁵ GGE ON LAWS, *Berlin Forum, cit.*, para. 22

Law
M&S

Il disposto dei principi guida riportati sopra e delle posizioni espresse dalle delegazioni nazionali in tema di LAWS¹⁷⁶ sembra inequivoco nello stabilire che una forma di controllo umano su armamenti dotati di autonomia debba necessariamente mantenersi. Ciò che appare, per il momento, aver impedito a tale requisito di cristallizzarsi in un testo vincolante è il disaccordo in merito a *quale* forma esso debba rivestire – e, pertanto, al suo grado di incisività. In ragione di quanto si è argomentato in precedenza, tanto con riferimento alle questioni che si sono definite «tecniche», quanto a quelle etichettate come «ontologiche», il controllo umano, al fine di garantire il rispetto delle norme di diritto umanitario, sembra dover essere particolarmente qualificato (tornando alla terminologia che sembra aver maggior fortuna nel dialogo internazionale, *meaningful*). Peraltro, questa formulazione rischia di ridurre tale elemento ad un concetto tanto fluido, tanto aperto ad operazioni ermeneutiche di stampo differente, da fornire ben pochi punti fermi all'interprete e persino da ostacolare la stipulazione di accordi che lo abbiano ad oggetto. Si manifesta, pertanto, l'esigenza di «riempire di contenuto» la formula di MHC. Si tratta, indubbiamente, di un obiettivo decisamente ambizioso, eccedente gli scopi di questo lavoro. In ogni caso, al fine di definire quantomeno un *minimum* del concetto di MHC necessario per la conformità dei LAWS al diritto umanitario, è necessario in primo luogo interrogarsi quanto alle fasi di vita dell'arma in cui tale elemento deve intervenire. Un controllo umano sembra patentemente presente nelle fasi di sviluppo, programmazione e dispiegamento di un sistema dotato di AI – salve prospettive futuristiche coinvolgenti dispositivi progettati, costruiti e schierati sul campo da altre macchine. La questione è se il controllo umano in queste fasi possa rivelarsi sufficiente. Questione non del tutto retorica, in quanto è stato affermato che, ai fini dell'integrazione del requisito, potrebbe rivelarsi bastevole l'intervento umano nella fase di programmazione, ove questa delimiti rigidamente l'operabilità dei LAWS all'interno di condizioni e parametri rigorosi che non possano essere alterati dal sistema stesso¹⁷⁷. Tuttavia, non sembra potersi accogliere tale interpretazione: l'imposizione di un MHC sulle fasi antecedenti alle ostilità, pianificazione dell'attacco inclusa, non appare sufficiente a causa dell'alto grado di imprevedibilità del campo di battaglia, che molto difficilmente, e solo in determinati casi, consentirebbe ai LAWS di mantenersi rigidamente all'interno di parametri predeterminati¹⁷⁸. Non va inoltre dimenticato come molti obblighi di diritto umanitario si concretino nella fase di selezione degli obiettivi e la possibilità di adempiervi discenda da comprensione situazionale e capacità di adattamento a rapidi mutamenti¹⁷⁹. Si aggiunga poi che numerosi obblighi di diritto umanitario appaiono ben difficilmente riducibili a codici di programmazione, se non al prezzo di una loro eccessiva semplificazione¹⁸⁰. Per tali ragioni, un controllo umano non potrebbe dirsi adeguato a garantire il rispetto delle norme di diritto internazionale – e *meaningful* – se non fosse esteso alle operazioni di *targeting*.

¹⁷⁶ Per le quali si rinvia nuovamente a B. STAUFFER, *op. cit.*

¹⁷⁷ Tale, ad esempio, la posizione espressa dai Paesi Bassi, cfr. KINGDOM OF THE NETHERLANDS, *Statement of the Netherlands on Human Machine Interaction*, 2018 GGE on LAWS, 11 aprile 2018, ribadita in KINGDOM OF THE NETHERLANDS, *Statement of the Netherlands delivered at Group of Governmental Experts on LAWS by Ms. Sandra de Jongh*, Agenda Item 5(b), Ginevra, 26 aprile 2019.

¹⁷⁸ T. CHENGETA, *op. cit.*, 872.

¹⁷⁹ K. NESLAGE, *op. cit.*, 165.

¹⁸⁰ HEINRICH BÖLL FOUNDATION (a cura di), *op. cit.*, 26.

Quanto alle forme e modalità di questo elemento, in generale il concetto di controllo non appare poter prescindere dalla possibilità di un intervento correttivo in caso di violazioni o imprevisti. Un monitoraggio che non consenta un coinvolgimento diretto sarebbe, inevitabilmente, inefficace, se non radicalmente inutile. Per evitare ciò, l'operatore umano che vigila su un LAWS dovrebbe sempre avere un potere di veto sulle scelte della macchina, la quale dovrebbe sottomettersi alle direttive dello stesso. Questo potere dovrebbe essere garantito non solo astrattamente, ma soprattutto in concreto. Ciò implica innanzitutto che il controllore dovrebbe disporre del tempo materiale necessario per ricevere le informazioni in tempo reale dal sistema, comprenderne le intenzioni e, se del caso, compiere una operazione di *override*: questo pure al «prezzo» del parziale venir meno dei vantaggi operativi legati alla maggiore velocità di reazione di un sistema autonomo, che non possono prevalere sugli altri beni giuridici interessati dalle operazioni militari¹⁸¹. Essenziale sarebbe, in tale ottica, la garanzia della piena affidabilità del collegamento fra uomo e macchina: in caso di interruzione temporanea dello stesso, si potrebbe ipotizzare di forzare il sistema ad uno *stand-by*, o quantomeno a non assumere nuovi obiettivi. L'effettività del controllo nel caso concreto discende anche dalla consapevolezza, nell'operatore e in chi prenda la decisione di impiegare un LAWS, del grado di avanzamento tecnologico e dei limiti del sistema in oggetto, nonché degli *attendibili* esiti derivanti dal suo utilizzo: ferma l'imprevedibilità di un dispositivo dotato di capacità di apprendimento, essa dovrebbe essere ridotta il più possibile per agevolare il compito dell'operatore, che dovrà avere coscienza del contesto di impiego e poter ricevere *feedback* e risposte intellegibili dall'AI¹⁸². A tale scopo, saranno indubbiamente necessari investimenti tesi alla configurazione di sistemi trasparenti ed attendibili (e quindi nei campi di *explicable* e *trustworthy AI*). Inoltre, un controllo effettivo non può prescindere dalla considerazione dell'effetto che le deliberazioni di sistemi dotati di AI potranno avere sui nostri processi decisionali¹⁸³. Emblematico, in tal senso, appare il fenomeno del c.d. *automation bias*: esso è stato definito quale la tendenza umana a fidarsi di (ed affidarsi a) un sistema autonomo nonostante evidenze mostrino che esso non sia attendibile ovvero sia, nel caso di specie, fallace¹⁸⁴. Così, la decisione dell'operatore, che pure avrebbe in astratto la possibilità di esercitare un controllo e partecipare attivamente alle operazioni, potrebbe dunque essere «catturata» da quella della macchina, ritenuta, a ragione o meno, più neutra ed attendibile. Ciò anche per motivazioni di pragmatica convenienza: in primo luogo, dimostrare che una decisione sia da attribuirsi esclusivamente ad un sistema di AI, e che l'uomo addetto al controllo si sia limitato ad avallarla acriticamente, risulta poco meno di una *probatio diabolica*; l'adesione a tale determinazione può contribuire ad affievolire l'onere di motivazione del soggetto (onere il quale, invece, dovrebbe con ogni probabilità essere rafforzato nel caso opposto) e permette allo stesso di «qualificare» la propria decisione¹⁸⁵. Sembra evidente che il fenomeno dell'*automation bias* non potrà essere sottovalutato da una prospettiva che promuova istanze di MHC.

¹⁸¹ È stato, in merito, argomentato che «there should be no hurry for humans to kill each other», cfr. T. CHENGETA, *op. cit.*, 885.

¹⁸² IEEE GLOBAL INITIATIVE ON ETHICS OF AUTONOMOUS AND INTELLIGENT SYSTEMS, *op. cit.*, 125-129.

¹⁸³ M.A.C. EKELHOF, *Lifting the fog of targeting: "Autonomous Weapons" and Human Control through the Lens of Military Targeting*, in *Naval War College Review*, 71, 3, 2018, 85.

¹⁸⁴ HUMAN RIGHTS WATCH, *Losing our Humanity*, cit., 13.

¹⁸⁵ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 81.



Nel tentativo di «delineare il campo» per il controllo umano, una precisazione appare essenziale: l'esigenza di un MHC non potrebbe mai prevalere, in un bilanciamento, sui diritti umani all'integrità fisica ed alla vita. La proliferazione di tecnologie connotate da crescente autonomia e le tendenze delle guerre asimmetriche dell'età contemporanea potrebbero rendere il campo di battaglia un contesto troppo rapido e caotico per il processo decisionale umano: l'imposizione di un MHC *in ogni caso* sui LAWS potrebbe, in alcuni casi, essere di detrimento all'incolumità degli uomini stessi¹⁸⁶. Riconoscendo ciò, alcuni autori hanno proposto una valutazione nel caso concreto del grado di autonomia che potrebbe essere consentito a specifici modelli di LAWS¹⁸⁷ – il quale appare maggiore per i sistemi difensivi. Essi sono presenti (ed operativi) sulla scena internazionale già da decenni e sembrano godere di un elevato grado di accettazione, come testimoniato anche in seno alla UN CCW¹⁸⁸. Ciò anche in ragione del fatto che, quanto meno in via tendenziale, sistemi (meramente) difensivi, ove sufficientemente affidabili, appaiono più verosimilmente in grado di conformarsi ai principi fondamentali di diritto umanitario¹⁸⁹: i loro obiettivi rappresentano indubbiamente obiettivi militari, come richiesto dal principio di distinzione; pur ferme le difficoltà di operare una valutazione di proporzionalità, la (legittima) difesa da un pericolo imminente può presumersi rappresentare un considerevole vantaggio militare; analogamente, una siffatta azione difensiva non potrebbe mai reputarsi *non necessaria*, alla luce del principio di necessità militare; infine, per quanto attiene al principio di precauzione, la ristrettezza dei tempi a disposizione e l'urgenza della situazione rende tipicamente impraticabile la messa in atto di misure preventive¹⁹⁰. Una valutazione nel caso concreto sembra, peraltro, a propria volta maggiormente confacente al diritto umanitario, stante che l'art. 36 del I Protocollo Aggiuntivo prescrive l'obbligo di una *legal review* su ogni singola nuova arma, mentre i LAWS costituiscono una categoria generale¹⁹¹. L'elaborazione sopra riportata appare pertanto pienamente meritevole all'interno di una prospettiva sistematica; tuttavia, sembrano necessarie alcune considerazioni di carattere pragmatico. Un giudizio nel caso concreto rischia di cedere il fianco ad una incertezza applicativa che potrebbe trasformarsi in arbitrio. In ragione delle istanze di segretezza che caratterizzano il processo di sviluppo e produzione di nuove armi¹⁹², il giudizio sarebbe demandato, con ogni probabilità, a soggetti nazionali, presumibilmente già incaricati del compito di svolgere la valutazione di compatibilità con le norme di diritto internazionale applicabili ex art. 36. Ciò non potrebbe che comportare rischi connessi alla nascita di standard di valutazione divergenti, nonché di statuizioni «interessate» e concilianti. Inoltre, come alcuni autori hanno messo in luce, pochi Stati sembrano di-

¹⁸⁶ W.H. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, cit., 250.

¹⁸⁷ D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *What makes human control over weapons systems "meaningful"?*, cit., 12-13. Nello specifico, gli autori costruiscono una classificazione su più livelli decrescenti, basata sul grado di controllo umano da imporsi su ogni sistema: gli ultimi tre livelli di tale scala corrispondono, sostanzialmente, ai gradi di autonomia indicati in questo elaborato con le locuzioni «in-the-loop», «on-the-loop» ed «out-of-the-loop».

¹⁸⁸ Ne è testimonianza la posizione, ad esempio, della Spagna, secondo la quale solo i sistemi difensivi rendono ammissibile un controllo attinente al modello «man-on-the-loop», cfr. *Commentaries on national implementation of the guiding principles on LAWS*, Spain, 2020.

¹⁸⁹ D. AKERSON, *op. cit.*, in D. SAXON (a cura di), *op. cit.*, 74.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ C. GRUT, *op. cit.*, 21.

¹⁹² Y. DINSTEIN, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, cit., 100-101; W.H. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, cit., 345.



sporre effettivamente di meccanismi di *review* adeguati¹⁹³. Per tali ragioni, sembra doversi ribadire l'esigenza, ad opinione di chi scrive, di un obbligo *vincolante* di MHC, stabilito per via pattizia: un MHC rispondente al *minimum* che si è tentato di tratteggiare, pertanto *esteso alla fase di targeting, effettivo, concreto e comprensivo di un potere di veto per LAWS offensivi*. Questo non significa che un controllo umano significativo non dovrebbe essere imposto su sistemi difensivi – affatto – bensì che questi, in casi straordinari di necessità ed urgenza, dovrebbero essere in grado di agire anche quando l'operatore umano non sia presente o non disponga della materiale possibilità di intervenire. Tale soluzione appare di analogo verso a quella emergente dalla lettera aperta pubblicata in occasione dell'apertura dell'*International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI)* del 2015, firmata da un lungo elenco di ricercatori ed esperti nei campi di intelligenza artificiale e robotica, la quale richiede un bando per armi autonome *offensive* sprovviste di controllo umano significativo¹⁹⁴. Né il diritto internazionale è sordo alle istanze che possono essere sollevate da esigenze di autodifesa: così, la decisione – o, si potrebbe affermare, la non-decisione – della Corte Internazionale di Giustizia in merito alla legittimità delle armi nucleari potrebbe costituire, almeno parzialmente, una base giuridica per la soluzione di cui sopra, nella parte in cui i giudici dell'Aia hanno affermato di non poter stabilire definitivamente se la minaccia o l'utilizzo di armi nucleari siano legittimi in «an extreme circumstance of self-defence»¹⁹⁵.

6. Conclusioni

Nell'impianto contingente di diritto umanitario non sembrano potersi riscontrare argomenti *decisivi* che segnalino la radicale incompatibilità dei LAWS – specie delle loro potenziali conformazioni future – con lo stesso. Ciò nondimeno, le questioni relative a responsabilità e dignità umana richiederanno quantomeno degli adattamenti nel diritto applicabile, come sottolineato anche dal Forum di Berlino. Come è stato giustamente osservato, tali modifiche potrebbero incontrare riluttanze persino maggiori da parte degli Stati: ad esempio, questo potrebbe avvenire in caso di mutamenti che tendano verso un allentamento dei requisiti per la responsabilità degli stessi o dei loro soldati¹⁹⁶. Tale considerazione sembra rappresentare una ulteriore spinta nella direzione della necessità dell'imposizione di un MHC, di cui si sono tentati di delineare gli elementi essenziali. Si tratta, naturalmente, di una soluzione innovativa: non esistono, nel diritto umanitario, norme che impongano il mantenimento di un controllo umano sugli armamenti. Ciò, tuttavia, è motivato dal fatto che la questione stessa è completamente innovativa: mai, nella storia umana, si è presentata la prospettiva di un'arma che possa autonomamente scegliere i propri obiettivi. Il problema, inveterato ed endemico, è quello della differenza di velocità tra sviluppo tecnologico e adattamento del diritto. Nuove questioni invocano nuove soluzioni e il MHC appare la più appropriata alle domande aperte dai LAWS. Oltretutto, esso si pone nel solco del filone ermeneutico che pone la propria attenzione, nell'ottica del rapporto fra AI e diritto

¹⁹³ HEINRICH BÖLL FOUNDATION (a cura di), *op. cit.*, 25; C. GRUT, *op. cit.*, 9.

¹⁹⁴ FUTURE OF LIFE INSTITUTE, *Autonomous Weapons: an Open Letter from AI & Robotics Researchers*, Buenos Aires, del 28 luglio 2015.

¹⁹⁵ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., para. 105.

¹⁹⁶ D. AMOROSO, *Jus in bello and jus ad bellum arguments against autonomy in weapons systems*, cit.

Law
 &
 AI

to, sull'emersione di un diritto individuale ad una decisione non completamente automatizzata¹⁹⁷. Nel corso delle operazioni militari, le decisioni da prendersi riguardano il bene giuridico vita: pertanto, l'elaborazione su questo tema appare particolarmente centrale per il diritto umanitario. Essa potrebbe fornire spunti rilevanti al fine dell'imposizione di un MHC sui LAWS – e, al contempo, da questa eventualità trarre ulteriore linfa.

L'AI sembra poter ricevere molteplici utilizzi nel contesto del conflitto armato e le questioni sollevate dai LAWS non devono portare ad ignorare i potenziali effetti benefici della stessa. L'AI potrebbe innanzitutto fornire un apporto fondamentale al settore della difesa, non solo, come accennato, su un piano strettamente fisico, ma anche a livello dematerializzato (in particolare, nella protezione dalle minacce evocate dalla frontiera del *cyber warfare*)¹⁹⁸. Essa potrebbe offrire un supporto estremamente valido al settore militare nel raccogliere, immagazzinare ed analizzare dati di *intelligence*, nonché nella conseguente attività di pianificazione strategica¹⁹⁹. Ulteriori impieghi suggeriti spaziano dallo svolgimento di operazioni di sorveglianza alla consegna di viveri e scorte, dal disinnescamento di esplosivi all'estrazione di combattenti feriti²⁰⁰. Inoltre, fermo quanto si è cercato di argomentare, l'AI potrebbe rappresentare un supporto al processo decisionale umano anche nelle operazioni di selezione degli obiettivi²⁰¹: in tal caso, dovranno essere poste in essere misure adeguate per evitare il verificarsi di fenomeni di *automation bias* o analoghi. Allo scopo, sembra essenziale un adeguato lavoro di formazione del personale militare che si ritroverà a collaborare con LAWS o altre applicazioni dell'AI ed a controllarne l'operato. Comandanti e combattenti dovranno essere coscienti di interagire con macchine e dovranno essere consapevoli tanto delle potenzialità, quanto dei possibili difetti dei sistemi a loro disposizione, nonché delle questioni giuridiche che essi sollevano. Diretta implicazione di ciò è, inevitabilmente, il venir meno (o quantomeno l'affievolirsi) di alcune delle promesse dei LAWS, in particolare quelle relative a riduzione di carico di lavoro umano e costi. Affinché il modello auspicato possa funzionare, sarà inoltre necessario investire sul raggiungimento di una AI affidabile ed *explainable*, così come sul rafforzamento delle procedure di *legal review* ex art. 36, al fine di assicurare l'effettiva significatività del controllo umano. Ciò sembra suggerito anche da argomenti di carattere geopolitico: all'interno di un contesto globale sempre più polarizzato, nel quale la guerra si caratterizza per una asimmetria crescente fra schieramenti più e meno avanzati dal punto di vista tecnologi-

¹⁹⁷ Esso può essere indicato quale il diritto a non essere sottoposti a decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato. In assenza di un controllo umano effettivo, tale diritto sarebbe rispettato soltanto su un piano puramente formale, in quanto la determinazione finale risulterebbe solo formalmente risultante dall'interazione fra uomo e macchina. La principale formulazione del diritto ad una decisione non completamente automatizzata (o anche diritto alla non-esclusività della decisione algoritmica) si rinviene in *Regulation of the European Union 2016/679, Regulation 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, c.d. General Data Protection Regulation*, del 27 aprile 2016, art. 22(1). Tale statuizione è limitata, peraltro, da alcune eccezioni, tra cui spicca quella relativa al «consenso esplicito dell'interessato». Per un'elaborazione sul tema, si rinvia a C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale*, cit., 127-129; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 79-84.

¹⁹⁸ THE HAGUE CENTRE FOR STRATEGIC STUDIES (a cura di), *Artificial Intelligence and the Future of Defense. Strategic Implications for small- and medium-sized force providers*, L'Aia, 2017, 67.

¹⁹⁹ *ibid*, 91-95.

²⁰⁰ D. AKERSON, *op. cit.*, in D. SAXON (a cura di), *op. cit.*, 68.

²⁰¹ M.A.C. EKELHOF, *op. cit.*, 86.



co, le sfide al costituzionalismo presentate dai nuovi poteri economici che emergono nel mondo dei *big data* includono certamente anche quella di un controllo sul potere militare che può derivare da una supremazia nel campo dell'AI. L'imposizione di un controllo umano non rappresenterebbe, si ritiene, un ostacolo alla ricerca scientifica nel settore. Come la maggior parte di chimici e biologi non hanno interesse nello sviluppo di armi chimiche o biologiche, e ne hanno largamente supportato il bando, analogamente la maggior parte dei ricercatori nel campo dell'AI non sembra mostrare interesse nella produzione di armi dotate di crescente autonomia – anzi, sembra paventare, in questo caso, il rischio di una indesiderabile reazione negativa dell'opinione pubblica nei confronti dell'AI stessa²⁰².

*IS
&
Law*

²⁰² FUTURE OF LIFE INSTITUTE, *op. cit.*

