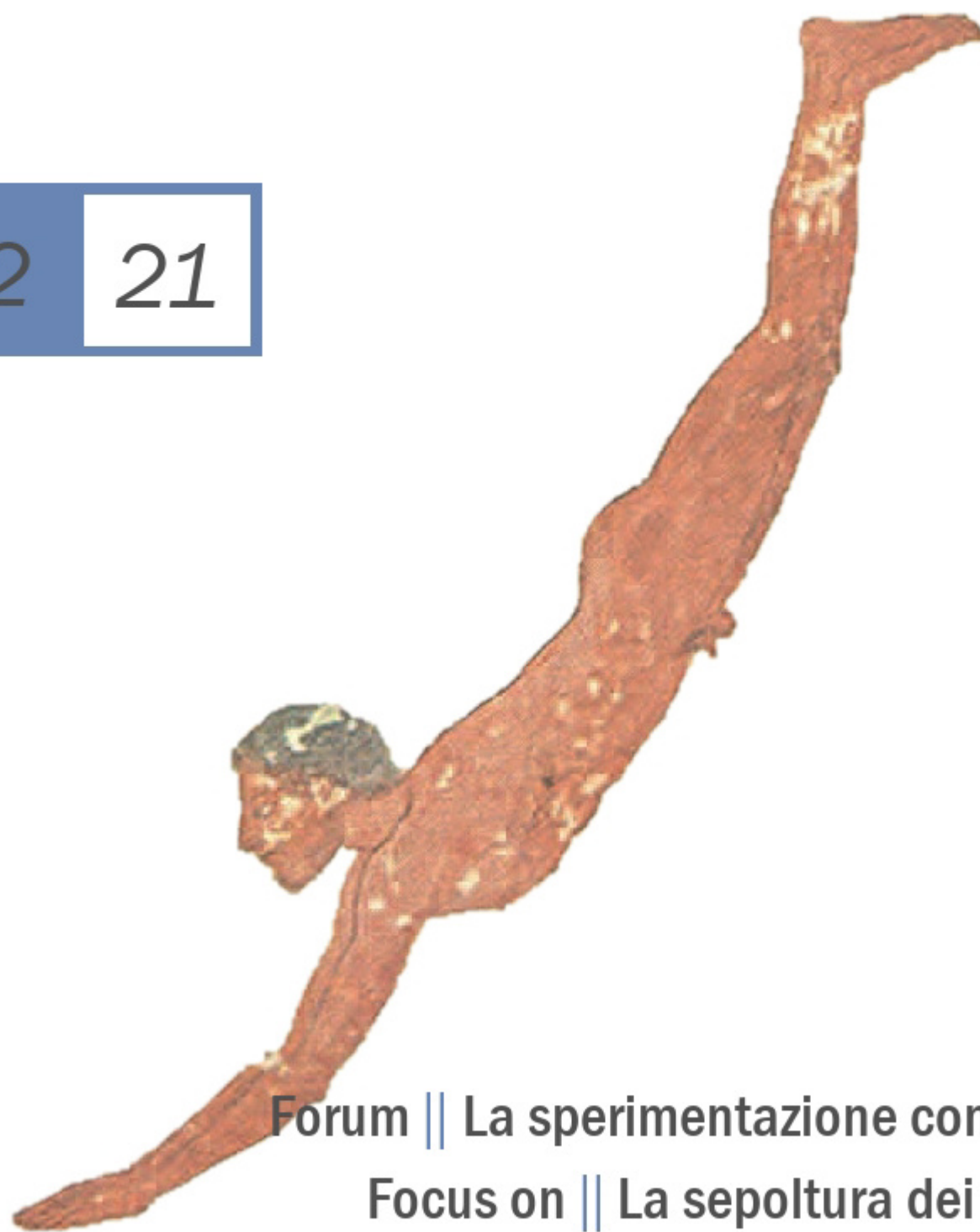




BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto

2 21



Forum || La sperimentazione con gli animali
Focus on || La sepoltura dei feti abortiti
AI & Law - Focus on || Giustizia e AI

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, Paolo Guarda, Antonio Iannuzzi, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Mariassunta Piccinni, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Elena Scalcon, 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.

Napoli: Lorenzo Chieffi, Gianvito Brindisi, Claudia Casella, Gianpiero Coletta, Emilia D'Antuono, Luca Di Majo, Luigi Ferraro, Maria Pia Iadicicco, Carlo Iannello, Raffaele Manfrellotti, Ferdinando Menga, Franca Meola, Andrea Patroni Griffi, Virginia Zambrano.

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.

June 2021
ISSN 2284-4503
© Copyright 2021



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. 2/2021

Table of contents

Di fatti, opinioni e sentimenti	1
<i>Cinzia Piciocchi</i>	
 FORUM – LA SPERIMENTAZIONE CON GLI ANIMALI IN ITALIA: OPINIONI A CONFRONTO	
 <i>A cura di Cinzia Piciocchi e Antonio D’Aloia</i>	
 <i>Contributi di Francesca Rescigno, Mariachiara Tallacchini, Giacomo Rizzolatti, Micaela Morelli, Luisella Battaglia, Silvio Garattini</i>	5
 CALL FOR PAPERS – LADDOVE NECESSARIA: PROSPETTIVE SULLA SPERIMENTAZIONE CON GLI ANIMALI	
 <i>A cura di Cinzia Piciocchi e Antonio D’Aloia</i>	
 Lo statuto (costituzionale) dell’animale sperimentale. Le prospettive del bilanciamento fra ricerca scientifica e benessere degli animali: ovvero quando gli “oneri” divengono “onori”	17
<i>Luca Mariantoni</i>	
 La sperimentazione animale in Europa: L’incidenza della Direttiva 2010/63 UE tra gli Stati Membri e il suo ruolo nello sviluppo del vaccino anti Covid-19	41
<i>Mariangela Barletta</i>	
 La tutela degli animali utilizzati a fini scientifici e il diritto alla ricerca: la delicata valutazione dei danni e dei benefici compiuta dall’autorità competente	61
<i>Carlo Bottari, Tommaso Di Paolo</i>	
 FOCUS ON – LA SEPOLTURA DEI FETI ABORTITI TRA AUTODETERMINAZIONE PERSONALE, PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E FATTORE RELIGIOSO	
 <i>A cura di Antonio Iannuzzi</i>	
 Il destino dei feti abortiti. Uno sguardo d’insieme su una questione complessa	79
<i>Antonio Iannuzzi</i>	

Il seppellimento dei prodotti del concepimento nel silenzio della legge	89
<i>Barbara Neri</i>	
Sepoltura dei feti e protezione dei dati personali	101
<i>Giovanni Maria Riccio</i>	
Sepoltura dei feti abortiti e fattore religioso	107
<i>Giovanni Di Cosimo</i>	
ESSAYS – SAGGI	
Benessere degli animali, libertà religiosa e mercato: la macellazione rituale nella giurisprudenza europea e comparata	113
<i>Laura Fabiano</i>	
La giustizia e i criteri etici per la distribuzione dei vaccini nell’ambito della pandemia Covid-19: linee della discussione bioetica	137
<i>Laura Palazzani</i>	
Le proposte di Regolamento UE sul Certificato COVID digitale UE tra tutela della salute, libertà di circolazione e protezione dei dati personali ...	151
<i>Chiara Angiolini</i>	
Il lascito del proprio corpo a fini didattici e di ricerca. Il nobile (ma vano) intento della legge 10/2020	171
<i>Giuseppe Giaimo</i>	
Accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore. Considerazioni e bilanci sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 a 10 anni dalla sua entrata in vigore	191
<i>Francesca Paruzzo</i>	
Il ruolo del Terzo settore nel sistema di cure palliative e la sua risposta all’emergenza pandemica	209
<i>Paola Grazioli</i>	
I fantasmi del diritto. Alcune riflessioni sul trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero	227
<i>Enrico Daly</i>	
La libertà di scelta del medico di medicina generale. La centralità del rapporto fiduciario medico-paziente	247
<i>Carlo Ciardo</i>	
Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell’America di Trump	257
<i>Susanna Mancini</i>	

La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal	283
<i>Carlos María Romeo Casabona</i>	
 COMMENTARIES – NOTE A SENTENZA	
Il reato di aiuto al suicidio al vaglio della Corte costituzionale austriaca	315
<i>Giulio Battistella</i>	
Osservazioni eterodosse sulla “situazione normativa” sottesa al caso giudiziario concernente le escort di un ex Presidente del Consiglio	327
<i>Daniela Bifulco</i>	
Il diritto all’identità dei figli in due recenti pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione	337
<i>Chiara Ingenito</i>	
 ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW – FOCUS ON – GIUSTIZIA E INTELLIGENZA ARTIFICIALE	
Giustizia e intelligenza artificiale: considerazioni introduttive	359
<i>Carlo Casonato</i>	
La garanzia dello <i>human in the loop</i> alla prova della decisione amministrativa algoritmica	367
<i>Barbara Marchetti</i>	
Per un’intelligenza artificiale utile al giudizio penale	387
<i>Serena Quattrocolo</i>	
<i>Machina Iuris-Dicere Potest?</i>	399
<i>Ugo Ruffolo</i>	
<i>Verso la regolamentazione dell’Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo</i>	411
<i>Andrea Simoncini</i>	
 ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW	
Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. <i>Explainability</i> e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata	419
<i>Elisa Spiller</i>	
AI-driven migration management procedures: fundamental rights issues and regulatory answers	433
<i>Mirko Forti</i>	

La “scatola nera” della decisione giudiziaria: tra giudizio umano e giudizio algoritmico	453
<i>Sonia Arduini</i>	
Oltre gli atti <i>muti</i>: gli atti <i>neuronal</i>i. I <i>Brain’s Acts</i> a contenuto non patrimoniale, l’uomo postumano e la sua <i>custodia</i>	471
<i>Laura Tafaro</i>	

Di fatti, opinioni e sentimenti

Cinzia Piciocchi

Il numero in uscita in quest'estate di speranza del 2021 offre una serie molto ampia di spunti e riflessioni. Lentamente, possiamo rivolgere l'attenzione ad argomenti diversi dalla pandemia, in una prospettiva che, se da essa ancora non può prescindere, può almeno cominciare ad emanciparsene.

I contributi qui raccolti affrontano questioni attuali e complesse, che forniscono anche una fotografia della realtà che ci circonda. Interpretare e rappresentare la propria contemporaneità è un'operazione articolata, in cui convergono fatti, opinioni e sentimenti. Tre elementi contigui ma distinti che, più la situazione è complessa, più rischiano di confondersi gli uni negli altri.

La pandemia, ad esempio, è un fatto, che ha generato una ridda di sentimenti: preoccupazione, ansia, dolore, ma anche speranza e forse, perlomeno negli auspici, l'apprezzamento di una normalità che oggi ancora non c'è. Ci sono poi le opinioni su come si debba affrontare una situazione di questa portata: quali misure adottare, o fino a che punto limitare i diritti: argomenti che hanno popolato pagine di volumi e riviste per tutto l'anno scorso e parte di quello attuale.

Le cose si complicano nel caso di sovrapposizioni per cui, in virtù dei sentimenti sopra descritti, la pandemia assume le vesti non di un fatto ma di un'opinione, diventando oggetto di possibili interpretazioni, finanche di negazione. Questa transizione trascina con sé anche la percezione della distinzione tra opinioni comuni e – per così dire – qualificate. Vaccini, misure sanitarie e terapie farmacologiche diventano oggetto di dibattiti, sino ad approdare all'arena pubblica, con l'*endorment* di questa o quella terapia da parte di *leader* politici.

La scienza, da sapere di cui fidarsi ed al quale affidarsi, diventa allora uno dei tanti interlocutori, in un contesto in cui il significato della parola competenza fatica a trovare contorni precisi.

Si tratta di un fenomeno al quale abbiamo assistito più volte negli anni, che evidenzia l'importanza di studio, conoscenza e rigore scientifico. Tre elementi che consentono di comprendere e interpretare quello che accade, secondo percorsi in grado di dare un senso ai fatti.

Attraverso il rigore scientifico, che non caratterizza solo le scienze dure, ma anche quelle sociali come il diritto, gli accadimenti possono essere analizzati nelle loro interazioni.

Di fatti, opinioni e sentimenti si occupano anche il *forum* di esperti ed i contributi selezionati in base alla *call* della *Rivista*, dedicata in questo numero alla sperimentazione animale. Il dibattito che circonda quest'argomento è complesso e spesso caratterizzato da forti contrapposizioni. I sentimenti verso gli animali si collocano al centro di esso e lo connotano.

Nell'ambito giuridico, la parola "sentimento" non descrive solo uno stato emozionale, ma anche quello che tecnicamente viene definito come un bene giuridico. Ai delitti contro il sentimento per gli animali è infatti dedicato il titolo IXbis del codice penale, che punisce una serie di comportamenti di mancato rispetto degli stessi ed in particolare della loro natura di esseri senzienti. Proprio tale definizione – esseri senzienti – fornisce l'attuale rappresentazione della condizione animale in ambito giuridico. Il suo riconoscimento nel Trattato di Lisbona, unitamente all'ampia circolazione ed utilizzo negli ordinamenti giuridici sono un fatto.

Questi due elementi – la giuridificazione del sentimento per gli animali e l'adozione della definizione di esseri senzienti – rappresentano un approdo importante. La tutela che ne deriva è

indubbiamente suscettibile di miglioramento ed ampliamento, ma rappresenta un fatto di civiltà. A ben vedere, si può individuare un *fil rouge* che lega i sentimenti fatti propri dal codice penale. Il sentimento della pietà dei defunti, ad esempio, attiene ad un argomento, che poco condivide con quello qui trattato, se non la collocazione nell'ambito della normativa penale (Libro II, Titolo IV c.p). Tuttavia, entrambi sembrano rappresentare un principio comune: l'espressione giuridica di un livello di civiltà, che non riguarda solo la sanzione di comportamenti al fine di proteggere un bene giuridico. In quei sentimenti giuridicizzati si può ravvisare la tutela di una soglia di civiltà, in cui è la condizione umana ad essere in gioco. Si tutelano i defunti non solo per rispetto della *pietas* di chi rimane, ma anche perché, come scriveva Alberico Gentili nel *De iure belli*: «[...] chi offende un cadavere offende, prima di ogni altra cosa, la natura e l'umanità intiera»¹. Nel rispetto degli animali non umani si può intravedere qualcosa di simile: il divieto di maltrattamento non tutelerebbe così solo gli esseri senzienti o il sentimento umano nei loro confronti, ma anche il contesto sociale. Una soglia, in altre parole, sotto la quale non è dato scendere in un consorzio che si voglia definire civile. La giuridificazione della tutela degli animali in sé è un fatto, sulla cui portata e significato insistono poi opinioni diverse. Alcuni ne contestano l'intensità, giudicata in alcuni settori insufficiente; altri sostengono la necessità di una tutela più diretta, che non passi per un sentimento umano e che preveda un ruolo degli animali più centrale. Vi sono poi molti ambiti nei quali si auspica un mutamento di comportamenti umani culturalmente determinati, quale ad esempio le

abitudini alimentari, che molti desidererebbero prescindere dall'utilizzo degli stessi.

Il dibattito in relazione all'utilizzo degli animali a fini scientifici diventa ancora più controverso, in un panorama conflittuale in cui i confini tra fatti, opinioni e sentimenti appaiono talvolta difficili da discernere. Un'analisi caratterizzata dal rigore scientifico, come quella che si propone in questa *Rivista*, può rivelarsi utile per acquisire la visione d'insieme di un mosaico, rispetto al quale è necessario interporre un po' di distanza per riuscire ad osservare non solo le singole tessere, ma anche l'immagine complessiva.

Diventa allora opportuno fare un passo indietro per osservare una serie di fatti, i cui contorni dal punto di vista giuridico appaiono, a ben vedere, definiti.

La regolamentazione giuridica della sperimentazione animale deriva dall'interazione tra fonti di diritto dell'Unione europea e fonti interne. Si tratta di un processo, che caratterizza numerosi ambiti e si comprende analizzando le relazioni tra fonti: un tema classico del diritto, che si studia ampiamente nelle nostre Università.

Il rapporto tra direttive e norme statali è ben definito, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia e consolidati percorsi giurisprudenziali e dottrinali interni.

L'importanza dello studio delle fonti si comprende alla luce di un principio fondamentale nell'ambito del diritto: la certezza. Osserviamo le regole, se siamo messi nella condizione di comprenderle chiaramente. Possiamo avere chiarezza sulle norme giuridiche, se conosciamo come esse interagiscono tra loro e quali siano i criteri per risolvere eventuali antinomie (termine giuridico che ne identifica i contrasti).

¹ G. MARCHETTO, C. ZENDRI (a cura di), *Alberico Gentili il diritto di guerra (De iure belli libri III)*, 1598, Milano, 2008, 422

La trasposizione della direttiva in tema di sperimentazione animale adottata nel 2010, con il d. lgs. 26 del 2014, ha notoriamente introdotto alcuni divieti, al di fuori di quanto consentito dalla normativa europea. Il dibattito seguito all'entrata in vigore del decreto legislativo ha spesso focalizzato l'attenzione sugli ambiti di ricerca oggetto del divieto (come noto: xenotrapianti di organi e sostanze d'abuso). Facendo un passo indietro ed osservando la questione dal punto di vista giuridico, però, la natura delle ricerche non consentite non è rilevante. Siamo di fronte ad un caso di antinomia tra norma interna e direttiva europea: un fatto rispetto al quale esistono regole, che i contributi qui pubblicati richiamano a più riprese.

Ciò non toglie la legittimità del dibattito pubblico sui settori di ricerca coinvolti, ma lo colloca sul piano delle opinioni, e non su quello tecnico del contrasto tra fonti.

Se ci si sposta poi sul piano delle modalità con cui questi divieti (non) sono entrati in vigore, possiamo concentrarci sul contingente, osservando la normativa che ogni anno, come foglie secche dell'inverno, li spazza sulla soglia dell'anno nuovo con i decreti "milleproroghe".

Anche questo è un fatto, che ha in realtà impedito di porsi la questione della risoluzione delle antinomie sopra citata. Sino a quando i divieti non entreranno in vigore, infatti, il contrasto con la normativa europea rimane potenziale.

Facendo nuovamente un passo indietro per acquisire una visione d'insieme, però, si staglia sullo sfondo un principio cardine: la certezza del diritto.

Chi ha ricevuto finanziamenti per condurre ricerche in questi ambiti, o chi ad essi stia dedicando la propria attività, non sa se questa dilazione sarà reiterata, trovandosi in una condizione

d'incertezza che si perpetua di anno in anno. La prosecuzione del loro lavoro dipende infatti dalla volontà politica di perpetuare tale scelta, anche alla luce una procedura di infrazione aperta nei confronti dello Stato italiano, che si staglia come una nube nera all'orizzonte.

In quest'incertezza si colloca una serie di questioni ulteriori, come l'avanzamento della conoscenza in questo settore scientifico in Italia, il lavoro dei ricercatori ed il destino di chi con loro collabora.

Accanto alle norme giuridiche, si pone poi la giurisprudenza. Un altro caso ampiamente dibattuto ha riguardato la vicenda giudiziaria, sfociata da ultimo nella recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 8 febbraio 2021, n. 1186)², in merito al progetto "*Lightup*" dell'Università di Torino in collaborazione con l'Università di Parma. Anche in questo caso, il dibattito si è focalizzato sui protocolli di ricerca oggetto del giudizio e sulle opinioni relative al tipo delle ricerche condotte.

Facendo un passo indietro, appare però un'immagine più ampia, in cui convergono temi che nelle pagine di questa *Rivista* sono emersi a più riprese.

La principale questione in questa vicenda, così lunga e controversa, appare essere il tema dell'ingresso del formante scientifico nel giudizio. Nel caso della sperimentazione animale, quest'argomento si connota secondo dinamiche ancora più complesse, poiché i protocolli al vaglio dell'autorità giudiziaria hanno alle spalle un percorso lungo e complesso, in cui il rispetto dei criteri stringenti che presidiano l'ammissibilità stessa di questo tipo di ricerche (su tutti le 3R) è sottoposto al vaglio di diversi organismi nazionali e, quando le ricerche siano finanziate dall'UE, anche europei. Un sapere scientifico, giudicato da

² Si può leggere in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

pari, che ha svolto un suo percorso e rispetto al quale il ruolo del giudice si confronta, in termini non privi di criticità.

Il *forum* degli esperti (che ringraziamo di cuore per aver partecipato) e i contributi qui pubblicati (per la cui qualità ci congratuliamo) ci parlano di fatti, opinioni e sentimenti, sulla base della propria esperienza professionale e con rigore scientifico.

Ci sono i sentimenti: lo sconcerto dei ricercatori, la cui attività dipende al contempo da norme rigorose ed incerte. C'è il sentimento per gli animali, che attraversa le riflessioni etiche e giuridiche. Ci sono poi le questioni estremamente tecniche giuridiche, sin qui accennate.

Emerge sullo sfondo l'opinione radicata che l'utilizzo degli animali a fini scientifici sia "male necessario", destinato gradualmente a venir meno in tutti gli ambiti in cui questo apparirà possibile. Nel titolo della nostra call, "laddove necessaria", pare allora di poter individuare un punto d'incontro, come base di dialogo e confronto.

È un fatto che non si possa predire il futuro. Possiamo però in parte contribuire a determinarlo, se riusciamo a mantenere memoria del nostro passato.

Non so se un giorno, quando si spera che questo periodo complicato sarà terminato, saremo in grado di apprezzare la ritrovata normalità. Auspicio che ci ricorderemo di quanto è successo in questi due anni.

Un'esperienza collettiva che ha mostrato l'importanza del saper essere comunità, così come del ruolo della scienza e la possibilità di un dialogo costruttivo in merito a ciò che la circonda.

Elementi che, io spero, possano apparire come fatti, se porteremo memoria di ciò che insieme abbiamo vissuto.

Forum – La sperimentazione con gli animali in Italia: opinioni a confronto

Esseri senzienti e sperimentazione: quali frontiere?

Francesca Rescigno

Professoressa associata di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Bologna

Mail: francesca.rescigno@unibo.it

Il dibattito sulla posizione giuridica degli esseri animali ha assunto negli ultimi anni una posizione sempre più rilevante: se un tempo infatti parlare di diritti e soggettività animale poteva apparire una stranezza filosofica lontana dalla realtà, oggi i contorni di un possibile riconoscimento giuridico della *senzietà animale* appaiono almeno abbozzati dall'articolo 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che qualifica espressamente gli animali quali «esseri senzienti», anche se poi concretamente omette di fornire una definizione sia di «benessere degli animali» che di «essere senziente». Tale disposizione, malgrado appaia contraddistinta da un forte spirito di compromesso in quanto coniuga l'affermazione della senzietà animale con il mantenimento in essere di

fenomeni discutibili ed altamente problematici, come ad esempio le macellazioni rituali religiose o alcune attività folkloristiche e di costume che coinvolgono loro malgrado gli esseri animali¹, ha comunque il merito di avere proclamato la senzietà animale in un Trattato europeo, incentivando così future iniziative legislative maggiormente garantiste nei confronti degli esseri animali.

Uno dei temi centrali rispetto alla soggettività animale è quello della sperimentazione, cioè l'utilizzo degli animali a scopo di studio e ricerca in ambito cosmetico, farmacologico, fisiologico, fisiopatologico, biomedico e biologico. La sperimentazione animale è stata oggetto di particolare interesse da parte dell'Unione Europea che si è confrontata sia con la sperimentazione in ambito cosmetico che con quella prettamente medico-scientifica. Nel primo caso l'intervento europeo è stato decisivo al fine della salvaguardia della senzietà animale, poichè nel 2009 è stato approvato il Regolamento CE n. 1223 che ha condotto alla totale eliminazione della possibilità di effettuare test sugli esseri animali per i prodotti cosmetici in Europa, vietando le sperimentazioni sia per i prodotti finiti che per gli ingredienti o le combinazioni di ingredienti, così come l'importazione e l'immissione sul mercato europeo di prodotti la cui formulazione finale o i cui ingredienti siano stati oggetto di

¹ Si ricorda che già nel 2001 la Corte europea con il caso *Jippes* era stata chiamata a valutare se il benessere degli animali potesse essere considerato un principio generale del diritto europeo ed aveva concluso in senso negativo chiarendo che la salute e la protezione degli animali sono interessi pubblici di cui le istituzioni dell'UE devono tenere conto nell'esercizio dei loro poteri. In sintesi, la protezione del benessere degli animali non è un principio generale del diritto dell'UE, sebbene sia un valore accettato da promuovere e tutelare. Cfr. Sentenza del 12 luglio 2001, C-189/01, *Jippes*, EU:C:2001:420. Per un commento,

cfr., E. SPAVENTA, *Case C-189/01 H. Jippes*, in *Common Market Law Review*, 39, 2002, 1159. La Corte non si discosta da questo precedente anche nelle sentenze successive all'introduzione dell'articolo 13 TFUE; ribadendo che il benessere degli animali non può essere considerato un «principio generale del diritto dell'UE», bensì un valore e un interesse pubblico. Cfr. Sentenza del 14 giugno 2012, C-355/11, *Brouwer*, EU:C:2012:353; sentenza del 23 aprile 2015, C-424/13, *Zuchtvieh-Export GmbH/Stadt Kempten*, ECLI:EU:C:2015:259.

sperimentazione animale². Oltre alla cosmesi, assai rilevante appare la sperimentazione medico-farmaceutica disciplinata dalla Direttiva Europea n. 63 del 2010 che mira ad implementare la tutela degli animali utilizzati per scopi scientifici e sperimentali migliorandone il benessere attraverso l'affermazione del principio delle tre R e cioè: sostituzione (*replacement*), riduzione (*reduction*) e perfezionamento (*refinement*)³. Il recepimento della Direttiva nel nostro ordinamento è avvenuto con il Decreto Legislativo n. 26 del 2014, capace di scontentare sia i fautori della sperimentazione animale che i sostenitori dell'eliminazione della stessa. La recente vicenda tutta nostrana relativa al Progetto di ricerca *Light up*⁴ che ha condotto a ripetuti interventi della magistratura amministrativa e ha visto il suo epilogo con la pronuncia del Consiglio di Stato del 28 gennaio 2021, con cui il supremo organo amministrativo ha consentito il proseguimento degli esperimenti sui macachi rinchiusi nello stabulario dell'Università di Parma, ha evidenziato le notevoli difficoltà sottese al tema della sperimentazione⁵. L'esito finale non è stato certo quello sperato dagli animalisti, tuttavia l'intera

vicenda ha il merito di aver evidenziato le carenze del sistema sperimentazione, ponendo come imprescindibili nuove e stringenti riflessioni sulla senzietà e sull'uso degli esseri animali. La posizione giuridica attuale degli esseri animali li vede infatti ancora collocati in una sorta di "limbo giuridico", poiché non sembra essersi affermata una reale soggettività giuridica animale, senza la quale gli esseri animali continuano a non avere uno *status* giuridico e quindi a permanere nella ossimorica condizione di *res senzienti*. Appare dunque necessario domandarsi come potrebbe risultare compatibile l'auspicabile compimento del processo di senzietà animale con il mantenimento delle pratiche di sperimentazione. La risposta è racchiusa nel concetto di bilanciamento, applicabile anche agli interessi di esseri viventi appartenenti a specie differenti ma comunque tutti meritevoli di tutela giuridica, e in tale prospettiva il diritto appare lo strumento ideale per affermare un'efficace consapevolezza legislativa della specificità animale che sancisca, seppure quale diritto relativo, il diritto alla vita degli esseri animali. Diritto relativo poiché potrà, in particolari circostanze, essere disatteso nel

² Sulla sperimentazione in materia di cosmetici cfr. F. RESCIGNO, *Il divieto degli animal testing cosmetici: un passo avanti verso la soggettività animale?*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cosmetici. Diritto, regolazione, bio-etica*, Roma, 2014, 45.

³ Nella sterminata bibliografia in tema di sperimentazione animale mi si consenta di indicare solo alcuni contributi essenziali G. CIABURRI, *La sperimentazione sugli animali*, Bologna, 1956; R.D. RYDER, *Esperimenti sugli animali*, in T. REGAN, P. SINGER (a cura di), *Diritti animali, obblighi umani*, Torino, 1987, 41; S. GARATTINI, *La sperimentazione animale è tuttora necessaria per la salute degli uomini*, in *Federazione Medica*, I, 1991, 9; AA.VV., *Modelli sperimentali nella ricerca biomedica: aspetti tecnici e scientifici. Manuale pratico*, Pavia, 1994; L. LOMBARDI VALLAURI, *L'obiezione di coscienza legale alla sperimentazione animale, ex-vivisezione (Legge 12 ottobre 1993 n. 413)*, in A. MANNUCCI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli*

animali, Milano, 2001, 271; I.R. PAVONE, *Animal Experimentation and Animal Welfare in the Context of the European Union: Reflections on the Directive 2010/63/EU and its Transposition in Italy*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 75. Sul principio delle 3 R si veda invece W.M.S. RUSSELL, R.L. BURCH, *The Principles of Human Experimental Technique*, London, 1959

⁴ Si tratta di un Progetto delle Università di Torino e Parma, sui deficit visivi umani, finanziato dall'*European Research Council* con una durata prevista di 5 anni, per cercare procedure riabilitative che permettano il recupero della vista a pazienti ciechi in seguito a una lesione al cervello derivata da ictus o tumore.

⁵ Rispetto agli interventi della magistratura cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, ric.5 novembre 2019, n. 11774; Consiglio di Stato, sez. III, ord. 23 gennaio 2020, n. 230; T.A.R. Lazio – Roma – Sez. III Quater – Sentenza 1° giugno 2020, n. 5771; Consiglio di Stato, Sez. III, ord., 9 ottobre 2020, n. 5914.

bilanciamento con alcuni interessi umani. In quest'ottica la sperimentazione animale potrebbe essere giustificata solo nel caso in cui si sia effettivamente in presenza di un superiore interesse umano non altrimenti perseguibile, senza dimenticare di potenziare costantemente la ricerca alternativa che riduce l'utilizzo degli esseri animali.

Senzietà degli esseri animali, bilanciamento degli interessi umani e animali, sperimentazione e metodi alternativi costituiscono quindi le sfide dei prossimi interventi normativi volti alla costruzione di un sistema capace di abbandonare il rassicurante antropocentrismo giuridico affiancando alla giuridicità umana quella animale, poiché è solo all'idea di diritto soggettivo che si collega una reale tutela da parte dell'ordinamento e dei suoi organi. Il diritto appare potenzialmente in grado di costruire questo nuovo rapporto uomo-animale, affermando un'efficace consapevolezza legislativa della specificità animale e divenendo il fulcro di un rinnovato biocentrismo di cui tutti: esseri animali ed esseri umani, non possono che beneficiare.

La sperimentazione animale tra scienza, istituzioni e cittadini

Mariachiara Tallacchini

Professoressa ordinaria di filosofia del diritto, Università Cattolica del Sacro Cuore, Piacenza

Mail: mariachiara.tallacchini@unicatt.it

Diversamente da altri ambiti scientifico-tecnologici, il dibattito sulla sperimentazione animale non è stato adeguatamente affrontato nella prospettiva del rapporto tra scienza, istituzioni e cittadini. Anche se, a partire dagli scorsi anni ottanta, l'utilizzo di animali per finalità scientifiche è stato rivoluzionato da interventi normativi scaturiti da un'augmentata sensibilità sociale nei confronti degli animali non-umani, tali trasformazioni sono state promosse soprattutto come l'affermazione di nuovi principi etici più che come un aspetto importante della revisione del contratto tra scienza e società.

L'immagine originaria e tradizionale che la comunità scientifica ha trasmesso di sé, e che ancora talora emerge, è l'ideale della "repubblica della scienza" e del suo connaturato "ethos" di Michael Polanyi e Robert Merton¹. Nell'idealizzazione della scienza proposta da Polanyi e Merton nel secondo dopoguerra – per riaffermarne il valore proprio quando la fiducia del pubblico cominciava a incrinarsi – validità ed eticità della conoscenza rappresentano un binomio indissolubile. Metodo e pratica della scienza sono parte di un *ethos* che forgia anche l'integrità morale degli scienziati, giustificandone l'autoreferenzialità di governo epistemico ed etico.

Le 3R di Russell e Burch sono storicamente ispirate a questa visione, pur con l'intento riformatore che le caratterizzò al loro apparire. Russell e

Burch si rivolgevano alla comunità scientifica dall'"interno", per suggerire che la buona scienza doveva allinearsi all'etica nell'esigere rigorose pratiche di *refinement*, *reduction* e *replacement* per la sperimentazione animale. La visione dell'etica e della *sound science* che Russell e Burch proponevano alla fine degli anni Cinquanta alla comunità scientifica sono ciò che l'Unione Europea (peraltro come numerosi altri ordinamenti) ha reso giuridicamente vincolante a partire dalla Direttiva 86/609/CEE fino alla Direttiva 63/2010/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici. La sperimentazione non ha giustificazioni morali accettabili, ma solo una giustificazione antropocentrica che deve tendere alla progressiva eliminazione di essa a favore di pratiche non-offensive.

Ma l'implementazione legislativa di comportamenti prima affidati alla libera e responsabile coscienza degli scienziati non esprime soltanto la necessità di rendere le condotte connesse al benessere animale definite, vincolanti ed esigibili, ma è anche il segno di un differente rapporto tra scienza e società.

Le norme che hanno progressivamente governato la sperimentazione animale sono anche il riflesso di un cambiamento nella gestione della scienza nelle *knowledge-based societies* dove, se la conoscenza scientifica sempre più legittima le decisioni pubbliche, tale legittimazione richiede al tempo stesso un accreditamento pubblico della scienza, anche alla luce dei diritti di cittadinanza scientifica. La scienza deve proporsi pubblicamente in modo accurato, trasparente e

¹ M. POLANYI, *The Republic of Science*, in *Minerva*, 1962, I, 54-73; R. MERTON, *Science and Democratic*

Social Structure, in *Social Theory and Social Structure*, New York, 1968, 604-615.



credibile, deve essere rispettosa delle norme e restare aperta a forme estese di valutazione².

In questo senso sembra muoversi anche la sentenza del Consiglio di Stato del febbraio 2021³ nell'accogliere il punto procedurale – e scientifico-normativo — avanzato dalla LAV (Lega Anti-Vivisezione), che punta il dito contro un modo di fare scienza che, per essere in linea con la legge, non può più essere autoreferenziale e deve mostrare la validità dei propri asserti. Non basta dire che la sofferenza degli animali è stata minimizzata, ma bisogna mostrare in modo preciso e accurato come ciò è stato fatto. «Sia il parere dell'Organismo preposto al benessere animale che la valutazione tecnico scientifica del Consiglio Superiore di Sanità, infatti, non hanno in alcun modo motivato sul progetto, limitandosi a riportare alcune considerazioni senza approfondimento critico» (par.3). «[È] doveroso e imprescindibile condurre gli esperimenti assicurando di infliggere alle cavie la minore sofferenza possibile. Solo con tale impegno, che deve essere posto a presupposto dell'inizio dell'attività, è possibile accettare il sacrificio di animali, esseri senzienti». Ciò si traduce nell'«obbligo imprescindibile [...] di effettuare e depositare rapporti periodici e frequenti», per attestare che «nonostante le pratiche condotte sui macachi, è rispettato il “benessere animale” di cui all'art. 13 del vigente Trattato europeo» (par.10).

Il dibattito pubblico sulla sperimentazione animale resta ancora lontano da ciò che una società democratica della conoscenza esige. Benché il benessere animale rappresenti un obbligo di

legge, tale obbligo non è ancora culturalmente avvertito come allineamento tra scienza e società e come legittima esigenza di trasparenza, ma come l'indebita colonizzazione giuridica dell'etica della comunità scientifica⁴.

Ciò che ancora manca nella nuova cultura scientifica e normativa sugli animali è un dialogo improntato a un'analisi più fine e circostanziata dell'intero ventaglio dei metodi sperimentali disponibili, dei settori dove gli animali appaiono sostituibili oppure ancora imprescindibili, dell'attendibilità dei modelli proposti, della validità dei campioni statistici, della problematicità dei risultati inutilmente duplicati e di quelli non riproducibili⁵. Solo questo cambiamento di paradigma argomentativo e comunicativo può progressivamente contribuire a un rapporto tra scienza e società sulla sperimentazione animale non solo più in linea con la migliore epistemologia ed etica della scienza, ma anche con una più efficace protezione degli animali non-umani. Se l'identità europea è orientata alla conoscenza, il crescente rispetto per gli animali deve essere parte di tale identità.

² N. PITRELLI, M. TALLACCHINI, *Nuova scienza, nuova politica. Per una democrazia della conoscenza*, Tricase, 2021.

³ Consiglio di Stato, Sezione Terza, N. 01186/2021REG.PROV.COLL., 08/02/2021.

⁴ M TALLACCHINI, *Gli animali nella “società europea della conoscenza”: contraddizioni e prospettive*, in *Animal Studies*, IV, 12, 2015, 9-30.

⁵ Environmental Protection Agency (EPA), *EPA New Approach Methods Work Plan: Reducing Use of Animals in Chemical Testing*, June 2020, https://www.epa.gov/sites/production/files/2020-06/documents/epa_nam_work_plan.pdf (ultimo accesso 18 aprile 2021).

Sperimentazione animale: un dibattito privo di senso?

Giacomo Rizzolatti

Professore emerito; Dipartimento di Medicina e Chirurgia, Università di Parma e Istituto di Neuroscienze, CNR, Unità di Parma.

Mail: giacomo.rizzolatti@unipr.it

Per anni gli animalisti hanno bombardato l'opinione pubblica con scritti, manifesti, video, ecc. contrari all'uso degli animali a scopo scientifico. I loro argomenti erano e sono essenzialmente tre: 1) la sperimentazione animale non serve, 2) la sperimentazione animale può essere sostituita con metodi alternativi, 3) gli animali da esperimento, sono esseri senzienti che durante gli esperimenti soffrono terribilmente.

Per capire la debolezza del primo argomento basta guardare i dati ufficiali della *American Medical Association* (AMA). La quantità di progressi che sono stati fatti grazie alla sperimentazione animale è impressionante; tanto per citarne alcuni, si va dal trapianto di cuore, al trattamento dell'insufficienza coronarica, dall'uso degli anticorpi monoclonali in varie patologie, all'uso delle ciclosporine come farmaco antirigetto. A questo bisogna aggiungere l'aumento delle nostre conoscenze fisiologiche, farmacologiche e biochimiche che hanno permesso lo sviluppo di nuove tecniche e di nuovi farmaci. Infine in questo periodo di pandemia è interessante leggere cosa dice l'AMA a proposito della poliomielite. «I vaccini contro la poliomielite, ottenuti *usando i primati*, hanno ridotto il numero di casi di paralisi negli Stati Uniti da 58,000 nel 1952, picco dell'epidemia, a 4 (quattro) nel 1984». Ottimo esempio di come l'uso degli animali in medicina sia inutile!

Il secondo argomento è grottesco. Si suggerisce di usare, invece degli esperimenti sugli animali, modelli matematici, possibilmente implementati su computer. Sono tecniche che i ricercatori conoscono, ovviamente da anni. Si tratta infatti di metodologie complementari alla sperimentazione animale e non di metodologie sostitutive. Un argomento che fa molta presa sull'opinione pubblica è la presunta sofferenza degli animali sottoposti agli esperimenti scientifici. Si tratta di un'affermazione che fa molto presa sulle persone che non conoscono le procedure scientifiche. Per controbattere questo pregiudizio, anche qui userò dati ufficiali. Dai dati dell'AMA risulta che il 94% degli animali da esperimento *non sono esposti a sofferenza*, e questa è ridotta al minimo, in termini di durata, da farmaci che leniscono il dolore. Rimane il 6% degli esperimenti in cui gli animali sono sottoposti a procedure che provocano dolore. Poiché lo scopo, però, di questi esperimenti è quello di mettere a punto farmaci che leniscano la sofferenza, ogni procedimento che la mitigasse ne vanificherebbe lo scopo,

Concludo con Darwin che, grande amante degli animali, fu in prima linea in dibattiti e proposte legislative per proibire le crudeltà allora inflitte agli animali per mero divertimento. Ebbene, nel suo libro sull'Origine dell' Uomo, pubblicato nel 1871, e di cui si celebra questo anno il 150esimo dalla pubblicazione, Darwin, dopo avere riconosciuto che gli animali sono esseri senzienti scrive «[...] la fisiologia non può progredire se non per mezzo di esperimenti su animali vivi e sono profondamente convinto che coloro che ritardano il progresso della fisiologia commettono un crimine contro l'umanità» (*I feel the deepest conviction that he who retards the progress of physiology commits a crime against mankind*).

Il difficile rapporto tra Scienza e Magistratura

Micaela Morelli

Professoressa ordinaria di farmacologia, Università degli Studi di Cagliari

Mail: morelli@unica.it

Sul fascino delle scoperte scientifiche e sull'utilità di queste, sembra non esistano dubbi, così come non esistono interpretazioni dubbie sul diritto alla salute che anzi tutti auspicano.

Tra queste affermazioni condivise, si frappongono però ideologie vecchie e nuove che, in quanto «complesso di credenze, opinioni, rappresentazioni, valori che orientano un determinato gruppo sociale» (definizione dall'enciclopedia Treccani), non si confrontano con il metodo scientifico verificabile, che raccoglie dati empirici basati su ipotesi e teorie che vengono vagliati e sottoposti ad una analisi rigorosa, logico-razionale. Accade quindi che gruppi sociali ideologicamente orientati e molto attivi, forti del loro grado di visibilità anche se in rappresentanza di una piccola parte della collettività, possano influenzare i decisori politici. Ricordiamo la fecondazione assistita, così come le disposizioni sul fine vita e il caso Englaro o dj Fabo, casi in cui la Corte Costituzionale è intervenuta per sopperire all'incapacità di decisione da parte del Parlamento, o al contrario, più recentemente, le decisioni dell'AIFA (Agenzia Italiana del Farmaco) sulle terapie per il COVID-19 revocate dal Consiglio di Stato.

Il rapporto tra Scienza e Diritto è quindi tormentato e oscillante e in questo momento storico uno dei maggiori scogli che investono questo rapporto è costituito dalla regolamentazione della sperimentazione che utilizza gli animali. Sperimentazione permessa e disciplinata fin

dagli anni 80 e che ora è regolamentata in maniera molto rigida dal D.Lgs. 26/2014 che prevede un processo autorizzativo indipendente e rigoroso, atto a valutare il valore scientifico e la rilevanza delle prospettive per la salute dei futuri pazienti, insieme al rigore etico verso gli animali impiegati. Esistono quindi norme e regole che ci assicurano perché evitano abusi ed eccessi di ricerche fuori controllo.

Nel quadro della regolamentazione italiana, che recepisce la Direttiva Europea 63/2010, a causa dell'azione di lobbying delle associazioni animaliste esistono però una serie di limitazioni alla ricerca. In Italia sono presenti divieti che inaspriscono le normative europee a tutela degli animali tali da non consentire la sperimentazione sulle sostanze d'abuso e sugli xenotrapianti. Limitazioni giudicate eccessive dall'Unione Europea che ha aperto una procedura di infrazione contro l'Italia che rischia pesanti multe oltre a vedere i propri ricercatori svantaggiati nell'accesso ai fondi europei per la ricerca in quegli ambiti.

Di fatto, una guerra contro la Scienza poco conosciuta dai più, ma che anima una contrapposizione tra i ricercatori che chiedono che uno stato di diritto non faccia prevalere la "narrazione animalista", e le associazioni animaliste sempre più aggressive e spesso violente.

In questo quadro legislativo, si inserisce un caso recente ed emblematico del difficile rapporto tra Scienza e Magistratura. È il caso che ha visto due ricercatori, i professori Marco Tamietto e Luca Bonini, delle Università di Torino e Parma, protagonisti, loro malgrado, di una vicenda giudiziaria durata circa due anni. I due ricercatori nel 2019 avevano ricevuto un finanziamento da parte dello *European Research Council* (ERC), il più prestigioso ente di promozione della ricerca europeo, per svolgere il progetto *LightUp* che si propone di studiare un deficit della visione secondario, per esempio, ad un ictus e validare quindi

procedure riabilitative basate sui meccanismi di plasticità cerebrale.

A giugno 2019 a seguito di una campagna di disinformazione da parte delle associazioni animaliste, in particolare la Lega Anti Vivisezione (LAV), che promuove una serie di petizioni per fermare la ricerca, vengono intraprese azioni di contrasto di vario genere che raggiungono l'apice in una lettera anonima, corredata da un proiettile, e nell'aggressione al prof. Tamietto, spingendo la Digos a mettere i due ricercatori sotto scorta.

In questo clima di diffamazione e di denunce, nel gennaio del 2020, la III Sezione del Consiglio di Stato presieduta dal giudice Franco Frattini, accoglie la richiesta cautelare degli animalisti e sospende il progetto, chiedendo al Ministero della Salute di «fornire prova sull'impossibilità di trovare alternativa ad una sperimentazione invasiva sugli animali», ignorando che quanto richiesto è sempre una pre-condizione per l'approvazione di un progetto da parte dell'ERC e del Ministero della Salute. Ci si aspetterebbe che in sede giudiziaria un progetto di ricerca riconosciuto da tutti gli enti competenti debba essere tutelato, e invece «alla sbarra» finiscono proprio i ricercatori e le Università che ospitano il loro progetto. La scelta della III Sezione del Consiglio di Stato afferma di fatto la sindacabilità del dato scientifico in ambito giuridico e mette in luce un rapporto inappropriato tra Magistratura e Scienza.

Nel giugno 2020 l'azione giudiziaria sembra chiudersi perché il TAR del Lazio respinge con giudizio di merito la domanda di annullamento del progetto presentata della LAV, motivando «le censure dedotte dalla LAV come generiche e prive di fondamento in fatto e in diritto». Questo non basta, però, a chiudere il caso perché la LAV dopo avere impugnato la sentenza del TAR del Lazio deposita l'ennesimo ricorso che contesta le valutazioni tecnico-scientifiche del Consiglio Superiore di Sanità e di tutti gli organismi tecnici

indipendenti che hanno valutato scientificamente il progetto. Ricorso che solo dopo varie proroghe viene finalmente, respinto nel gennaio 2021, quando la III sezione del Consiglio di Stato lo respinge definitivamente confermando quanto deliberato dai comitati etici e dagli organismi per la tutela del benessere animale delle Università di Torino e Parma, il Ministero della Salute e il Consiglio Superiore di Sanità.

Due anni persi da un progetto di ricerca nella competizione internazionale, due anni in cui i giovani ricercatori reclutati dai professori Tamietto e Bonini hanno lasciato i laboratori in cui avrebbero dovuto svolgere le loro ricerche e i macachi hanno dovuto attendere tempi che si sono prolungati prima di essere utilizzati per gli scopi per cui erano stati acquistati.

Sapere che per motivi ideologici privi di qualunque base scientifica vengano limitate e ritardate importanti ricerche da parte della Magistratura che accoglie ricorsi infondati, è sconcertante in particolare per chi per la propria professione o perché coinvolto personalmente, vive ogni giorno la sofferenza umana legata a malattie che ancora attendono una cura. L'augurio è quindi che facendo tesoro di esperienze come quella descritte sopra, il potere giudiziario possa svolgere sempre meglio il ruolo di arbitro neutrale nella applicazione delle leggi.

La questione della sperimentazione animale in prospettiva bioetica

Luisella Battaglia

Professoressa ordinaria di filosofia morale, Università di Genova. Componente del Comitato Nazionale per la Bioetica

Mail: luisella.battaglia@unige.it

Il tema della sperimentazione animale, per la stessa complessità dei quesiti che solleva, la rilevanza degli interessi e dei valori in gioco, costituisce uno dei problemi cruciali del dibattito bioetico. Al di là infatti delle questioni pratiche e operative – quali gli usi corretti degli animali, quali i limiti degli esperimenti, quali i protocolli scientifici più adeguati – emergono, in questo settore cruciale della ricerca, interrogativi più ampi e radicali di etica filosofica. Da qui la consapevolezza che non è possibile rispondere a quesiti specifici su tale materia senza prima aver affrontato quelli che riguardano, da un lato, le ragioni e i valori in nome dei quali ci sentiamo autorizzati a disporre della vita degli animali e, dall'altro, la stessa immagine della scienza come sapere finalizzato sui cui obiettivi, metodi e strategie si impone una riflessione in termini di etica della responsabilità.

Potremmo pertanto identificare almeno due quesiti rilevanti, sotto il profilo bioetico, della sperimentazione animale:

- a) il problema dei *limiti*;
- b) il problema della intrinseca *liceità* di tale pratica.

Si tratta evidentemente di questioni che si pongono a diversi livelli di complessità collocandosi, la prima, all'interno di un discorso che presuppone la moralità della sperimentazione e intende regolargli, introducendo direttive e criteri, e

ponendosi invece, la seconda, in un atteggiamento di critica e di discussione dei presupposti stessi su cui la sperimentazione si fonda per saggiarne la validità e vagliarne le ragioni. Nel primo caso, il quesito riguarda i limiti cui lo spettatore deve attenersi, i doveri che gli si pongono, le misure da apprestare per evitare inutili sofferenze ai soggetti; nel secondo, ci si chiede se si debba interferire sul vivente, ove ciò risulti vantaggioso per l'uomo e se – e fino a che punto – questi abbia il diritto di disporre della vita e dell'integrità dei non umani.

In questi ultimi decenni si è registrato il passaggio, all'interno della comunità scientifica, da un atteggiamento definibile come *specismo radicale* – per cui gli animali si considerano come “cose”, eticamente indifferenti, nei cui confronti l'uomo non ha alcun tipo di doveri – a uno definibile come *specismo con sensibilità per gli interessi degli animali* – per cui si riconoscono negli animali degli esseri senzienti, dotati di interessi e, pur sostenendo la differenza qualitativa rispetto all'uomo, si accetta di procedere a una valutazione comparativa dei rispettivi interessi, in termini di analisi costi/benefici. L'ammontare della sofferenza causata e il numero e il tipo di animali impiegati concorrono a formare il cosiddetto “costo etico” di un esperimento, in rapporto al quale si valutano i meriti scientifici e i potenziali benefici per gli umani. Questo processo di sensibilizzazione è comprovato dall'adozione del “modello delle 3R” *Replacement, Reduction, Refinement* (sostituzione, riduzione, perfezionamento), formulato da William Russell e Rex Burch nel volume *The Principles of Human Experimental Technique* (1959). Al modello delle 3R si richiama esplicitamente un documento del Comitato nazionale per la bioetica *Metodologie alternative, comitati etici e obiezione di coscienza alla sperimentazione animale* (2009) che dedica molta attenzione alle metodologie

alternative, sottolinea l'importanza del ruolo dei comitati etici per la sperimentazione animale e sostiene l'esigenza di una qualificata *animal care*.

Quanto al secondo aspetto, per porre in questione la premessa fondamentale su cui si basa la sperimentazione animale – la liceità etica di fare ai non umani ciò che non faremmo mai agli umani – occorre che agli animali venga riconosciuto uno status morale che esiga da noi la considerazione dei loro interessi o diritti. A tal fine sono state elaborate negli ultimi decenni teorie filosofiche che, pur nella diversità degli approcci, appaiono accomunate dalla critica radicale allo *specismo*, e quindi al diritto che l'uomo si attribuisce di disporre a suo piacimento della vita degli animali. Grazie anche alla diffusione di tali dottrine, è maturata una crescente cultura del rispetto nei confronti delle altre specie e una diffusa consapevolezza dei problemi etici connessi alla ricerca. Da qui il sorgere, all'interno stesso della comunità scientifica, del fenomeno dell'*obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*, che ha comportato conseguenze assai importanti. Innanzitutto, si è indebolito grandemente uno degli argomenti più classici opposto agli abolizionisti, quello, cioè, di collocarsi al di fuori della scienza, di sostenere le ragioni dell'oscurantismo contro quelle del progresso. Non si danno infatti, da un lato, le ragioni della scienza e, dall'altro, quelle dell'etica, ma piuttosto siamo di fronte a due modelli specularmente opposti di etica per la scienza. Ciò ha comportato la rivendicazione della validità scientifica e della legittimità etica delle metodologie che escludono l'impiego degli animali e, insieme, la richiesta di approntare quegli strumenti (istituti, centri di ricerca, fondazioni) che possano sostenere e incoraggiare tali ricerche.

La crescente sensibilità della società contemporanea nei confronti della questione animale ha

trovato una significativa espressione nella legge del 12 ottobre 1993, n. 413 che ha riconosciuto il diritto ai cittadini che «si oppongono alla violenza su tutti gli esseri viventi» di «dichiarare la propria obiezione di coscienza ad ogni atto connesso con la sperimentazione animale». La legge prevede la possibilità per i medici, i ricercatori, il personale sanitario e per gli studenti universitari che si dichiarano obiettori di «non prendere parte direttamente alle attività e agli interventi specificamente e necessariamente diretti alla sperimentazione animale» e richiede che siano attivate, «all'interno dei corsi, entro l'inizio dell'anno accademico successivo alla data di entrata in vigore della presente legge, modalità di insegnamento che non prevedano attività o interventi di sperimentazione animale.

Si può osservare che se la legge riconosce la libertà di coscienza della persona come diritto umano inviolabile e quindi tutela un bene-valore soggettivo, essa attribuisce un rilievo significativo anche al bene-valore oggettivo del benessere/vita animale. L'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale, nel suo collegarsi al *corpus* delle leggi animaliste, rappresenta pertanto un punto di svolta nel nostro ordinamento giuridico per il suo alto significato bioetico. In tal modo potrebbe aversi la promozione di una politica della ricerca rispettosa delle scelte etiche e dei valori espressi da una parte cospicua dell'opinione pubblica e della comunità scientifica e che tenga conto del carattere evolutivo dell'etica, e cioè di come i comportamenti e le opzioni possano mutare in relazione alle concezioni che gli uomini hanno di sé e della buona vita.

I limiti della sperimentazione con gli animali in Italia

Silvio Garattini

Presidente, IRCCS – Istituto di Ricerche Farmacologiche “Mario Negri”, Milano

Mail: garattini@marionegri.it

Se ce ne fosse stato bisogno, lo sviluppo rapido ed efficace dei vaccini anti SARS-Cov-2 ha dimostrato quanto sia stata importante la sperimentazione animale che si è giovata di varie specie: dal furetto, al hamster, ai primati non umani. Senza la sperimentazione animale non avremmo avuto altri vaccini e la disponibilità di molti farmaci che curano malattie e sofferenze e sono alla base dell'aumento della durata di vita delle popolazioni di tutto il mondo. Ciò nonostante, in Italia la sperimentazione animale è ostacolata in modo sistematico.

Il decreto legislativo n. 26 del 2014 ha recepito la direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, che era stata firmata da tutti i Paesi dell'UE per fare in modo che potessero operare nel campo della ricerca, tutti nelle stesse condizioni. Il nostro Parlamento, però, mostrando il ricorrente atteggiamento antiscientifico, ha realizzato la legge più limitativa di qualsiasi altro Paese industrializzato. Anche per utilizzare un solo topo occorre anzitutto compilare un complesso questionario e descrivere in grande dettaglio il protocollo della ricerca. Inoltre, va scritto un altro documento che descriva le ragioni della sperimentazione in modo che sia comprensibile anche ai non addetti ai lavori. Questa documentazione deve passare attraverso un Comitato etico per il benessere animale, deve essere valutato dall'Istituto Superiore di Sanità ed infine convalidato dal Ministero della Salute. Infine, per ogni progetto si deve pagare una tassa. L'insieme di queste procedure

burocratiche richiede in generale, se non vi sono obiezioni, fra i 4 e 6 mesi, tempi assolutamente incompatibili con le necessità della ricerca. Tempi terribilmente penalizzanti per il ricercatore italiano, già penalizzato per le scarse risorse disponibili, che non può collaborare e tanto meno competere con gli altri ricercatori europei per i fondi di ricerca.

Non solo, ma la nostra normativa non permette l'allevamento di alcune specie animali in Italia e, cosa assolutamente incredibile, proibisce alcune aree di ricerca. Ad esempio non si possono realizzare xenotrapianti, cioè trapianti d'organo attraverso diverse specie animali, un campo di ricerca estremamente importante che potrebbe migliorare una situazione che vede oggi una relativa carenza di organi rispetto alle necessità. Inoltre, non si possono condurre studi sulle droghe che inducono dipendenza negli animali in un'epoca in cui gli adolescenti sono esposti ad un gran numero di nuove sostanze chimiche che necessiterebbero di una adeguata ricerca degli effetti tossici immediati e nel tempo. Queste due proibizioni non hanno alcuna base razionale e non sono presenti in nessuna legge degli altri Paesi europei. In seguito alle proteste dei ricercatori, la proibizione di queste aree di ricerca ha avuto varie deroghe che, essendo annuali, non permettono di programmare ricerche significative, visto che sei mesi passano solo per l'approvazione.

È difficile capire per quali ragioni il Parlamento abbia preso queste decisioni antiscientifiche. Certamente sono importanti le pressioni dei movimenti animalisti trasversali ai partiti politici che rappresentano una fonte di voti superiori rispetto ai voti dei pochi ricercatori presenti in Italia. Va anche detto che, nonostante le argomentazioni dei ricercatori, non si riesce ad ottenere un cambiamento della legge che si auspica possa

Forum

recepire le regole europee, né più né meno di quanto hanno fatto gli altri Parlamenti in Europa.



Lo statuto (costituzionale) dell'animale sperimentale. Le prospettive del bilanciamento fra ricerca scientifica e benessere degli animali: ovvero quando gli "oneri" divengono "onori"

Luca Mariantoni*

THE (CONSTITUTIONAL) STATUTE OF THE EXPERIMENTAL ANIMAL. THE PERSPECTIVES OF THE BALANCE BETWEEN SCIENTIFIC RESEARCH AND ANIMAL WELFARE: OR WHEN THE "BURDENS" BECOME "HONORS"
ABSTRACT: The article analyses the legal treatment of animals used in scientific research in the constitutional perspective of the balance between the needs of man and those of animal welfare. The evolution of "animal dignity" is then reconstructed and the proposals for amending Italian Constitution are analysed. The article focuses on the evolution of the Italian regulation on animal experimentation, paying attention to the influence of public opinion on the development of legislation. Finally, a different perspective is proposed to the balance between research and care of animals, assuming the compatibility of them from the perspective of greater reliability of an experiment respectful of animal welfare.

KEYWORDS: Animal experimentation; scientific research; animal welfare; animal dignity; public opinion

SOMMARIO: 1. La garanzia costituzionale della ricerca scientifica e della sperimentazione animale fra vincoli e libertà. Un (im)pari bilanciamento con la dignità animale – 2. La tutela della dignità animale fra soggettività giuridica ed antropocentrismo – 3. L'evoluzione della disciplina italiana sulla sperimentazione animale. Il rilievo circolare di un'istanza sociale – 4. Spunti finali a mo' di conclusione. Gli "oneri" della garanzia della dignità degli animali e gli "onori" di una sperimentazione rispettosa. La rilevanza esterna del benessere animale.

1. La garanzia costituzionale della ricerca scientifica e della sperimentazione animale fra vincoli e libertà. Un (im)pari bilanciamento con la dignità animale



È solo per un eccesso di vanità ridicola che gli uomini si attribuiscono un'anima di specie diversa da quella degli animali».

Così scriveva Voltaire e così dovremmo scrivere anche noi a meno di ritenere l'animale sperimentale un succedaneo di un macchinario da laboratorio e la disciplina nazionale e sovranazionale (nonché, da ultimo, quanto si dirà appresso) un orpello superfluo, frutto di una semplice speculazione intellettuale.

* Dottorando del Dottorato di ricerca in Diritto Costituzionale e Diritto Pubblico Generale, Sapienza Università di Roma. Mail: luca.mariantoni@uniroma1.it. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di direzione nell'ambito della Call for papers intitolata "Laddove necessaria: prospettive sulla sperimentazione con gli animali".



A voler ben intendere l'affermazione del filosofo parigino, questa non postula una asserita identità assoluta fra esseri umani ed animali, bensì rappresenta una critica al concetto che in seguito verrà definito "specismo"¹, in base al quale, posta la distinzione fra specie, si riconosce la possibilità per l'uomo di sfruttare tutte le altre per il soddisfacimento dei propri interessi.

Per il vero, dall'analisi della disciplina della ricerca scientifica nella Costituzione italiana emerge *prima facie* l'importanza del principio personalista quale criterio ordinatore generale della stessa.

Prima di procedere all'analisi delle singole disposizioni, giova ricordare che la tutela della ricerca non viene posta quale obiettivo in sé, ma quale fine attraverso il quale consentire all'uomo il raggiungimento di un grado di benessere più elevato. Infatti,

«dalla Carta Costituzionale si può ricavare per la scienza una norma finalistica: collegando l'art. in esame (articolo 9) e il 33 all'art. 2 si può concludere che la scienza deve avere come fine l'uomo, in applicazione del generale principio personalistico che caratterizza la nostra costituzione»².

Nell'ottica di una finalizzazione agli interessi dell'essere umano, ricerca scientifica e sperimentazione animale procedono di pari passo. Non vi è, infatti, in Costituzione un esplicito riferimento alla sperimentazione poiché la stessa è da intendersi quale *modus operandi* indefettibile del metodo scientifico³.

Per quanto riguarda la ricerca scientifica, prima di porre l'attenzione alla questione della competenza legislativa prevista all'articolo 117, è opportuno analizzare le due disposizioni della Costituzione che la riguardano, gli articoli 9 e 33. In realtà, è solo nel primo che ci fa un esplicito riferimento alla ricerca scientifica mentre nel secondo si afferma in senso più generale, e per ciò onnicomprensivo, la libertà della scienza (e dell'arte) e la relativa libertà di insegnamento.

L'attività di promozione della ricerca scientifica e la libertà accordata alla scienza non sono da intendersi quali elementi antitetici. La promozione affidata alla Repubblica, infatti, non determina un assoggettamento della scienza alle esigenze dello Stato con il corollario di una ricerca indirizzata e non già libera. La sintesi fra le due disposizioni va ritrovata nella negazione del monismo ideologico e totalizzante che aveva caratterizzato il periodo fascista⁴ e la Costituzione, in chiara rottura con l'antecedente storico, nel delineare un programma di sviluppo dell'ordinamento – affidando un compito alla Repubblica – fissa anche gli argini dell'intervento pubblico. Stando alla lettera della Carta costituzionale, promuovere non significa controllare, determinare od imporre⁵. Non è da trascurare il fatto che la promozione della ricerca scientifica sia preceduta dall'ulteriore compito di promozione dello sviluppo della

¹ Per il primo utilizzo del concetto di specismo, posto in relazione ad altri comportamenti discriminatori quali, ad esempio, razzismo e sessismo, si rimanda a R. RYDER, *Victims of Science*, Londra, 1983.

² F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 438.

³ Sotto tale punto di vista risultano non contraddittori i postulati di Galileo, padre putativo del metodo scientifico sperimentale, con le critiche al pensiero induttivista compiute da Popper. Per entrambi, infatti, la sperimentazione risulta essere un elemento essenziale della conoscenza ma, mentre per il primo la predisposizione di esperimenti è funzionale ad una verifica dell'ipotesi iniziale, per il secondo, data l'impossibilità di giungere ad una conoscenza certa della verità, ciò che può essere perseguito è esclusivamente la falsificazione dell'ipotesi fondata su di un realismo critico impersonato dalla celebre metafora del "tacchino induttivista".

⁴ F. MERUSI, *op. cit.*, 436.

⁵ Per la neutralità dell'intervento pubblico volto a finanziare la ricerca scientifica si veda R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011.



cultura. Ciò potrebbe apparire una scelta redazionale⁶, ma in realtà segna appieno i contorni dell'intervento statale. L'accostamento di cultura e ricerca, infatti, non rileva solo da un punto di vista di topografia costituzionale. I due termini sono in stretta correlazione. Promuovere lo sviluppo della cultura significa adoperarsi per un avanzamento delle conoscenze (dei cittadini); promuovere la ricerca scientifica e tecnica significa, invece, intervenire per un avanzamento della conoscenza (in sé considerata).

Della ricerca va quindi favorita la libera espansione e non indirizzato il risultato.

Alla luce di ciò, diviene necessario chiarire il contenuto concreto della promozione.

Ancora una volta appare opportuno considerare la disposizione del primo comma dell'articolo 9 della Costituzione intendendola come un *unicum*, senza dividere la promozione dello sviluppo della cultura dalla promozione della ricerca scientifica e tecnica. Non sembra infatti che possa prescindersi da una lettura sistematica che non si fermi al «significato proprio delle parole», ma che valuti anche «la connessione di esse». L'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, del resto, isola con una virgola la «intenzione del legislatore» ed invece accosta significato proprio e connessione delle parole. Alla luce di ciò possono essere poste in relazione le considerazioni sviluppatesi attorno alla promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica.

A causa delle vicende relative alla redazione del testo definitivo in precedenza ricordate, fino agli anni '70 del XX secolo «si assiste ad una generalizzata svalutazione dell'efficacia normativa dell'articolo: se ne considera "infelice" la forma e stonata la collocazione del cpv. tra i principi fondamentali della Carta»⁷. Si riteneva che il primo comma non ospitasse precetti normativi, ma esclusivamente dichiarazioni programmatiche di carattere etico-politico prive di effetto vincolante⁸. In stretta conseguenza veniva affidato agli articoli 33 e 34 della Costituzione il compito di esplicitarne il contenuto poiché sono queste disposizioni a disciplinare l'insegnamento, rispettivamente dal punto di vista oggettivo e soggettivo, ritenuto «la principale esplicazione dello sviluppo culturale e scientifico»⁹. In conseguenza di ciò si affermava che il compito dello Stato fosse quello di fornire esclusivamente «le condizioni, i presupposti, per il libero sviluppo della cultura»¹⁰, in accordo col solo ruolo promozionale allo stesso assegnato.

Di tenore apparentemente differente sono le considerazioni compiute, è bene specificarlo, con riferimento al ruolo di promozione della cultura. In questo caso, si ritiene che la collocazione dell'articolo 9 fra i principi fondamentali della Carta non ne limiti la portata ad una enunciazione programmatica, ma attribuisca alla finalità promozionale un valore primario, non subordinabile ad altri valori, compresi

⁶ Come ricordato da M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, la iniziale approvazione in Costituente aveva riguardato esclusivamente l'articolo 29, disposizione divenuta in seguito il secondo comma dell'articolo 9. Successivamente veniva approvato l'articolo 29 *bis* che solo in sede di coordinamento veniva accorpato all'articolo 29 ed anteposto allo stesso in quello che sarebbe divenuto il testo definitivo. Sempre in tale sede veniva aggiunto il riferimento allo sviluppo della cultura, nonostante fosse stato in precedenza respinto un emendamento in tal senso, e veniva eliminato il riferimento all'incoraggiamento dello sviluppo della ricerca scientifica (probabilmente per le perplessità attorno ad un ruolo dirigista dello Stato in tale ambito).

⁷ M. CECCHETTI, *op. cit.*, 221.

⁸ M. CECCHETTI, *op. cit.*, 221; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 36.

⁹ F. MERUSI, *op. cit.*, 435.

¹⁰ *Ibidem*.



quelli di natura economica¹¹. La differenza fra le due letture sembrerebbe in realtà sensibile – ed i quattro decenni di distanza potrebbero anche renderlo fisiologico –, ma la apparenza del contrasto può essere disvelata ponendo attenzione al fatto che nella seconda delle visioni citate l'articolo 9 è inteso nel proprio complesso. Il valore primario è quindi determinato dalla combinazione fra l'attività promozionale del primo comma e l'attività tutelare del secondo. Non deve quindi stupire il fatto che nel 1975, dopo aver enfatizzato l'assenza di precettività del primo comma, si dicesse, con riferimento all'articolo 9, cpv., che l'inserimento della norma fra i principi fondamentali della Costituzione fosse

«particolarmente felice, sia per il significato rafforzativo delle argomentazioni di merito che assume la recezione di un determinato valore fra i principi fondamentali dell'ordinamento, sia per le implicazioni giuridiche che da tale collocazione è possibile trarre»¹².

Si è detto della tutela offerta alla ricerca scientifica dall'articolo 9 e della declinazione della stessa, da un punto di vista della diffusione della conoscenza derivante dall'avanzamento della scienza, dell'articolo 33. Resta ora da analizzare il riparto di competenze fra Stato e Regioni, posto che la ricerca scientifica e tecnica rientrano fra le materie affidate alla legislazione concorrente dall'articolo 117, III comma.

Nell'individuare la delimitazione della sfera di intervento del legislatore nazionale e di quello regionale, offre spunti dirimenti la sentenza n. 166 del 2004 della Corte costituzionale. Con la citata pronuncia il giudice delle leggi ha valutato la legittimità costituzionale della legge n. 20 del 2002 della regione Emilia-Romagna, la quale vietava su tutto il territorio regionale ogni attività di allevamento, utilizzazione o cessione, a fini di ricerca, di cani e di gatti vietando inoltre, salvo le eccezioni derivanti da accordi con istituti scientifici ed università, la vivisezione¹³ di qualsiasi animale a fini didattici.

Va ricordato che la sperimentazione animale risultava disciplinata, al momento della pronuncia della Corte, dal decreto legislativo n. 116 del 1992, adottato in recepimento della direttiva 86/609/CEE¹⁴, il quale individuava limiti e fondamento della sperimentazione sugli animali a scopo scientifico.

Nel giudizio di legittimità costituzionale la difesa erariale lamentava da parte della disciplina regionale la violazione dell'articolo 117, I comma, in quanto risultava in contrasto con la normativa comunitaria così come recepita dal legislatore statale; la violazione dell'articolo 117, II comma, lettera I), la quale attribuisce alla competenza esclusiva statale la materia dell'ordinamento civile, per la previsione di sanzioni amministrative da comminare per il mancato rispetto della disciplina regionale e dell'articolo 117, III comma in quanto, nonostante la ricerca scientifica e la tutela della salute siano materie di

¹¹ A. BARTOLINI, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, 2013, 94.

¹² F. MERUSI, *op. cit.*, 442.

¹³ Il termine "vivisezione", utilizzato espressamente all'articolo 2 della legge n. 20 del 2002 della Regione Emilia-Romagna, va propriamente riferito ad ogni forma di dissezione anatomica di organismi viventi. Il primo utilizzo in un testo legislativo, come si dirà più oltre, si rinviene nella legge n. 924 del 1931. L'impiego del termine ivi compiuto era privo di una qualsivoglia accezione morale o (s)valutativa che in seguito ha assunto, in specie nel linguaggio comune. Si è infatti assistito ad un progressivo avvicinamento quasi sinonimico fra "vivisezione" e "maltrattamento" degli animali, seppur a scopo scientifico. Per tale ragione – anche alla luce della scelta compiuta nel d.lgs. n. 116 del 1992 di non utilizzare più tale termine in riferimento alla sperimentazione scientifica sugli animali per la accezione negativa che aveva negli anni assunto – l'uso (potrebbe dirsi anacronistico) che ne veniva fatto nella disciplina soggetta a controllo di legittimità costituzionale non può che essere inteso in senso rafforzativo della volontà regionale di porre un argine netto alla sperimentazione in vivo.

¹⁴ Testo in italiano disponibile all'indirizzo <https://bit.ly/3yZNPZV> (ultima consultazione 18/05/2021).



legislazione concorrente, la disciplina regionale finirebbe col disapplicare la normativa di principio statale. Veniva inoltre censurata la legge regionale per il contrasto con l'articolo 33 della Costituzione in quanto porrebbe un ostacolo alla ricerca scientifica.

La difesa regionale, oltre ad una eccezione di inammissibilità per eccessiva genericità ed assertività del ricorso statale, sosteneva che non vi fosse contrasto con la disciplina europea in quanto questa si limitava ad offrire una tutela minima, senza escludere la possibilità di un grado maggiore di tutela e che non vi fosse violazione del III comma dell'articolo 117 poiché, in realtà, la legge regionale

«rientrerebbe prevalentemente nel quarto comma di questa disposizione costituzionale (l'articolo 117), dal momento che opererebbe “nel campo del rapporto tra uomo e specie animali”, realizzando “l'aspirazione ad uno speciale rapporto di affettività con gli animali utilizzati a scopo di compagna”»¹⁵.

Il Giudice delle leggi, rigettando le difese regionali, affermava la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dapprima per i «forti dubbi sulla configurabilità» della materia «rapporto tra uomo e specie animali», ritenendo ben più palese l'inerenza della disciplina regionale alla materia «ricerca scientifica»¹⁶ e, soprattutto, per il riconoscimento ad opera della disciplina statale di un attento bilanciamento fra «il doveroso rispetto verso gli animali sottoposti a sperimentazione e l'interesse collettivo alle attività di sperimentazione su di essi che sono ritenute indispensabili, sulla base delle attuali conoscenze di tipo scientifico, sia dall'ordinamento nazionale che dall'ordinamento comunitario»¹⁷. Sempre secondo la Consulta, nella materia “ricerca scientifica” vi è l'esigenza di tener conto sia dello sviluppo della ricerca sia della massimizzazione della tutela degli animali coinvolti nella stessa.

Quest'ultima affermazione porta con sé notevoli risvolti. In particolare, può notarsi che, in assenza di un qualsivoglia riferimento costituzionale alla tutela degli animali, la Corte fa rientrare nella materia «ricerca scientifica» sia le esigenze legate allo sviluppo della ricerca che la massima tutela degli animali. Da ciò deriverebbe la necessità di ricercare un punto di equilibrio il quale, ad avviso della Corte, veniva ragionevolmente trovato dalla disciplina statale.

Sebbene la sentenza dichiari l'illegittimità della legge regionale, non può negarsi l'importanza della decisione anche in un'ottica di tutela degli animali. Ciò che emerge, infatti, è un “bilanciamento interno” alla ricerca scientifica e non già un bilanciamento fra differenti valori costituzionali. L'assenza di un esplicito riferimento in Costituzione, infatti, non preclude alla Corte la possibilità di ritenere intrinseco nel concetto di ricerca anche quello di massimizzazione della tutela degli animali, senza la necessità di andare ad allargare oltremodo le maglie di altre disposizioni¹⁸ o dello stesso costituzionalismo moderno¹⁹. In tal modo si afferma indirettamente che la disciplina della ricerca scientifica non possa prescindere dalla tutela della dignità dell'animale sperimentale.

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 166/2004, Ritenuto in fatto, par. 4.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 166/2004, Considerato in diritto, par. 5.

¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 166/2004, Considerato in diritto, par. 6.

¹⁸ Per C. M. MAZZONI, *I diritti degli animali: gli animali sono cose o soggetti del diritto?*, in A. MANNUCCI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, 2001, 118 bisognerebbe considerare il rapporto tra esseri umani e animali «come parte inseparabile dei doveri inderogabili di solidarietà di cui parla l'art. 2 della Costituzione».

¹⁹ Si vedano, in tal senso, G. GEMMA, *Costituzione e tutela degli animali*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 27 aprile, 2004; A. VALASTRO, *Animali e Costituzione*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 27 luglio 2004.



Quello che avrebbe potuto essere un bilanciamento chiaramente diseguale fra un principio e una libertà costituzionali ed esigenze estranee alla Carta, diviene, in tal modo, un eguale (e pari) bilanciamento interno nel quale, inoltre, i due piatti della bilancia risultano avere pari importanza. Non dissimile sarebbe il ragionamento se in Costituzione vi fosse un esplicito riferimento alla dignità degli animali senza che agli stessi fosse attribuita una forma di soggettività giuridica. È stato detto, infatti, che il bilanciamento sarebbe in ogni caso di soli interessi umani e che «quello che viene configurato quale “bilanciamento” più semplicemente (sarebbe) un contemperamento di essi (gli interessi) finalizzato alla tutela di beni costituzionalmente protetti»²⁰.

Nonostante la ricostruzione ermeneutica operata dalla Corte, l’inserimento di un esplicito riferimento alla dignità animale in Costituzione è questione che oramai da diversi anni vive fra i progetti di revisione costituzionale. Già nella XIV Legislatura, sono state presentate nove²¹ proposte di modifica dell’articolo 9 delle quali cinque relative all’inserimento, a vario titolo, della tutela degli animali o della dignità animale in Costituzione.

Più di recente, la questione dell’inserimento di una forma di tutela della dignità animale in Costituzione ha avuto nuova linfa dall’inserimento all’articolo 13²² del TFUE della qualifica di «esseri senzienti» per gli animali e dall’adozione della direttiva n. 63 del 2010 relativa alla protezione degli animali utilizzati per la ricerca scientifica. Sono stati infatti depositati nella corrente legislatura quattro disegni di revisione costituzionale volti a modificare, diversamente fra loro, il testo dell’articolo 9 della Costituzione. Di questi il disegno di legge costituzione n. 1532 è limitato al generico inserimento della parola “ambiente” in Costituzione, senza una precipua attenzione alla questione animale.

²⁰ G. PELAGATTI, *Dignità e diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 40.

²¹ Si vedano: Proposta di legge costituzionale Rocchi: *Modifica all’articolo 9 della Costituzione in tema di diritti degli animali* (705), Atto C.705 del 13 giugno 2001; Proposta di legge costituzionale Lion ed altri: *Modifica dell’articolo 9 della Costituzione, in materia di tutela dell’ambiente e degli animali* (2949) (iniziativa Parlamentare) - C.2949, 3 luglio 2002; Proposta di legge costituzionale Schmidt ed altri: *Modifica dell’articolo 9 della Costituzione, in materia di tutela dell’ecosistema e delle biodiversità* (3591) (iniziativa Parlamentare) - C.3591, 28 gennaio 2003; Proposta di legge costituzionale Colucci ed altri: *Modifica all’articolo 9 della Costituzione, in materia di tutela della dignità degli animali* (3666) (iniziativa Parlamentare) - C.3666, 11 febbraio 2003; Proposta di legge costituzionale Milanese ed altri: *Modifica all’articolo 9 della Costituzione in tema di tutela della flora, della fauna e dell’ambiente nonché della dignità degli animali* (3809) (iniziativa Parlamentare) - C.3809, 24 marzo 2003; Proposta di legge costituzionale Calzolaio: *Modifica all’articolo 9 della Costituzione in materia di tutela degli ecosistemi e di promozione dello sviluppo sostenibile* (4181) (iniziativa Parlamentare) - C.4181, 21 luglio 2003; Proposta di legge costituzionale d’iniziativa dei senatori Specchia ed altri; Manfredi ed altri; Turroni ed altri; Cutrufo: *Modifica all’articolo 9 della Costituzione con l’introduzione del concetto di ambiente* (approvata, in un testo unificato, in prima deliberazione, dal Senato) (4307) (iniziativa Parlamentare) - C.4307, 25 settembre 2003; Proposta di legge costituzionale Cima ed altri: *Modifiche all’articolo 9 della Costituzione, in materia di tutela dell’ambiente* (4423) (iniziativa Parlamentare) - C.4423, 27 ottobre 2003; Proposta di legge costituzionale Mascia ed altri: *Modifica all’articolo 9 della Costituzione, in materia di tutela dell’ambiente* (4429) (iniziativa Parlamentare) - C.4429, 29 ottobre 2003.

²² Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, articolo 13 :«Nella formulazione e nell’attuazione delle politiche dell’Unione nei settori dell’agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l’Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale».





Il disegno n. 83, invece, parrebbe porre una tutela dell'ambiente e degli ecosistemi non già in quanto valori assoluti, ma in quanto diritti fondamentali della persona, rinnovando una concezione antropocentrica tale da escludere la sussistenza di tutele autonome non mero riflesso di diritti dell'uomo. In tale ottica, inoltre, si propone l'inserimento nella Carta di un generico rispetto per gli animali, senza recepire la importante qualifica di "esseri senzienti" introdotta col Trattato di Lisbona.

Il disegno di legge costituzione n. 212 appare esser formulato in un modo maggiormente organico e completo²³. Ivi si contempla la tutela di ambiente e biodiversità sempre in un'ottica antropocentrica qualificandola quale «diritto fondamentale della persona e della collettività», ma si prevede anche il riconoscimento agli animali della qualifica di esseri senzienti e si «promuove e garantisce il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche»²⁴.

In fine, il disegno n. 1203 propone la tutela dell'ambiente, degli animali e la promozione di uno sviluppo sostenibile anche nell'interesse delle generazioni future. Proprio quest'ultimo riferimento rende problematico il progetto di revisione poiché porterebbe a livello costituzionale la categoria dei diritti delle generazioni future, i cui tratti non possono che riconoscersi fumosi ed evanescenti nonché forieri di non poche perplessità (anche) per ciò che riguarda la spesa pubblica e la allocazione delle risorse²⁵.

Dalla rapida analisi appena compiuta emergono le non poche problematiche relative all'inserimento di un esplicito riferimento costituzionale per la tutela degli animali. Ciò, indubbiamente, deriva dalla difficoltà del bilanciamento fra le esigenze degli esseri umani e quelle degli esseri animali. La volontà, in fondo, è quella di garantire e tutelare a livello costituzionale le specie diverse dalla umana senza però compromettere la possibilità dello sviluppo della ricerca scientifica per la quale la sperimentazione animale continua a rimanere una importante base non (sempre) altrimenti sostituibile.

2. La tutela della dignità animale fra soggettività giuridica ed antropocentrismo.

Le prospettive di bilanciamento ed evoluzione della tutela della dignità animale poc'anzi compiute sono frutto, anche, di una diffusa evoluzione giuridica e culturale che parrebbe aver messo in dubbio la esclusiva ed assoluta centralità dell'essere umano negli ordinamenti contemporanei.

La valorizzazione del concetto di dignità animale risale a non più di cinque decenni fa²⁶, ma si incontra con la scienza giuridica – mostratasi maggiormente antropocentrica²⁷ – più di recente²⁸.

²³ F. RESCIGNO, *Memoria per l'Audizione dinanzi alla Commissione affari costituzionali del Senato concernente la discussione dei disegni di legge costituzionali volti alla modifica dell'articolo 9 in tema di ambiente e tutela degli esseri animali*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2020, 57.

²⁴ Disegno di legge costituzionale d'iniziativa delle senatrici De Petris, Cirinnà e Giammanco, comunicato alla Presidenza il 3 aprile 2018, Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente.

²⁵ Si veda sul punto M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016; Id., *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e società*, 2008.

²⁶ Si vedano le considerazioni che saranno successivamente svolte sulle ricostruzioni di Peter Singer e Tom Regan.

²⁷ M. LOTTINI, *Benessere degli animali e diritto dell'Unione Europea*, in *Cultura e diritti: per una formazione giuridica*, 2012, 13.

²⁸ Si veda S. CASTIGNONE (a cura di), *I diritti degli animali*, Bologna, 1988; L. BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Roma-Bari, 1999; A. MANNUCCI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, cit.; F. RESCIGNO, *I diritti degli*



La categoria concettuale dell'essere animale è andata delineandosi in contrapposizione a quella di essere umano. In particolare, all'incremento della conoscenza scientifica delle capacità degli animali hanno fatto seguito linee di demarcazione sempre più puntuali focalizzate su prerogative degli esseri umani non condivise degli esseri animali. Si sono così viste distinzioni fondate sulla capacità razionale e tecnica, sul pollice opponibile, sulla memoria e sulla capacità di trasmettere l'esperienza acquisita, sulla capacità morale, sulla capacità di ridere (ma non anche su quella di piangere), sul senso di vergogna, sulla capacità di mentire²⁹. Anche la più tradizionale distinzione fondata su istinto e ragione pare cedere il passo. La semiotica contemporanea, inoltre, esclude la distinzione che nella filosofia, da Aristotele fino ad Heidegger, vedeva gli animali quali esseri privi di linguaggio³⁰.

La distinzione fra essere umano ed essere animale in un'ottica, chiaramente, di privilegio per il primo ha determinato che già nelle riflessioni dello Stagirita³¹ vi fosse una legittimazione dello sfruttamento dell'uomo nei confronti degli animali³².

Salvo poche voci discordi³³, la riflessione, passando da Cartesio – per il quale l'uomo possedeva diritti assoluti sugli animali – giunge sostanzialmente senza sensibili deviazioni fino a Kant per il quale nei confronti degli animali non vi erano doveri diretti bensì solo doveri indiretti poiché un atteggiamento di disprezzo verso gli stessi manifestava un eguale disinteresse per le sorti della società e dell'umanità³⁴.

Sono invece le considerazioni di Jeremy Bentham ad anticipare logicamente le conclusioni di Peter Singer. È l'utilitarista inglese, infatti, a porre nel XVIII secolo la questione della "senzietà" degli esseri animali paragonando le facoltà di un cavallo o un cane adulti a quelle di un bambino ed introducendo il vero *discrimen*; non sarebbe la capacità di parlare o di ragionare a rilevare, quanto piuttosto la capacità di soffrire³⁵.

animali. Da res a soggetti, Torino, 2005; A. VALASTRO, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2006.

²⁹ G. PELAGATTI, *Dignità e diritti degli animali*, cit.

³⁰ Continua a rimanere attuale, pur nell'indubbia rilevanza della comunicazione animale, la riflessione di Agamben. Per il filosofo il carattere linguistico della comunicazione animale non è negabile, ma ciò che caratterizza l'uomo rispetto agli altri esseri animali è la separazione fra semiotica e semantica. Gli animali, infatti, non sono esseri privi di linguaggio quanto piuttosto sono privi di una lingua che esprima il proprio linguaggio. Si veda G. AGAMBEN, *Infanzia e storia. Distruzione dell'esperienza e origine della storia*, Torino, 1978.

³¹ ARISTOTELE, *Politica*, I, trad. C.A. VIANO, Milano, 2002, 8.

³² È appena il caso di notare che in questa sede ci si riferirà al rapporto fra esseri umani ed esseri animali nell'ottica della sperimentazione sugli ultimi. Quando si farà riferimento alla assimilazione alle cose non si darà conto della annosa vicenda delle "cose umane". Non può infatti essere dimenticata l'assimilazione degli schiavi alle cose che per millenni ha accompagnato lo sviluppo di ogni civiltà, senza escluderne alcuna. Tener ciò presente, inoltre, risulta utile nel contestualizzare determinate posizioni, risalenti nei secoli, le quali non solo negavano i diritti degli animali, ma anzi non mancavano di rimarcare l'inferiorità assiologica. Molte di queste, infatti, pur nell'alterità delle vicende potrebbero essere portate senza eccessivi adattamenti sugli schiavi, almeno nelle epoche in cui rappresentavano – si consenta il termine – "beni" di ampia disponibilità.

³³ Per la cui analisi si rimanda a S. MENICALI, *La sperimentazione animale. Aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto. La rivista*, 2003, 1.1.

³⁴ I. KANT, *Lezioni di etica*, trad. A. GUERRA, Roma-Bari, 2004.

³⁵ J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, trad. S. DI PIETRO, Torino, 1998.

Lungo tale direttrice si muove il pensiero di Peter Singer, il quale concentra la propria ricostruzione circa la liceità etica di un'azione attorno al concetto di utilità della preferenza³⁶. Singer rifiuta infatti l'utilitarismo della somma per le aberrazioni cui potrebbe condurre in specie nei casi in cui l'unico mezzo per giungere ad una utilità collettiva fosse quello di indurre una sofferenza ben al di sopra del lecito in determinati soggetti.

L'utilitarismo della preferenza, invece, prescinde dalla somma fra benessere e sofferenza e valorizza le esigenze di ciascuno, escludendo che alle più essenziali possa essere recato nocimento anche laddove il fine collettivo da perseguire abbia eccezionale rilevanza.

Per Singer le preferenze degli esseri animali rivestono la medesima importanza delle preferenze degli esseri umani poiché entrambi sono in grado di provare sofferenza. Da ciò egli fa derivare la conclusione sulla assimilabilità fra razzismo e specismo in tutti quei casi in cui la sperimentazione su di un essere animale sia determinata dalla minore attenzione prestata alla sofferenza di specie diverse dalla umana. Di segno differente, invece, le conclusioni cui giunge Tom Regan, il quale all'utilitarismo, seppur della preferenza, contrappone la teoria dei diritti, in quanto questi risultano essere più importanti dell'utilità e indipendenti dalla stessa³⁷. Sulla base di ciò, Regan pone la distinzione fra agenti morali e pazienti morali, affermando che delle due categorie possano far parte, indifferentemente, esseri umani ed esseri animali. Ciascun agente morale avrebbe un dovere diretto nei confronti di ogni essere vivente che sia in grado di rendersi conto se le azioni di un terzo gli procurino un benessere ovvero un danno. Ogni essere così senziente è un "soggetto di una vita" e possiede un valore intrinseco che lo rende titolare di diritti inviolabili quali il diritto alla vita od al benessere ed è per ciò inaccettabile sottoporre tali soggetti a sperimentazioni che possano cagionare sofferenza o morte³⁸.

Accanto ad una evoluzione del pensiero etico-filosofico sulla dignità animale si è assistito negli ultimi decenni alla evoluzione del pensiero giuridico sulla soggettività degli animali, stretta fra la qualificazione giuridica di *res* e l'antropocentrismo (o, con un mitigamento, personalismo) del costituzionalismo moderno.

Tradizionalmente gli animali vengono considerati dalla legislazione civile delle "cose mobili" e, in quanto tali, risultano essere oggetto di diritti – tipicamente di proprietà – e non già soggetti di diritto. Di tal guisa, è opportuno interrogarsi attorno alla "questione animale" da intendersi quale «rapporto tra gli esseri umani e le altre specie animali»³⁹.

Non può negarsi che allo stato attuale delle legislazioni, anche quella italiana, sussistano dei doveri degli esseri umani nei confronti degli animali – si pensi ai reati di cui agli articoli 544 *bis* e *ter* c.p. – ma a ciò non corrispondono equivalenti diritti in capo a questi ultimi. Nelle citate ipotesi di reato sarà lo Stato apparto ad attivarsi per la repressione dei delitti. Negli altri casi di salvaguardia di determinate specie animali od ecosistemi saranno enti rappresentativi della collettività ad agire per la lesione di un interesse, appunto, collettivo. È quindi il diritto di agire per la salvaguardia dei propri diritti od interessi

³⁶ P. SINGER, *Liberazione animale. Il manifesto di un movimento diffuso in tutto il mondo*, trad. E. FERRERI, Milano, 2009.

³⁷ T. REGAN, *I diritti animali*, trad. R. RINI, Milano, 1990.

³⁸ S. MENICALI, *op. cit.*, 1.2.2.

³⁹ C. M. MAZZONI, *op. cit.*, 112.



legittimi che manca agli animali. Nel caso degli enti rappresentativi, infatti, questi non agiscono quali sostituiti processuali bensì in nome proprio, facendo valere un proprio interesse⁴⁰.

Pare dunque che l'unica via d'uscita alla reificazione dell'animale sia rappresentata dal riconoscimento allo stesso di una forma di soggettività giuridica. Già da tempo è venuto meno l'ostacolo concettuale alla previsione di persone giuridiche non fisiche – si pensi a società, fondazioni, associazioni riconosciute – mentre, invece, permangono scogli di altra natura. Innanzitutto, per quello che riguarda le persone giuridiche conosciute dal diritto la personalità è appunto astratta e fittizia. Esiste un centro di imputazione di interessi, esistono delle persone fisiche che agiscono in nome e per conto dell'ente, esiste una sede fisica, ma la persona giuridica in sé non esiste nella realtà fattuale. Utilizzare lo stesso schema per gli animali incontrerebbe l'ostacolo della loro esistenza materiale e, con buona probabilità, finirebbe per ridurne la tutela (come comportarsi, ad esempio, nel caso di ferimento? Una società non può essere ferita!⁴¹).

Diversa prospettiva è quella di far leva sulla scissione del dogma persona fisica-capacità di agire. Come per gli incapaci o per i minori anche per gli animali si potrebbe prevedere una capacità giuridica sganciata dalla capacità di agire. Esiste già, del resto, l'anagrafe degli animali d'affezione. Attraverso un efficientamento della stessa ed attraverso l'estensione della obbligatorietà dell'iscrizione – attualmente prevista solo per cani e gatti⁴² – si potrebbe avere un registro di soggetti capaci di agire in nome e per conto degli esseri animali in modo analogo a quanto avviene con tutori, curatori ed anche genitori.

Approccio ancora differente e con un marcato carattere funzionalista è la possibilità di mantenere la qualificazione dell'animale quale "bene" assegnando però allo stesso delle peculiari caratteristiche. Una forma di *living property* beneficiaria di doveri in capo ad organismi pubblici, detentori, proprietari⁴³.

Al netto della miglior soluzione ipotizzabile per il riconoscimento di una forma di soggettività agli esseri animali, ogni teoria sconta il problema della impossibilità giuridica di configurare situazioni giuridicamente doverose in capo agli animali⁴⁴. La impossibilità pratica di ritenere azionabili dei doveri in capo agli animali deriva dalla antropomorfizzazione che agli stessi si vorrebbe dare. Non sembra, infatti,

⁴⁰ S. MENICALI, *op. cit.*, 1.4.1.

⁴¹ Nel trasportare sulla soggettività animale gli approdi raggiunti in tema di soggettività giuridica si correrebbe il rischio di trovarsi di fronte a "corti circuito logici", allegoricamente enfatizzati con l'espressione «una società non può essere ferita». Non deve infatti trascurarsi quanto sopra affermato. Una persona giuridica – sebbene il termine "persona" rimandi ad una entità materiale – non esiste nella realtà a differenza, chiaramente, degli animali, la cui esistenza concreta prescinde da una qualsivoglia categorizzazione compiuta dal diritto. Da questo punto di vista, sembra a chi scrive che al fine di riconoscere all'animale la qualificazione di soggetto di diritto e non già solo di oggetto di diritto, la via da percorrere non possa essere la giustapposizione di istituti nati ad altri fini. L'istituto "persona giuridica", infatti, da un lato comporterebbe un appiattimento della categoria "essere animale" su quella di "essere umano" – disconoscendo le ontologiche differenze che comportano tutele differenti – e dall'altro si assisterebbe ad una assimilazione di un essere vivente ad un ente astratto ed immateriale, con conseguenze della cui bontà pare lecito dubitare.

⁴² Si veda legge n. 281 del 1991.

⁴³ D. CERINI, *Lo strano caso dei soggetti-oggetti: gli animali nel sistema italiano e l'esigenza di una riforma*, in *Revista dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2019, 35 ed in particolare nota n. 34.

⁴⁴ G. PELAGATTI, *Dignità e diritti degli animali*, cit., 22.



sganciabile il concetto di soggettività giuridica da quello di “persona umana” per cui si è sviluppato⁴⁵. L’antropocentrismo insito in tali concezioni emerge dalla volontà di prevedere una panoplia di diritti in capo agli animali, diritti che però passano da doveri dell’uomo nei loro confronti ed ai quali non possono logicamente farsi corrispondere situazioni giuridiche passive. Va inoltre sottolineato come dal punto di vista del contenuto concreto di tale supposta soggettività apparirebbero fuorvianti tanto una estensione *tout court* dei diritti dell’uomo quanto una attribuzione generalizzata ad ogni essere animale degli stessi diritti compiuta senza considerare le ontologiche differenze fra gli animali da affezione, da allevamento o da sperimentazione⁴⁶.

Sembrerebbe quindi più opportuno coniare una forma peculiare di soggettività che non consista in un mero adattamento di quella umana. Procedendo altrimenti, infatti, con l’intento di sganciare l’animale dall’uomo non si farebbe altro che tornare all’uomo stesso in un moto circolare e perpetuo che dalla prospettiva antropocentrica si muove verso una prospettiva biocentrica per poi tornare alla prima, senza un concreto balzo in avanti⁴⁷.

È in ogni caso innegabile il peso della spinta promanante, sotto le forme più diverse, dall’opinione pubblica nella discussione – prima ancora dell’affermazione – del concetto di “dignità animale”.

Non sembra che per quanto riguarda l’elevazione assiologica della dignità animale, nonostante l’indubbio moto ascensionale originatosi dalle associazioni animaliste anche di rilevanza internazionale, possa dirsi che sia stata percorsa la via delle “costituzioni civili” così come teorizzata da Gunther Teubner⁴⁸ ed in generale dal costituzionalismo sociale. Non si rinvergono, infatti, le influenze «prodotte da sottosistemi autonomi della società civile, i quali vanno a imporsi a seguito delle dinamiche sociali ed economiche, a scapito dei tradizionali poteri politici e costituzionali»⁴⁹. Ciò potrebbe essere visto come un’occasione mancata da coloro che, negli anni, si sono fatti promotori delle istanze volte alla costituzionalizzazione (o quantomeno all’aumentare della considerazione della) dignità animale. Non necessariamente, però, tale esito deve essere salutato con sfavore. Sono ben noti, infatti, gli strali lanciati dall’emergere di una *lex mercatoria* globale alla tutela dei diritti faticosamente affermatasi in più di due secoli di costituzionalismo moderno. Le Costituzioni (formali) non possono essere intese quale sede della giustapposizione delle più diverse istanze sociali per il sol fatto che le stesse possano acquisire un anche notevole consenso pubblico. Le Costituzioni sono la sede della risoluzione del conflitto sociale ed è ben vero che il loro contenuto debba (anche) seguire il corso della evoluzione della società, ma ciò non significa che possa accettarsi una fase costituente senza limiti. Il potere deve, in qualche momento, divenire costituito e le Costituzioni debbono poter avere l’obiettivo di performare l’ordine sociale e non già solo conformarsi ad esso.

L’inserimento a livello costituzionale di disposizione dedicate alla dignità animale è compito di una decisione politica frutto di un ordine costituito. Senza di essa la forza normativa delle Carte

⁴⁵ F. P. TRAI SCI, F. FONTANAROSA, *I diritti degli animali: da oggetti di consumo agroalimentare a soggetti giuridici con diritti propri*, in L. SCAFFARDI, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Cibo e diritto*, Roma, 2020, 866.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ F. P. TRAI SCI, F. FONTANAROSA, *op. cit.*, 874.

⁴⁸ G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

⁴⁹ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 44.



costituzionali verrebbe ulteriormente erosa e si rischierebbe di perdere il valore stesso del livello costituzionale se ogni istanza, sufficientemente condivisa, potesse ergersi a principio per l'appunto costituzionale.

Non si può abnegare la stabilità del sistema in favore di istanze condivisibili poiché il *vulnus* arrecato da una “*lex bestiarum*” potrebbe offrire il fianco all'emergere di altre e diverse voci, non sempre parimenti meritorie.

La opportunità di non relegare alle costituzioni civile le istanze animaliste – e quindi la concreta possibilità di una affermazione formalmente costituzionale delle stesse – emerge se si volge lo sguardo tanto al diritto internazionale quanto alle Costituzioni di altri paesi, anche di tradizioni giuridiche vicine alla italiana.

Sul piano internazionale sono ormai risalenti sia la Convenzione di Washington, del 1973, che la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'animale del 1978. La prima è volta a tutelare le specie animale in via d'estinzione e, quindi, ha un ambito applicativo ristretto e speciale. La seconda, invece, pone questioni di ordine più generale e può esser letta «come una dichiarazione di principi dettati allo scopo di aiutare l'uomo a ritrovare l'armonia con l'universo, adottando un comportamento biocentrico»⁵⁰. La Dichiarazione non pone all'uomo uno specifico obbligo di non uccidere li animali, ma è incentrata sulla preoccupazione che ciò avvenga senza dolore o ansietà⁵¹. Così, anche all'articolo 8, dedicato alla sperimentazione animale, si afferma che questa risulta incompatibile con la Dichiarazione laddove provochi sofferenza fisica o psichica⁵².

L'utilizzo di clausole generali nella redazione dei testi citati rende in ogni caso difficile affermarne una diretta vincolatività.

Per tale ragione, l'istanza di tutela della dignità animale è stata recepita in alcuni ordinamenti con espresse modifiche del testo costituzionale al fine di attribuire alla stessa la forza normativa della Costituzione. In cinque ordinamenti a seguito di revisioni costituzionali è ora presente una specifica tutela degli esseri animali. In particolare, ci si riferisce alla Costituzione della Confederazione elvetica⁵³, alla

⁵⁰ S. MENICALI, *op. cit.*, 1.4.2.

⁵¹ Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, articolo 9, «Nel caso che l'animale sia allevato per l'alimentazione deve essere nutrito, alloggiato, trasportato e ucciso senza che per lui ne risulti ansietà e dolore».

⁵² Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, articolo 8, «a) La sperimentazione animale che implica una sofferenza fisica o psichica è incompatibile con i diritti dell'animale sia che si tratti di una sperimentazione medica, scientifica, commerciale, sia d'ogni altra forma di sperimentazione; b) le tecniche sostitutive devono essere utilizzate e sviluppate».

⁵³ Costituzione federale della Confederazione Svizzera, articolo 80, «Protezione degli animali. 1 La Confederazione emana prescrizioni sulla protezione degli animali. 2 Disciplina in particolare: a. la detenzione e la cura di animali; b. gli esperimenti e gli interventi su animali vivi; c. l'utilizzazione di animali; d. l'importazione di animali e di prodotti animali; e. il commercio e il trasporto di animali; f. l'uccisione di animali. 3 L'esecuzione delle prescrizioni compete ai Cantoni, per quanto la legge non la riserva alla Confederazione». Traduzione italiana disponibile all'indirizzo <https://bit.ly/3g3jKzY> (ultima consultazione 18/05/2021)



Grundgesetz tedesca⁵⁴, alla Costituzione del Lussemburgo⁵⁵, alla Costituzione della Repubblica di Slovenia⁵⁶ ed alla Costituzione indiana⁵⁷.

La Costituzione della Confederazione elvetica disciplina il rapporto fra uomo ed animale non solo sotto il punto di vista relazionale, ma prende in considerazione anche l'utilizzo degli animali per attività lucrative ovvero di ricerca. All'articolo 80 l'animale viene qualificato quale «destinatario di un diritto a fronte di doveri dell'uomo»⁵⁸. Il Codice civile svizzero, inoltre, a seguito della modifica del 2002 afferma espressamente all'articolo 641a che gli animali non sono cose – pur riconoscendo al secondo comma che salvo discipline specifiche agli animali si applica la stessa disciplina dettata per le cose.

La scelta compiuta nella *Grundgesetz* è invece parzialmente differente poiché il destinatario degli oneri non è l'uomo come nel caso della Costituzione elvetica, bensì lo Stato, il quale ha il compito di tutelare le condizioni di vita delle specie animali. In funzione di ciò, l'articolo 20a «non dà luogo al sorgere immediato di posizioni giuridiche soggettive azionabili in giudizio da privati, né alla possibilità di azioni generali da parte dei comitati per la difesa degli animali»⁵⁹. Maggiori affinità vi sono invece per quanto attiene alla disciplina codicistica. Anche nel BGB, infatti, si rinviene all'articolo 90a la espressa negazione della reificazione degli animali⁶⁰.

Emerge da quanto sin qui detto che la questione animale o, più propriamente, della dignità animale collegata al riconoscimento della soggettività giuridica, è foriera di molteplici interpretazioni nonché di differenti traduzioni concrete. Pochi dubbi vi sono sulla bontà della inclusione di una specifica tutela del benessere degli animali in Costituzione. Ciò, come si è detto in precedenza, costituisce anche un modo per evitare spinte centrifughe dal testo, le quali potrebbero determinare una perdita della forza

⁵⁴ Legge fondamentale per la Repubblica federale di Germania, articolo 20a, «Protezione dei fondamenti naturali della vita e degli animali. Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto». Traduzione italiana disponibile all'indirizzo <http://www.acli.de/wp-content/uploads/acli-nik-projekte-extramoenia-2011-10-tue-didario-grundgesetz-de-it.pdf> (ultima consultazione 18/05/2021).

⁵⁵ Costituzione del Granducato di Lussemburgo, articolo 11 bis, «L'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel, en œuvrant à l'établissement d'un équilibre durable entre la conservation de la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et la satisfaction des besoins des générations présentes et futures. Il promeut la protection et le bien-être des animaux».

⁵⁶ Costituzione della Repubblica di Slovenia, articolo 72, «(sano ambiente naturale). Tutti hanno diritto, in conformità della legge, di vivere in un sano ambiente naturale. Lo Stato provvede a garantire un sano ambiente naturale. A tale fine la legge stabilisce le condizioni e i modi di svolgimento di attività economiche ed altre attività. La legge determina a quali condizioni e in che misura colui che ha causato un danno all'ambiente naturale è tenuto al risarcimento. La legge con apposite norme protegge gli animali contro i maltrattamenti o altra forma di crudeltà su di essi». Traduzione italiana disponibile all'indirizzo https://fotogalerija.dz-rs.si/datoteke/Publikacije/Nastajanje_slovenske_ustave/2011-3ita_Zepna_Ustava_RS.pdf (ultima consultazione 18/05/2021).

⁵⁷ Costituzione dell'India, articoli 48 e 48A, «48. *The State shall endeavour to organise agriculture and animal husbandry on modern and scientific lines and shall, in particular, take steps for preserving and improving the breeds, and prohibiting the slaughter, of cows and calves and other milch and draught cattle.*; «48A. *The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country*».

⁵⁸ F.P. TRASCIA, F. FONTANAROSA, *op. cit.*, 864.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ BGB, articolo 90a, «*Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*».



normativa delle Costituzioni (formali). Non sembra invece possa essere negato il mancato superamento dell'antropocentrismo anche in quei casi in cui si è intervenuto a livello normativo. Le situazioni giuridiche riconosciute agli animali, infatti, sono legate, come si è visto, ad un intervento terzo – dell'uomo o dello Stato solo per riferirci agli ultimi due esempi citati.

È quindi evidente come un effettivo spostamento da una logica antropocentrica ad una biocentrica necessiti, come ogni mutamento sociale, di una diffusa condivisione prima ancora di una normazione ed è in tale ottica di "dialettica costruttiva" che l'integrazione fra Costituzioni formali e costituzioni civili può spiegare i propri effetti benefici, soprattutto in quei casi in cui fra le due non vi è una logica antagonistica.

3. L'evoluzione della disciplina italiana sulla sperimentazione animale. Il rilievo circolare di un'istanza sociale

È nel solco della sempre maggiore attenzione al benessere degli animali – corroborato anche da una tendenza costituzionalizzante – che si iscrive l'evoluzione della disciplina della sperimentazione animale.

Prima di analizzare la disciplina attuale e le influenze sulla e della stessa, è opportuno compiere un rapido *excursus* nella storia normativa della sperimentazione animale. Sin d'ora va chiarita la consequenzialità logica fra il concetto di vivisezione e quello di sperimentazione animale. Si è infatti assistito ad un passaggio senza soluzione di continuità fra la disciplina del 1931 in tema di vivisezione ed il d. lgs. n. 116 del 1992 recante le norme per la protezione degli animali destinati alla sperimentazione. La differenza nella terminologia utilizzata è frutto del cambiamento nell'utilizzo degli animali sperimentali. A partire dagli anni Settanta del XX secolo, infatti, si assiste all'utilizzo dell'animale quale «schermo protettivo che viene usato per selezionare sostanze medicinali [...] e per raccogliere informazioni [...] essendo moralmente inaccettabile sperimentarle o usarle direttamente sugli umani stessi»⁶¹.

La prima disciplina italiana volta a regolare gli esperimenti sugli animali era contenuta nella legge n. 611 del 1913. Per il vero la legge si occupava della protezione degli animali, tanto che il primo articolo rimandava all'articolo 419 del codice Zanardelli, precisando il contenuto dei comportamenti qualificabili come maltrattamento. Solo all'ultimo articolo⁶², invece, si disciplinava la sperimentazione sugli animali viventi. Appare di pronta evidenza l'opzione di fondo della legge. Non veniva fatto alcun riferimento al trattamento degli animali. Si elencavano, invece, soggetti la cui attività veniva considerata *ab origine* legittima – accademici ed operatori scientifici in generale – e si prevedeva per gli altri una procedura finalizzata all'ottenimento di una licenza. Non vi era traccia, come detto, di alcuna regolazione delle modalità con cui in concreto venisse svolta l'attività, né alcuna forma di controllo o vigilanza, sia

⁶¹ A. MANNUCCI, *Animali e diritto italiano: una storia*, in A. MANNUCCI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, cit., 24.

⁶² Legge 611/1913, articolo 9, «Gli esperimenti scientifici su animali viventi, ove non si tratti di quelli eseguiti da docenti o assistenti nelle Università o in altri Istituti scientifici del Regno, o dai sanitari e veterinari addetti ai laboratori e agli uffici governativi, potranno essere fatti soltanto da persona munita di speciale licenza da rilasciarsi dal Ministero dell'interno, d'accordo col Ministero della pubblica istruzione. In essa si stabiliranno anche i luoghi dove gli esperimenti potranno essere eseguiti. La domanda di licenza dovrà essere munita anche della firma del preside della Facoltà di medicina di una Università del Regno».





per i soggetti esclusi dalla licenza che per i licenziati⁶³. In tal modo un alone di scientificità dell'attività – derivante dal coinvolgimento dell'accademia – bastava a garantire la legittimità delle procedure e l'intera normativa «(era) fondata su un principio implicito di assoluta prevalenza dell'esigenza umana di progredire nella ricerca scientifica rispetto alla vita animale»⁶⁴.

L'attenzione dedicata dalla legge n. 611 del 1913 è di indubbio interesse nella prospettiva “sociale” della tutela della sperimentazione animale varie volte emersa. Sette articoli della stessa, infatti, erano dedicati alla disciplina delle Società protettrici degli animali alla cui attività veniva attribuita una rilevanza collettiva già nell'elencazione dei fini precipi di queste. Veniva affermata all'articolo 2 la possibilità di ottenere la personalità giuridica per quegli enti che promuovessero l'applicazione dell'articolo 491 del codice penale – dedicato al divieto di maltrattamento di animali – o si prodigassero per limitare gli sforzi cui erano soggetti gli animali da traino e da soma o educassero nelle più diverse forme la popolazione al rispetto degli animali.

Nei successivi articoli dal 3 al 6 veniva invece disciplinata la vita quale persona giuridica delle Società, dal riconoscimento della personalità allo scioglimento in caso di incapacienza.

Le scarse indicazioni fornite dall'articolo 9 portarono ad una sua modifica già nel 1927. Con la legge n. 292 del 1927 venivano introdotte maggiori restrizioni alla vivisezione ponendo l'obbligo di svolgere gli esperimenti solo presso istituti scientifici i cui direttori assumevano la responsabilità dell'attività svolta. Rimaneva in ogni caso l'autolegittimazione della sperimentazione scientifica non prevedendosi alcuna forma di controllo⁶⁵. È interessante notare l'emersione di una prospettiva marcatamente antropocentrica dalla disciplina. Veniva infatti disposta la collocazione dei cani⁶⁶ destinati agli esperimenti in strutture non contigue ad i reparti di degenza al fine di non turbare la «tranquillità degli infermi».

È nel 1931, con la legge n. 924, che viene introdotto nella legislazione italiana il termine “vivisezione”. La novella legislativa, di poco modificata dopo dieci anni, conteneva una disciplina della sperimentazione animale maggiormente dettagliata, incentrata sulla scientificità degli esperimenti. È infatti proprio la finalità scientifica a segnare la linea di demarcazione fra il reato di maltrattamenti e la vivisezione⁶⁷. Si badi che nella disciplina degli anni Trenta del XX secolo il termine “vivisezione” non

⁶³ A. MANNUCCI, *Animali e diritto italiano: una storia*, cit., 17.

⁶⁴ G. PELAGATTI, *Profili giuridici della sperimentazione animale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2018, 8.

⁶⁵ Legge 292/1927, articolo unico, «L'art. 9 della legge 12 giugno 1913, n. 611, concernente provvedimenti per la protezione degli animali, è modificato come segue: «Gli esperimenti scientifici consistenti in operazioni su animali viventi delle specie dei mammiferi ed uccelli, sono permessi soltanto negli istituti scientifici, secondo le indicazioni e sotto la responsabilità dei rispettivi direttori. Quando si tratti di cani destinati a tali esperienze, essi non saranno custoditi nei locali annessi agli ospedali perché non sia turbata la tranquillità degli infermi. È vietato di servirsi dell'animale già sottoposto ad operazione, per ulteriori esperimenti, tranne i casi in cui ciò sia necessario per ragioni d'indagine scientifica.

I trasgressori saranno puniti con ammenda da lire cento a lire cinquecento.

La metà dell'ammenda spetterà agli agenti che avranno denunciato la contravvenzione».

⁶⁶ Erano proprio i cani raccolti nelle strade o prelevati dai canili gli animali maggiormente impiegati nella sperimentazione.

⁶⁷ G. PELAGATTI, *Profili giuridici della sperimentazione animale*, cit., 8.





assumeva la connotazione odierna. Si intendeva infatti la «dissezione anatomica di organismi viventi»⁶⁸, senza alcun giudizio morale.

La disciplina del 1931 introduceva una, seppur blanda, forma di controllo sul rispetto delle procedure dalla stessa previste affidato alle autorità prefettizie le quali si avvalevano dei medici provinciali coadiuvati dalle guardie zoofile⁶⁹.

In ogni caso, la legge n. 924 continuava ad essere caratterizzata da importanti lacune – mancavano riferimenti agli animali a sangue freddo – ed i limiti stabiliti risentivano delle ampie deroghe che puntualmente li accompagnavano⁷⁰.

Per più di sessant'anni, e sostanzialmente senza modifiche, la disciplina della sperimentazione animale è rimasta invariata, nonostante – e non sembra sia questione di poco conto – il passaggio dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Ciò non deve stupire per almeno due ordini di ragioni. Molte e molto varie sono le discipline, anche organiche, tutt'ora vigenti e risalenti al periodo monarchico (si penso solo ai codici civile, penale, di procedura civile e, fino al 1989, di procedura penale) e, soprattutto per quanto riguarda ciò di cui ci si occupa in questa sede, la Costituzione, come detto, non dedica disciplina alcuna alla “questione animale”. Non deve quindi stupire che la legge n. 924 del 1931 sia sopravvissuta indenne anche alle pronunce della Corte costituzionale che, invece, hanno toccato molte delle discipline pre-repubblicane.

Prima della riforma organica del 1992, è con la legge n. 281 del 1991 che l'attenzione alla tutela degli animali, in generale, è sensibilmente aumentata. Tale disciplina, dedicata agli animali di affezione ed alla prevenzione del randagismo, ha fissato approdi fondamentali nella tutela degli animali in quanto tali, al netto di un qualsivoglia utilizzo sperimentale. La legge n. 281, infatti, ha intercettato istanze emergenti dalla società e dai movimenti animalisti, culminate anche in grandi manifestazioni di piazza⁷¹, a dimostrazione del movimento ascensionale, dalla collettività allo Stato, spesse volte rinvenibile negli interventi legislativi in materia animale.

Con la legge in oggetto, in particolare, si è vietato di usare i cani randagi come cavie e si è posto un argine alla deprecabile prassi per cui gli animali “vaganti” venivano trattenuti per tre giorni presso i canili e se non reclamati dai padroni venivano abbattuti o ceduti ai laboratori per la sperimentazione. Simile era la situazione dei gatti per i quali però la minore richiesta a fini scientifici determinava anche la soppressione in massa a seguito della cattura⁷².

È il decreto legislativo n. 116 del 1992, adottato in attuazione della direttiva n. 86/609/CEE, ad innovare sostanzialmente ogni aspetto di una disciplina rimasta uguale a se stessa per più di sei decenni al punto da essere definito «il primo statuto normativo dell'*animale sperimentale* contemporaneo»⁷³ – espressione da cui si è preso spunto per il titolo del presente elaborato. In esso scompare il termine

⁶⁸ G. DEVOTO, G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1971.

⁶⁹ Legge 924/1931, articolo 5, «La vigilanza degli Istituti e dei Laboratori, ove si eseguono esperimenti sopra gli animali, per le eventuali trasgressioni alla legge, è affidata alle autorità prefettizie, le quali si varranno dell'opera dei medici provinciali. I trasgressori sono puniti con ammenda da L. 500 a L. 1000. In caso di recidiva l'ammenda sarà raddoppiata».

⁷⁰ Si vedano, in particolare, gli articoli 1, primo, secondo e quarto comma, e 2.

⁷¹ A. MANNUCCI, *Animali e diritto italiano: una storia*, cit., 21-22.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ G. PELAGATTI, *Profili giuridici della sperimentazione animale*, cit., 9.





vivisezione, non più particolarmente appropriato al fine moderno della sperimentazione nella quale gli animali assolvono il ruolo di *tester* di sostanze chimiche o farmacologiche e compare il riconoscimento della senzietà. Il decreto affrontava, inoltre, la questione del *distress* dell'animale pur nel riconoscimento della cedevolezza degli interessi di questo rispetto alle esigenze del progresso scientifico e della sperimentazione. Di conseguenza la previsione normativa appariva più un indirizzo di tendenza piuttosto che un principio ordinatore. Si profilava anche un accenno di una concezione residuale della sperimentazione animale in presenza di altri metodi parimenti validi. Solo un accenno in quanto, nonostante il tenore letterale dell'articolo 4, primo comma⁷⁴, si prevedeva al successivo articolo 7⁷⁵ che per ricorrere alla sperimentazione animale fosse sufficiente una comunicazione al Ministero della sanità senza peraltro dover ricevere esplicita autorizzazione in quanto gli esperimenti potevano aver corso anche in caso di silenzio dell'Amministrazione. Anche l'esclusione di cani, gatti, primati non umani e specie protette dal novero degli animali utilizzabili e l'obbligo di procedere previa anestesia locale o generale non erano previsioni assolutamente perentorie in quanto, stavolta con autorizzazione, si poteva alla stesse derogare.

Nonostante una indubbia pendenza della bilancia a favore delle esigenze della sperimentazione, non può negarsi che il d.lgs. n. 116 del 1992 abbia rappresentato un importante passo in avanti nell'ottica della tutela degli animali in quanto vengono considerati non più strumenti bensì essere senzienti portatori di interessi che possono confliggere con le esigenze umane⁷⁶.

L'attuale quadro normativo della sperimentazione animale è delineato dal decreto legislativo n. 26 del 2014, adottato in recepimento della direttiva 2010/63/UE che ha modificato la precedente disciplina a livello europeo.

Già a livello europeo è emersa l'esigenza di contemperare gli interessi degli animali (*rectius* delle associazioni animaliste mossesi per la tutela) e quelli della sperimentazione scientifica. Ritorna, quindi, la genesi sociale dell'incremento dell'attenzione al benessere animale. Come si vedrà appresso nell'analisi della disciplina, la nuova normativa pone oneri maggiori ai ricercatori che intendano utilizzare animali nella propria attività. Di pronta evidenza, quindi, le ragioni della modifica. Non era (più) ritenuta sufficiente la tutela approntata dalla direttiva del 1986 e dal conseguente decreto legislativo del 1992. Le istanze sociali di maggiore attenzione al benessere dell'animale sperimentale originatesi dalle lacune della disciplina e dalla cedevolezza di fronte alle esigenze della ricerca scientifica avrebbero potenzialmente potuto generare un conflitto che, se non ricondotto nell'alveo della legislazione, avrebbe potuto determinare l'insorgenza di costituzioni civili antagoniste della normazione formale. Anche per tale ragione, per offrire una base dialogica rappresentativa all'innovazione del bilanciamento degli

⁷⁴ Decreto legislativo 116/1992, articolo 4, I comma, «Gli esperimenti di cui all'art. 3 possono essere eseguiti soltanto quando, per ottenere il risultato ricercato, non sia possibile utilizzare altro metodo scientificamente valido, ragionevolmente e praticamente applicabile, che non implichi l'impiego di animali».

⁷⁵ Decreto legislativo 116/1992, articolo 7, I comma, «Chiunque intende effettuare esperimenti deve darne comunicazione al Ministero della sanità, indicando la sede dello stabilimento utilizzatore e producendo a corredo la documentazione atta a dimostrare che l'esperimento è necessario per effettuare un progetto di ricerca mirato ad uno dei fini di cui all'art. 3, comma 1, inevitabile ai sensi dell'art. 4 che siano assicurate le condizioni previste nell'art. 5, e ne invia copia anche alla regione, alla prefettura, al comune ed alla unità sanitaria locale competente per territorio».

⁷⁶ A. MANNUCCI, *Animali e diritto italiano: una storia*, cit., 25.





interessi in gioco, è stata adoperata la procedura di co-decisione – Parlamento europeo e Consiglio – in modo tale da coinvolgere anche l'organo rappresentativo dei cittadini europei al posto di coinvolgere solo i rappresentanti dei Governi degli Stati membri.

Obiettivi dichiarati della direttiva 2010/63/UE sono l'efficiente funzionamento del mercato interno ed il miglioramento della competitività dell'Unione nel settore scientifico, garantire un elevato livello di benessere agli animali utilizzati a fini scientifici e migliorare la trasparenza degli istituti di ricerca nei confronti dell'opinione pubblica circa l'utilizzo ed il benessere degli animali utilizzati a fini sperimentali⁷⁷.

I primi due obiettivi risultano perfettamente coerenti con le dinamiche dell'Unione e con il fine precipuo della direttiva. Il terzo, l'ampliamento della trasparenza degli istituti di ricerca, si badi, non nei confronti delle autorità pubbliche bensì del «grande pubblico» rappresenta un aspetto indubbiamente originale, in linea con quanto si è più volte detto in questa sede sulla rilevanza delle istanze sociali in tema di sperimentazione animale. Una opinione pubblica non solo promotrice, ma anche (seppur in modo ovviamente blando) controllore della cura del benessere animale; appunto una *rilevanza circolare di un'istanza sociale*.

Si tornerà sul punto a breve. Sia consentito, per ragioni di chiarezza espositiva, illustrare brevemente le novità della disciplina italiana adottata in attuazione della direttiva del 2010, in particolare dei punti dai quali emerge l'avanzamento della garanzia della dignità animale.

Innanzitutto, va segnalata l'indubbia inversione di tendenza registratasi con il decreto legislativo n. 26 del 2014 in ordine all'avvio della sperimentazione. Come detto, in precedenza era sufficiente una comunicazione al Ministero della sanità e l'attività poteva avere inizio anche nel silenzio dello Stato. Ora ai sensi degli articoli 20 e seguenti ogni procedura sperimentale che coinvolga gli animali necessita di esplicita autorizzazione. Permane all'articolo 33 l'esistenza di una procedura semplificata nel caso di sperimentazione su primati non umani per quei progetti «necessari per soddisfare requisiti regolatori o che prevedono l'utilizzo di animali a fini di produzione o diagnostici con metodi prestabiliti nei quali sono presenti procedure classificate come “non risveglio”, “lievi” o “moderate” e che non contemplano l'utilizzo di primati non umani», ma il suo utilizzo, anche per gli specifici e dettagliati limiti posti dal decreto, è rimasto ampiamente residuale. Non si è quindi avuta la trasformazione di una disciplina da eccezionale ad ordinaria e, di conseguenza, ogni qual volta si intenda procedere alla sperimentazione animale è necessario ottenere una specifica autorizzazione la cui richiesta deve inoltre essere corredata dall'indicazione dei livelli di dolore, sofferenza, angoscia od ansia che presumibilmente saranno sofferti dall'animale.

In linea generale, la significativa innovazione introdotta dalla direttiva 2010/63/UE e recepita nel decreto italiano riguarda senza dubbio il principio delle “3R”, *replacement, reduction, refinement* (sostituzione, riduzione, perfezionamento). Innanzitutto, quindi, con la nuova disciplina si vuole rendere la sperimentazione animale quasi *l'extrema ratio*, dovendosi procedere alla sua sostituzione con

⁷⁷ I citati obiettivi sono stati dichiarati nella Relazione della Commissione europea al Parlamento europeo dell'8 novembre 2017 consultabile al sito <https://bit.ly/3fHASfB> (ultima consultazione 30/03/2021).





modalità alternative laddove possibile (*replacement*)⁷⁸. Quando l'utilizzo di animali dovesse essere imprescindibile, in ogni caso, si deve cercare di utilizzarne il meno possibile (*reduction*) avendo cura di migliorare le condizioni di allevamento e stabulazione nonché le singole procedure al fine di ridurre il *distress* cagionato all'animale (*refinement*)⁷⁹.

Forse per una maggiore attenzione al benessere degli animali o forse per i quattro anni che separano la direttiva dal decreto legislativo – con un conseguente avanzamento della sensibilizzazione in materia – la disciplina italiana prevede delle finalità per le quali la sperimentazione animale è *ab origine* esclusa. All'articolo 5, comma II, infatti, si prevede che

«non possono essere autorizzate le procedure: a) per la produzione e il controllo di materiale bellico; b) per i test tossicologici con i protocolli della Lethal Dose – LD50 e della Lethal Concentration – LC50, tranne i casi in cui risulti obbligatorio da legislazioni o farmacopee nazionali o internazionali; c) per la produzione di anticorpi monoclonali tramite l'induzione dell'ascite, qualora esistano corrispondenti altri metodi di produzione e non risulti obbligatorio da legislazioni o farmacopee nazionali o internazionali; d) per le ricerche sugli xenotrapianti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera q); e) per le ricerche sulle sostanze d'abuso; f) nel corso delle esercitazioni didattiche svolte nelle scuole primarie, secondarie e nei corsi universitari, ad eccezione della formazione universitaria in medicina veterinaria nonché dell'alta formazione universitaria dei medici e dei medici veterinari».

Tale previsione costituisce un *unicum* nel panorama europeo al punto da esser stata ritenuta penalizzante per la ricerca italiana nel contesto internazionale⁸⁰. Dal contrasto con la direttiva che all'articolo 2 prevede la permanenza in vigore delle misure più restrittive già esistenti deriva l'avvio della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia che ha determinato la continua proroga del termine di entrata in vigore delle restrizioni inizialmente fissato al 1° gennaio 2017 e da ultimo prorogato con il decreto legge n. 183 del 31 dicembre 2020 al 1° gennaio 2022.

Oltre ad una più dettagliata e vincolata disciplina delle procedure sperimentali si trova nel d. lgs. 26/2014 una maggiore attenzione alla tutela del benessere animale. Agli articoli 24 e 25-26 si prevede l'istituzione, rispettivamente, delle figure del veterinario designato e dell'Organismo preposto al benessere degli animali (d'ora in avanti OPBA). Il primo ha il compito di prescrivere le modalità per il benessere e il trattamento terapeutico degli animali, ma, come è stato notato⁸¹, tale figura viene

⁷⁸ Decreto legislativo 26/2014, articolo 13, comma I, «Non sono autorizzabili le procedure che prevedono l'impiego di animali vivi per le quali esistono altri metodi o strategie di sperimentazione, riconosciute dalla legislazione dell'Unione europea, ovvero prevedono metodi vietati dalla normativa vigente nazionale».

⁷⁹ Decreto legislativo 26/2014, articolo 13, commi II e III, «2. Qualora il ricorso all'impiego di animali è inevitabile sono seguite, a parità di risultati, le procedure che: a) richiedono il minor numero di animali; b) utilizzano animali con la minore capacità di provare dolore, sofferenza, distress o danno prolungato; c) sono in grado di minimizzare dolore, sofferenza, distress o danno prolungato; d) offrono le maggiori probabilità di risultati soddisfacenti; e) hanno il più favorevole rapporto tra danno e beneficio.

3. Nelle procedure di cui al comma 2, va evitata la morte come punto finale, preferendo punti finali più precoci e umanitari. Qualora la morte come punto finale è inevitabile, la procedura soddisfa le seguenti condizioni: a) comportare la morte del minor numero possibile di animali; b) ridurre al minimo la durata e l'intensità della sofferenza dell'animale, garantendo per quanto possibile una morte senza dolore».

⁸⁰ Per la considerazione riportata e non per la formulazione del giudizio si veda G. PELAGATTI, *Profili giuridici della sperimentazione animale*, cit., 14.

⁸¹ G. PELAGATTI, *Profili giuridici della sperimentazione animale*, cit., 20.





designata dallo stesso operatore che si occupa della sperimentazione e, di conseguenza, appare lecito dubitare dell'autonomia di cui possa realmente godere nello svolgimento della propria attività.

All'OPBA spetta invece il compito di regolazione, di consulenza sui progetti in ordine all'applicazione delle 3R e di controllo della corretta applicazione del decreto legislativo.

La disciplina esposta segna un indubbio passo in avanti per quanto riguarda la tutela dell'animale sperimentale e, come visto, pone vincoli ben più stringenti – alcuni anche propri e non derivati dall'Unione – rispetto alla previgente disciplina del 1992. Ciò nonostante, sono ancora rinvenibili diffuse deroghe ed eccezioni alla regola tali da non poter ritenere abbandonata la concezione funzionalizzata agli interessi umani dell'animale sperimentale. Bisogna però ricordare quanto detto in principio; il progresso scientifico, la libertà della scienza e, chiaramente, la tutela della salute, sono principi affermati e tutelati dalla Costituzione la cui eccessiva compressione in forza di una innovata considerazione di interesse estranei alla Carta potrebbe anche condurre all'illegittimità costituzionale delle relative disposizioni.

Per tale ragione, ed anche per non vincolarsi a ragionamenti *de iure condendo* su proposte di modifica del testo costituzionale, appare opportuno ritornare sulla tematica della *circolarità* dell'istanza sociale di tutela del benessere animale. Come si è detto in precedenza, uno degli obiettivi della direttiva 2010/63/UE è il miglioramento della trasparenza delle procedure utilizzate dagli istituti di ricerca di fronte all'opinione pubblica. Ebbene, questa influenza circolare che va dalla promozione di nuove discipline al controllo esterno sul rispetto delle stesse emerge con pronta evidenza dall'articolo 34 del d. lgs. 26 del 2014 dedicato alle sintesi non tecniche dei progetti. Viene infatti prevista la compilazione del modello di cui all'allegato IX con le «informazioni sugli obiettivi del progetto, ivi compresi i danni e i benefici previsti, nonché sul numero e sulle specie animali da utilizzare» e «la dimostrazione della conformità ai requisiti di sostituzione, riduzione e perfezionamento». Proprio questo ultimo aspetto assume una particolare rilevanza. Nella redazione di un progetto, infatti, non si deve solo dar conto al Ministero delle procedure che si seguiranno, ma si deve anche dare dimostrazione del rispetto del principio delle 3R in modo a-tecnico, con una sintesi intellegibile dal *quisque de populo* (anche se, in realtà, i fruitori di tali sintesi sono soggetti già interessati in modo più o meno diretto alla tutela del benessere animale).

Sia consentito di indugiare ancora su di una parola, poiché, del resto, usando un'espressione di Carlo Levi, "le parole sono pietre". Ebbene, in una sperimentazione, l'obiettivo, il *quod erat demonstrandum*, è rappresentato dai fini della ricerca, laddove, chiaramente, la stessa abbia esito positivo. Il "nuovo statuto della sperimentazione animale", invece, introduce una dimostrazione terza, estranea alla ricerca in sé considerata, ed anzi totalmente incentrata sull'avanzamento, anche culturale, della cura del benessere animale.

Pare quindi a chi scrive che sia vero che la disciplina del d. lgs. n. 26 del 2014 abbia ancora una concezione della sperimentazione animale funzionalizzata all'essere umano, ma è anche vero che nella oggettiva impossibilità di compiere un bilanciamento legislativo fra il rispetto del benessere animale e l'interesse collettivo alla sperimentazione, alla tutela della salute ed all'avanzamento della conoscenza tecnica e scientifica – che nel caso sarebbe marcatamente impari per la garanzia costituzionale dei secondi – il Legislatore delegato abbia spostato l'attenzione verso un contemperamento degli interessi che tenga conto anche della concreta realtà circostante il modo della sperimentazione.





Non si sono posti pesi su di un piatto a discapito dell'atro, bensì un peso è stato riconosciuto alla collettività ed alle sue istanze, in un contemperamento di esigenze tendente verso una *Praktische Konkordanz*.

4. Spunti finali a mo' di conclusione. Gli "oneri" della garanzia della dignità degli animali e gli "onori" di una sperimentazione rispettosa. La rilevanza esterna del benessere animale

Si è detto in precedenza che la disciplina delineata dal decreto legislativo n. 26 del 2014 è caratterizzata dal contemperamento delle esigenze della ricerca scientifica con la attenzione da tributare al benessere degli animali sperimentali. Tale scelta pare a chi scrive l'unica possibile, quantomeno a Costituzione invariata. È stata infatti evidenziata l'assenza, *rebus sic stantibus*, di una garanzia costituzionale della dignità degli animali in genere e, di conseguenza di quella particolare categoria rappresentata dagli animali adoperati nella sperimentazione. Ciò comporta una oggettiva difficoltà nel bilanciamento fra le varie esigenze e questo, laddove esperito, non potrebbe che essere quantomeno impari, con la ovvia prevalenza delle istanze della ricerca, la quale trova nella Carta le fondamenta della propria garanzia.

In questa sede si vuole sostenere che la via da seguire per appianare le divergenze, per far confluire le diverse istanze, è quella della concordanza pratica e non già del solo bilanciamento poiché «il problema reale è il rispetto "in concreto" di tutte le identità»⁸² ed il bilanciamento «notoriamente è utilizzabile solo quando si confrontano principi omogenei, collocati sul medesimo piano»⁸³.

Posta la necessità di ricercare la concordanza pratica fra le esigenze della ricerca e la garanzia del benessere degli animali sperimentali, è opportuno interrogarsi, in specie alla luce della attuale disciplina, sulla effettività di tale contrasto.

Si sono visti i vincoli gravanti sui ricercatori al momento della presentazione dei progetti al Ministero per ottenere l'approvazione alla sperimentazione animale. Si sono visti i controlli cui è soggetta la ricerca nel suo svolgimento sulla cura degli animali da utilizzare. Ebbene, ciò che *prima facie* potrebbe apparire un aggravio (magari burocratico) non è detto che rimanga tale se si volge lo sguardo più in profondità.

La libertà della ricerca e la garanzia del benessere degli animali – le istanze animaliste ne sono conferma – sono tradizionalmente intesi come "mondi" ontologicamente in contrasto. La realtà, però, è forse un'altra.

La natura servente degli animali rispetto alla ricerca non li rende di certo esseri servili.

L'impossibilità di un bilanciamento "puro" e la conseguente opportuna ricerca di una concordanza pratica fra le esigenze determinano che sia opportuno ragionare su un punto di equilibrio nuovo e comune ad entrambe, piuttosto che in termini di prevalenza ovvero di equivalenza.

⁸² M. CARTABIA, *Il crocifisso e il calamaio*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (ed.), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004, 67.

⁸³ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, 10, in riferimento al bilanciamento fra i diritti e limitatezza delle risorse disponibili. Pur essendo questione assolutamente distinta, le conclusioni sulla impossibilità di un bilanciamento in presenza di esigenze assiologicamente distinte sono condivisibili ed utilizzabili in questa sede.





È da questo punto di vista che gli “oneri” gravanti sulla sperimentazione animale possono divenire “onori” per la ricerca. Nel raggiungimento di una convergenza comune e fattuale fra istanze (intese come) contrapposte, l’attenzione da dedicare alla cura del benessere degli animali, già al momento dell’allevamento, determina che la ricerca condotta acquisti un maggior grado di autorevolezza.

È nell’interesse dei ricercatori che gli animali sperimentali godano di una buona salute, anche (se non soprattutto) per la bontà dei dati raccolti. Non potrebbe, infatti, attribuirsi validità a test condotti su animali in precarie condizioni di salute. Ne sarebbe inficiata la bontà dei dati raccolti, sia che questi corroborino le ipotesi della ricerca sia che questi le smentiscano.

Ed è proprio in ciò che, anche ragionando pragmaticamente, le esigenze della ricerca e del benessere animale convergono. Ed è verso ciò che anche i sostenitori della sperimentazione animale dovrebbero spingersi.

Regole strette, magari anche ferree, non costituiscono dei legacci, ma anzi garantiscono che ogni fase di una qualsivoglia ricerca che richieda la sperimentazione animale e, soprattutto, i risultati della ricerca stessa possano esser ritenuti validi ed attendibili.

Importanti scoperte compiute grazie all’utilizzo di animali non in salute potrebbero rilevarsi controproducenti anche nell’ottica di finalizzazione all’essere umano della sperimentazione animale. Non è infatti improbabile che i dati in tal modo ottenuti siano falsati, con tutte le conseguenze per la salute dell’uomo che potrebbero derivarne.

I risultati ottenuti con una sperimentazione rispettosa, invece, potrebbero (*rectius* dovrebbero) godere di una considerazione notevolmente superiore, proprio per l’affidabilità degli stessi.

Oneri ed onori, si è detto, con una particolarità però. Di norma queste due facce della medaglia ricadono su di un medesimo soggetto. Nel caso della sperimentazione animale, invece, gli “oneri” gravanti sul lato della ricerca determinano “onori” sia per questa che per gli animali utilizzati. Infatti, accanto alla maggiore bontà ed attendibilità scientifica dei dati raccolti attraverso una sperimentazione rispettosa della dignità animale, si ha una elevazione del benessere dell’animale sperimentale, la cui salute viene intesa non già quale elemento accidentale e del tutto eventuale, bensì come presupposto ineliminabile che deve accompagnare la ricerca in ogni fase del proprio svolgimento. Sotto questo profilo, può apprezzarsi la natura di norma al contempo immediatamente precettiva e di programma del decreto legislativo n. 26 del 2014. Quella delineata è, infatti, una disciplina che non si limita a porre obblighi minimi da rispettare. Non si preoccupa solo di vincolare, ma anzi – come dimostrato dalla previsione di standard più elevati rispetto alla direttiva europea recepita – anche di veicolare l’andamento futuro della ricerca nei casi in cui dovesse risultare necessario l’utilizzo della sperimentazione animale. Una disciplina, quindi, che indubbiamente origina dalla volontà di garantire «il doveroso rispetto verso gli animali sottoposti a sperimentazione»⁸⁴, ma che fa degli oneri a carico dei ricercatori (anche) degli onori per animali, i quali, se è concesso prendere a prestito un imperativo pratico kantiano, vengono al tempo stesso intesi come scopo e non già come solo mezzo⁸⁵.

⁸⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 166/2004, Considerato in diritto, par. 6.

⁸⁵ Per il rispetto dovuto al filosofo di Königsberg, si riporta il testo integrale dell’imperativo pratico: «agisci in modo da considerare l’umanità, sia nella tua persona, sia nella persona di ogni altro, sempre anche al tempo stesso come scopo, e mai come semplice mezzo» tratto da I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. V. MATHIEU, Milano, 1994.



Due “mondi” idealmente in contrasto che convergono in un innalzamento del grado di benessere della “parte debole”.

Si può quindi concludere riassumendo ciò che si è detto con un’inversione dei termini di un tradizionale brocardo latino: *cuius incommoda eius et commoda*.



La sperimentazione animale in Europa: l'incidenza della Direttiva 2010/63 UE tra gli Stati membri e il suo ruolo nello sviluppo del vaccino anti Covid-19

*Mariangela Barletta**

ANIMAL TESTING IN EUROPE: THE INCIDENCE OF DIRECTIVE 2010/63 EU AMONG MEMBER STATES AND ITS ROLE IN THE DEVELOPMENT OF THE COVID-19 VACCINE

ABSTRACT: The article wishes to analyze the impact of the Directive 2010/63 in the EU related to animal welfare, taking also into account the actual question about Covid-19 vaccines. The Directive aims to develop animal welfare and to harmonize states legislation in this field. For this purpose, the European Union encourages States to develop new research methods in order to replace and reduce the use of animals or, at least, to refine methods in which they should be used. Many states have correctly implemented the Directive, but some still are under the infraction procedures by the European Commission; for instance, Italy, due its more restrictive measures.

KEYWORDS: Animal testing; Covid-19 vaccine; Directive 2010/63/UE; Legislative decree n. 26/2014; 3Rs principles

SOMMARIO: 1 Premessa – 2. La normativa comunitaria in materia di sperimentazione animale – 2.1 Le Tre R della ricerca scientifica – 3. Il recepimento della Direttiva europea tra gli Stati membri e le procedure di infrazione avviate dalla Commissione Europea – 3.1 La disciplina italiana, il D.lgs. n. 26 del 2014 e le prospettive di riforma – 4. Argomenti scientifici sulla sperimentazione animale: i pro e i contro nel dibattito europeo – 5. Impatto della normativa europea sulla riduzione, sostituzione e riutilizzo degli animali nella sperimentazione scientifica – 6. Casi di sperimentazione animale e vaccino Covid-19 – 7. Conclusioni.

1. Premessa

La sperimentazione animale è un argomento dibattuto e complesso, spesso al centro di numerose polemiche.

L'argomento merita un'attenta analisi, sia in considerazione dell'attuale questione relativa all'utilizzo degli animali per lo sviluppo di un vaccino contro il Covid-19, sia al fine di comprendere gli sviluppi che la sperimentazione sta avendo in Europa dall'entrata in vigore della Direttiva 2010/63 EU¹.

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, Comparato e Internazionale – Ordine internazionale e Diritti Umani – Sapienza, Università di Roma. Mail: mariangela.barletta@uniroma1.it. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di direzione nell'ambito della Call for papers intitolata "Laddove necessaria: prospettive sulla sperimentazione con gli animali".

¹ Direttiva europea 2010/63/UE Sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici.



Nel corso degli anni la ricerca scientifica sugli animali ha ottenuto una specifica regolamentazione, sia a livello nazionale che comunitario.

L'Europa ha avviato un processo normativo volto a uniformare la sperimentazione animale all'interno degli Stati membri già a partire dagli anni '80, che si è conclusa con l'introduzione della citata Direttiva e con la recente modifica apportata dal Regolamento 2019/1010².

Tutti gli Stati hanno completato il recepimento della normativa, sebbene permangano ancora una serie di procedure di infrazione avviate dalla Commissione Europea a causa di alcune irregolarità riscontrate all'interno delle nazioni. Tra queste ha fatto particolarmente discutere quella avviata nei confronti dell'Italia – ancora in corso – per i rischi che le maggiori restrizioni introdotte potrebbero avere rispetto alla libertà e parità di accesso al mercato all'interno dell'Unione.

Allo stato attuale il d.lgs. n. 26/2014³, il quale ha trasposto in Italia la Direttiva, impedisce di effettuare esperimenti che riguardino gli xenotrapianti di organi e le sostanze di abuso⁴. Questa circostanza non si registra negli altri Stati membri, in cui le irregolarità delle normative nazionali riguardano aspetti tecnico-amministrativi.

Queste maggiori restrizioni, che rischiano anche di ledere il principio di libertà della ricerca previsto dall'art. 33 della Costituzione⁵, non sono però ancora entrate in vigore. Infatti, la corretta applicazione della Direttiva continua ad essere bloccata sia a causa delle divergenti opinioni in Parlamento in merito all'etica della sperimentazione e al benessere degli animali, sia a causa dell'art. 13 della Legge di Delegazione n. 96/2013, recante *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea*⁶. Quest'ultimo in quanto ha impedito a monte all'organo legislativo di emanare una legge che prevedesse l'utilizzo degli animali in esperimenti concernenti i citati ambiti attualmente vietati dall'art. 5 del d.lgs. n. 26/2014⁷.

² Regolamento n. 2019/1010 con cui viene rivisto l'art. 6 della Direttiva 2010/63/UE, che ora rende più trasparente il processo di sperimentazione e aumenta gli obblighi dei ricercatori. Vengono altresì modificati gli artt. 43 e 45 della Direttiva, in modo da rendere più trasparente la pubblicazione dei risultati dei progetti, prevedendo un *database* europeo di accesso aperto per la pubblicazione delle statistiche annuali.

³ D.lgs. n. 26 del 2014, *Attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici*. Va sottolineato il fatto che i divieti in questione, imposti dall'art. 5 del decreto, non sono ancora entrati in vigore, in quanto il Decreto c.d. milleproroghe ha rinviato l'eventuale entrata in vigore dello stesso al 2022. Attualmente, dunque, è possibile effettuare esperimenti che coinvolgono sia xenotrapianti che sostanze d'abuso (Gazzetta Ufficiale n. 323 del 31/12/2020).

⁴ Per xenotrapianti si intende il trapianto tra uomo e animale, si definiscono invece allotrapianti le operazioni tra uomo e altro uomo.

⁵ In tal senso v. l'interpretazione datene nella sentenza della Corte Costituzionale n. 166 del 2004.

⁶ L. 6 agosto 2013 n. 96, recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea – legge di delegazione europea 2013». Art. 13 lett. F «vietare l'utilizzo di animali per gli esperimenti bellici, per gli xenotrapianti e per le ricerche su sostanze d'abuso, negli ambiti sperimentali e di esercitazioni didattiche ad eccezione della formazione universitaria in medicina veterinaria e dell'alta formazione dei medici e dei veterinari».

⁷ Art. 5 co. 2 del d.lgs. n. 26/2014 «Non possono essere autorizzate le procedure: a) per la produzione e il controllo di materiale bellico; b) per i test tossicologici con i protocolli della *Lethal Dose – LD50* e della *Lethal Concentration – LC50*, tranne i casi in cui risulti obbligatorio da legislazioni o farmacopee nazionali o internazionali; c) per la produzione di anticorpi monoclonali tramite l'induzione dell'ascite, qualora esistano corrispondenti altri metodi di produzione e non risulti obbligatorio da legislazioni o farmacopee nazionali o internazionali; d) per le ricerche sugli xenotrapianti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera q); e) per le ricerche sulle sostanze d'abuso; f)





Per questi motivi, occorre quindi interrogarsi sulle prospettive che possono prefigurarsi sulla sperimentazione animale in Italia: sia nel caso in cui l'attuale Decreto dovesse entrare in vigore, sia nel caso si optasse per una sua modifica.

A tal fine, è utile affrontare il tema del rapporto tra fonti nel diritto, prendendo in considerazione il principio di gerarchia tra le fonti di diverso livello e quello che sancisce il primato dell'Unione Europea rispetto alle normative nazionali.

Inoltre, poiché in Italia l'attuazione dei decreti legislativi da parte dell'esecutivo vengono delegati dal Parlamento, occorre altresì chiedersi, allo stato attuale, in che modo è possibile modificare il d.lgs. 26/2014 senza incorrere in difetto di eccesso di potere.

Accanto alle problematiche relative alla corretta trasposizione della Direttiva europea all'interno degli Stati membri, il tema della sperimentazione animale assume oggi particolare rilievo rispetto allo sviluppo di un vaccino contro il Covid-19.

In proposito, all'interno del panorama pubblico e scientifico, sussistono opinioni discordanti: secondo alcuni la sperimentazione sugli animali è ancora indispensabile nella cura delle patologie umane, secondo altri, invece, il progresso scientifico è oggi in grado di sostituire l'uso degli animali con metodi alternativi.

La prima argomentazione è avallata anche dalla Direttiva europea e trova ulteriore conferma all'interno della Dichiarazione di Helsinki e nei pareri dell'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità)⁸. Infatti, sebbene l'art. 10 della Direttiva promuova l'implementazione delle Tre R della ricerca all'interno degli Stati membri (*Replacement, Reducement, Refinement*), essa ritiene comunque necessaria la sperimentazione laddove non sia possibile utilizzare modelli alternativi sicuri e in grado di ottenere gli stessi risultati della ricerca tradizionale.

Queste considerazioni inducono quindi a riflettere sull'effettivo recepimento della Direttiva nell'Unione, soprattutto riguardo alla riduzione dell'uso degli animali della ricerca scientifica e allo sviluppo di metodi sostitutivi.

L'articolo si propone, 1) di esaminare in maniera comparata il recepimento della Direttiva 2010/63/UE, considerando anche le attuali procedure avviate dalla Commissione 2) di indagare il contesto italiano e le prospettive di riforma della normativa nazionale 3) di analizzare il modo in cui gli obiettivi della Direttiva europea sono stati raggiunti dalla sua entrata in vigore, soprattutto in considerazione della riduzione nell'uso degli animali nella ricerca scientifica 4) riportare lo stato dell'arte relativo allo sviluppo di un vaccino contro il Covid-19, considerando le argomentazioni sollevate in merito all'indispensabilità dell'uso degli animali al fine di garantire la sicurezza dei medicinali.

nel corso delle esercitazioni didattiche svolte nelle scuole primarie, secondarie e nei corsi universitari, ad eccezione della formazione universitaria in medicina veterinaria nonché dell'alta formazione universitaria dei medici e dei medici veterinari».

⁸ Dichiarazione di Helsinki della *World Medical Association*, Principi etici per la ricerca medica che coinvolge soggetti umani: Requisiti scientifici e protocolli di ricerca, art. 21 «La ricerca biomedica che coinvolge esseri umani deve aderire a principi scientifici universalmente accettati ed essere basata [...] su adeguate sperimentazioni di laboratorio e, se opportuno, su animali. [...]».



2. La normativa comunitaria in materia di sperimentazione animale

L'Unione Europea dedica particolare attenzione al tema della protezione degli animali e al loro benessere in diversi settori, tra cui anche quello della sperimentazione scientifica.

L'impegno verso la tutela dei diritti degli animali ha assunto maggiore interesse a seguito della sottoscrizione del Trattato di Lisbona⁹. Infatti, l'art. 13 del TFUE riconosce giuridicamente gli animali come esseri senzienti, che quindi non possono più essere considerati alla stregua di oggetti o prodotti. Questo deve essere considerato un passo molto importante nella tutela dei diritti degli animali, soprattutto in considerazione del riconoscimento ottenuto ai sensi dell'art. 2 del TFUE¹⁰.

L'introduzione del Trattato, consolidando l'idea del benessere degli animali all'interno dell'Unione Europea, ha condotto anche all'approvazione della nuova Direttiva in materia di sperimentazione animale.

La Direttiva europea 2010/63/EU sulla *Protezione degli animali utilizzati a fini scientifici*, che sostituisce la precedente Direttiva 86/609/EEC, si pone infatti sul solco di un pensiero innovativo rispetto al passato, che punta sul maggiore benessere degli animali. Essa intende armonizzare gli *standard* di ricerca e le pratiche di sperimentazione animale all'interno degli Stati membri, in modo da garantire loro l'accesso alle medesime opportunità di ricerca e colmare le disparità tra le disposizioni legislative in materia.

Lo scopo della Direttiva è di sostituire, ove possibile, l'impiego degli animali con metodi alternativi, nonché assicurarne il massimo benessere, evitando loro danni durevoli, dolori, sofferenze o angoscia provocati dalla sperimentazione, quando evitabili. In questo senso essa attribuisce particolare importanza ai principi delle Tre R della ricerca – *Replace, Reduce, Refinement* –, sebbene consideri la sperimentazione sugli animali comunque necessaria nella cura delle malattie¹¹. Il rispetto degli *standard* minimi dell'uso degli animali viene garantito attraverso una valutazione sistemica condotta dalle autorità competenti designate dagli Stati ai sensi dell'art. 36 della Direttiva¹².

⁹ Art. 13 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale».

¹⁰ I.R. PAVONE, *Animal Experimentation and Animal Welfare in the Context of the European Union*, in *BioLaw-Rivista di biodiritto*, 2015; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005.

Ai sensi dell'art. 2 TUE «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

¹¹ Cfr. la considerazione n. 10 della Direttiva che dispone «Benché sia auspicabile sostituire nelle procedure l'uso di animali vivi con altri metodi che non ne prevedano l'uso, l'impiego di animali vivi continua ad essere necessario per tutelare la salute umana e animale e l'ambiente». Per tutte le novità introdotte dalla Direttiva europea si rimanda a I.R. PAVONE, *Towards an EU animal welfare law: the case of animal testing and the limits of new welfareism*, in *animal & natural resource*, in *Av.Vv. Law review, Michigan state university college of law*, 16, 2020, 228 ss.

¹² Art. 36 Direttiva 2010/63/EU «Gli Stati membri assicurano, fatto salvo l'articolo 42, che non siano realizzati progetti senza previa autorizzazione da parte dell'autorità competente e che i progetti siano realizzati in

2.1. Le Tre R della Ricerca: Replacement, Reduction and Refinement

La Direttiva Europea incoraggia fortemente gli Stati membri a svolgere la ricerca scientifica seguendo i principi delle Tre R¹³.

Questo concetto è stato proposto per la prima volta nel 1959, quando W.M.S. Russell e R.L. Burch pubblicarono un'opera intitolata *The Principles of Humane Experimental Technique*¹⁴.

I principi delle Tre R, ovvero la sostituzione, la riduzione e il perfezionamento della ricerca sugli animali, sono considerati oggi l'approccio migliore per massimizzare il progresso scientifico garantendo al contempo l'applicazione dei più alti *standard* di considerazione etica nella regolamentazione dell'uso degli animali nelle procedure scientifiche.

Il *replacement* può essere definito come quel metodo che prevede la sostituzione degli animali nella sperimentazione con modelli alternativi. Secondo tale approccio, quindi, quando lo stesso risultato può essere raggiunto attraverso altri strumenti, usati anche in combinazione tra loro, non dovrebbe farsi ricorso alla sperimentazione sugli animali. Questo concetto viene anche espresso all'interno delle considerazioni della Direttiva europea, ove si afferma che «Nel selezionare i metodi, i principi della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento dovrebbero essere applicati nel rigido rispetto della gerarchia dell'obbligo di ricorrere a metodi alternativi»¹⁵.

Il criterio secondo cui gli esperimenti su animali andrebbero sostituiti con altre tecnologie è ampiamente riconosciuto nella comunità scientifica. Tuttavia, spesso si ritiene che le metodologie alternative

conformità dell'autorizzazione o, nei casi di cui all'articolo 42, in conformità della domanda inviata all'autorità competente o di ogni eventuale decisione adottata dall'autorità competente. 2. Gli Stati membri assicurano che nessun progetto sia realizzato senza che sia stata ottenuta una valutazione positiva del progetto da parte dell'autorità competente in conformità dell'articolo 38».

Pertanto, i progetti possono essere autorizzati solo quando 1) sussiste una giustificazione scientifica 2) è possibile prospettare realisticamente i benefici da quella ricerca 3) i potenziali benefici superano i potenziali rischi connessi, tenendo conto della sofferenza dell'animale 4) considerando l'impossibilità di giungere ai medesimi risultati attraverso metodi alternativi.

¹³Molti testi legislativi emanati dall'Unione Europea (UE), oltre alla Direttiva sulla protezione degli animali (2010/63/EU) riprendono il principio delle Tre R. Tra questi: i regolamenti REACH (2006/1907/EC) e CLP (2008/1272/EU), il Regolamento Cosmetico (2009/1223/EU) e il regolamento per le sostanze ad attività biocida (2012/528/EU).

¹⁴ W.M.S. RUSSELL, R.L. BURCH, *The Principles of Humane Experimental Technique*, Methuen, 1959.

¹⁵ La considerazione n. 11 della Direttiva 2010/63/UE prevede che «La cura e l'uso di animali vivi a fini scientifici sono disciplinati dai principi, sanciti a livello internazionale, della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento. Per garantire che all'interno dell'Unione le modalità di allevamento, cura e uso degli animali nelle procedure siano conformi a quelle previste da altre norme nazionali e internazionali applicabili al di fuori dell'Unione, i principi della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento dovrebbero essere sistematicamente considerati nell'attuazione della presente direttiva. Nel selezionare i metodi, i principi della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento dovrebbero essere applicati nel rigido rispetto della gerarchia dell'obbligo di ricorrere a metodi alternativi. Laddove la legislazione dell'Unione non riconosca metodi alternativi, è possibile ridurre il numero di animali utilizzando altri metodi e applicando metodi di prova quali i test in vitro o altri metodi che consentano di ridurre e perfezionare l'uso degli animali. Costituiscono metodi alternativi, ad esempio, l'uso di sistemi in vitro o di sistemi basati su approcci biochimici, oppure modelli basati su computer e approcci spesso chiamati in *silico*».



non dovrebbero essere intese come completamente sostitutive, ma come metodi di sperimentazione complementare all'utilizzo degli animali¹⁶.

La *Reduction*, o riduzione, è un concetto che esprime invece la possibilità di utilizzare meno animali senza però compromettere gli obiettivi del progetto di ricerca. La riduzione può avvenire anche attraverso la semplificazione delle procedure; ad esempio utilizzando gli stessi animali più di una volta (tenendo però in considerazione il loro benessere ed evitandone lo sfruttamento).

Infine, il *Refinement*, o il perfezionamento, è un termine che indica la necessità di garantire il maggiore benessere possibile degli animali utilizzati, riducendo al minimo le sofferenze e i disagi, a fronte dell'impossibilità oggettiva di sostituirli con un metodo alternativo. In un'altra accezione esso indica anche la possibilità di utilizzare animali meno senzienti rispetto ad altri per giungere agli stessi risultati.

3. Il recepimento della Direttiva europea tra gli Stati membri e le procedure di infrazione avviate dalla Commissione Europea

Tutti gli Stati membri dell'U.E. hanno trasposto la Direttiva 2010/63/UE all'interno dei propri ordinamenti nazionali ai sensi dell'art. 288 del TFUE¹⁷.

La trasposizione, che si è completata nel 2015, è avvenuta mediante l'impegno degli Stati membri di disporre una normativa conforme a quella europea, assegnando la competenza ad attuare le politiche sulla sperimentazione degli animali a uno o più Ministeri.

In Italia la Direttiva è stata recepita mediante il D.lgs. n. 26/2014, e la competenza in materia è stata affidata al Ministero della Salute. In altri Stati, invece, la sperimentazione animale viene gestita da più Ministeri. In Francia, ad esempio, si tratta di un ambito in cui lavorano sinergicamente il Ministero dell'agricoltura, quello dell'ambiente, quello della difesa e quello dell'educazione e della ricerca.

È utile ricordare comunque che già prima dell'introduzione della direttiva comunitaria, molti Stati possedevano una legislazione attenta al benessere degli animali. Tra questi è possibile annoverare anche Francia e Germania, sebbene oggi siano i principali utilizzatori di animali nella sperimentazione scientifica. La Francia ha una lunga storia sulla protezione degli animali, ed è stato il primo Stato ad introdurre nel 1850 una legislazione in materia «Grammont Law on Animal Mistreatments». Inoltre, è stato anche uno dei primi Paesi a riconoscere a livello codicistico gli animali come esseri viventi dotati di sensibilità¹⁸. Questo riconoscimento è avvenuto anche da parte della Germania, la quale nel 2002,

¹⁶ Parere del Comitato Nazionale Italiano di Bioetica (CNB) del 18/12/2009, *Metodologie alternative, Etica Comitati e obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*: http://www.palazzochigi.it/bioetica/eng/pdf/alternative_methodologies_rivisto_2.pdf (ultima consultazione 19/05/2021).

¹⁷ Art. 288 TFUE «Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. 26.10.2012 Gazzetta IT ufficiale dell'Unione Europea C 326/171 La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti».

¹⁸ Art. 528 del Codice Civile francese 1804, così come modificato nel 2015. La modifica legislativa non cambia il fatto che gli animali in Francia vengano comunque considerati beni di proprietà privata. L'iniziativa costituisce tuttavia un punto di partenza per ulteriori evoluzioni normative a tutela degli animali. La Francia è solo uno tra i



mediante la modifica dell'art. 90 del BGB, ha anche precisato che gli animali non sono oggetti. Quanto alla Direttiva, essa è stata trasposta nella legislazione tedesca mediante una modifica all'*Animal Welfare Act* del 12 luglio 2013¹⁹, che già garantiva un elevato *standard* di benessere per gli animali utilizzati nella ricerca²⁰.

Chiusa questa parentesi, a questo punto occorre precisare che il percorso di corretta trasposizione della Direttiva comunitaria all'interno degli Stati membri non è avvenuto in maniera lineare. Infatti, quasi tutti i Paesi dell'UE sono stati richiamati dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 258 TFUE²¹ a causa delle irregolarità riscontrate all'interno delle legislazioni nazionali, che hanno dato quindi luogo all'avvio di diverse procedure di infrazione. Al momento attuale risultano ancora in corso undici procedure²², tra cui una rivolta anche nei confronti dell'Italia a causa delle maggiori restrizioni imposte dall'art. 5 del d.lgs. 26/2014²³.

In proposito va ricordato che, secondo la Direttiva, agli Stati è consentito mantenere eventuali disposizioni più restrittive, intese ad assicurare una protezione più estesa agli animali, purché vigenti al 9 novembre 2010, e a patto che ciò non costituisca un limite nella cooperazione europea e allo sviluppo scientifico all'interno dell'Unione²⁴.

I divieti imposti dall'Italia, sebbene non ancora in vigore, sembrerebbero invece poter creare disuguaglianze rispetto al resto della comunità scientifica, in quanto, rispetto ad altri Stati europei, non sarebbe possibile effettuare determinati esperimenti senza doversi recare necessariamente all'estero. L'Italia è l'unico Paese ad aver imposto una normativa più restrittiva rispetto a quella europea, ma ciò non significa che abbia comunque sempre rispettato tutti gli altri *standard* richiesti dalla Direttiva²⁵. Infatti, la Commissione, sebbene abbia recentemente chiuso le restanti procedure, ha rilevato irregolarità riguardo alla sicurezza dei laboratori, al numero di animali utilizzati, ai controlli, alle autorizzazioni e alla formazione dello *staff*²⁶. Queste non conformità ai requisiti dettati dalla Direttiva sono comuni alla maggioranza delle legislazioni nazionali. La legislazione tedesca, ad esempio, è sotto procedura di infrazione a causa di difetti nelle procedure di ispezione e di quelle che concernono

molto paesi che stanno introducendo norme che riconoscono gli animali come esseri senzienti. Tra questi il primo è stato la Svizzera nel 1992, che ha precisato che gli animali non sono oggetti all'interno della propria Costituzione. Quanto all'Italia, sono state avanzate molteplici proposte di modifica della Costituzione. In particolare si è proposto di inserire la loro tutela all'interno dell'art. 9 Cost., dedicato alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico.

¹⁹ In dettaglio vd. I.R. PAVONE, *Toward an EU animal welfare*, cit, 247.

²⁰ Per approfondimenti sulla trasposizione in Germania della Direttiva vd. I.R. PAVONE, *Animal Experimentation*, cit. 14-15.

²¹ Art. 258 TFUE «La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione Europea».

²² Ai sensi dell'art. 258 TFUE, le attuali procedure in corso riguardano: Slovacchia, Danimarca, Finlandia, Francia, Italia, Slovenia, Austria, Lituania, Rep. Ceca, Germania, Polonia.

²³ INFR (2016)2013.

²⁴ Art. 2 della Direttiva 2010/63/UE *Misure nazionali più rigorose*.

²⁵ Press Release della Commissione del 15/02/2017: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/MEMO_17_234 (ultima consultazione 19/05/2021).

²⁶ INFR (2013) 0042, chiusa da parte della Commissione il 10/7/2014.



l'approvazione dei progetti. In Polonia mancano ancora alcune importanti previsioni normative, come è stato anche recentemente evidenziato dal parere motivato dalla Commissione nei suoi confronti²⁷. La Francia, è sotto procedura sia a causa della mancanza di trasparenza riguardo agli animali usati per scopi scientifici, sia in merito all'ambiguità nel definire la cornice dei progetti di ricerca²⁸. Inoltre, le restanti procedure di infrazione in corso riguardano: difetti nella cura degli animali da laboratorio, come in Danimarca e in Finlandia; l'assenza di designazioni del personale veterinario, come in Austria; difetti relativi alla valutazione dei progetti e delle relative autorizzazioni, come nel caso della Lituania²⁹. Dall'entrata in vigore della Direttiva il fatto che quasi tutte le nazioni siano state richiamate dalla Commissione³⁰, oltretutto la circostanza che permangano ancora diverse procedure di infrazione, dimostra come l'implementazione del benessere degli animali, così come auspicato dall'Unione Europea, abbia sofferto e continui a subire un certo rallentamento. Vale a dire che sussistono ancora molte lacune prima di poter raggiungere la completa armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri e il conseguente raggiungimento dello *standard* elevato di benessere degli animali fissato dall'Unione.

3.1 La disciplina italiana introdotta dal D.lgs n. 26 del 2014 e le prospettive di riforma

In Italia è in corso un forte dibattito in merito alla sperimentazione animale, che continua a ritardare la corretta trasposizione della Direttiva europea.

L'art. 5 del d.lgs. 26/2014, come visto, ha imposto *standard* più restrittivi di protezione rispetto alla Direttiva, dal momento che non autorizza l'uso di procedure per le ricerche sugli xenotrapianti di organi di cui all'articolo 3, comma 1, lettera q) e per le ricerche sulle sostanze d'abuso³¹.

Queste restrizioni, sebbene non entrate in vigore a causa del rinvio operato dal decreto c.d. Milleproroghe³², rappresentano, secondo diverse opinioni, una restrizione ingiustificata idonea a disturbare il mercato europeo, pregiudicando la possibilità di accedere a bandi e finanziamenti europei sui temi oggetto di divieto; e riducendo, di conseguenza, la capacità di ricerca dell'Italia rispetto al resto del mondo³³. Questa opinione è stata sostenuta anche dalla maggioranza dei componenti del Comitato

²⁷ Press release della Commissione 19/07/2018: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/MEMO_18_4486 (ultima consultazione 19/05/2021).

²⁸ INFR (2020)2240.

²⁹ Press Release della Commissione del 10/10/2019: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_19_5950 (ultima consultazione 19/05/2021).

³⁰ Dall'entrata in vigore sono state chiuse 19 procedure da parte della Commissione Europea.

³¹ Cfr. nota n. 7.

³² D.l. 183/2020, Legge 26/02/2021, n. 21.

³³ P.L. GERMAIN, L. CHIAPPERINO, G. TESTA, *The European politics of animal experimentation: From Victorian Britain to 'Stop Vivisection'*, in *Stud Hist Philos Biol Biomed Sci*, 64, 2017, 75-87; G. GUGLIELMI, *I divieti sulla sperimentazione animale restano nel limbo*, in *Nature*, 02/02/2021. Cfr. anche le opinioni di parte della comunità scientifica sul sito: <http://www.pro-test.it/> (ultima consultazione 19/05/2021). Nello stesso senso è il testo della mozione inviata al Parlamento da alcune associazioni, come la *Research4life*, al fine di rimuovere i divieti in questione: <https://www.dnamedialab.it/lettera-research4life-sperimentazione-animale/> (ultima consultazione 19/05/2021). Vd. anche il testo della senatrice Cattaneo a favore della sperimentazione: <https://www.research4life.it/senatrice-elena-cattaneo-al-senato-nella-seduta-del-2-dicembre-2020/> (ultima consultazione 19/05/2021).



Nazionale per la Bioetica (CNB), che più di recente hanno espresso la propria preoccupazione anche in merito allo sviluppo di un vaccino contro il Covid-19³⁴.

Dall'altra parte non mancano opinioni contrarie, espresse sia da una minoranza dei membri del CNB, sia da diversi movimenti e associazioni nazionali che si oppongono alla sperimentazione sugli animali e cercano di supportare l'utilizzo di metodologie di ricerca alternative³⁵.

A causa delle maggiori restrizioni imposte dalla normativa italiana, la Commissione europea nel 2016 ha inviato al governo una lettera di messa in mora, ai sensi dell'articolo 258 del TFUE, al fine di ottemperare agli obblighi imposti dalla normativa comunitaria³⁶.

L'esecutivo ha giustificato il mancato esatto recepimento rappresentando il fatto che le criticità nel perfezionamento della trasposizione derivassero dai limiti imposti nell'articolo 13 della legge di delegazione n. 96/2013³⁷. Queste motivazioni non sono però apparse giustificabili dall'Unione Europea, la quale ha esortato l'Italia a prevedere nel prossimo disegno di legge europea, 2021-2022, un intervento normativo finalizzato alla modifica del decreto legislativo n. 26/2014³⁸.

Le giustificazioni fornite dall'Italia, in merito al rapporto tra legge delega e successivo decreto legislativo, vanno lette ai sensi dell'artt. 76 e 77 della Costituzione³⁹ che prevede che i decreti legislativi non possano differire rispetto alla legge delega, pena difetto di eccesso di delega censurabile in Corte Costituzionale⁴⁰.

Per risolvere la questione si prospettano due alternative: la prima, come suggerito dalla Commissione Europea, è quella di rifare una legge delega, in questo caso conforme alla Direttiva, che deleghi il nuovo esecutivo ad emanare un altro decreto legislativo; la seconda è quella di sollevare questione davanti alla Corte Costituzionale. Quest'ultima infatti potrebbe annullare la delega parlamentare del 2013, dichiarandola costituzionalmente illegittima a causa del fatto che non è possibile incaricare il governo di legiferare su una norma in contrasto con una Direttiva europea. Nel caso della Direttiva sulla sperimentazione animale, è vero che è permesso agli Stati di imporre ulteriori restrizioni, tuttavia esse non

³⁴ Cfr. Il testo del parere del comitato «Sperimentazione animale con riferimento ai divieti posti dal d.l. 26/2014 in merito agli xenotrapianti e alle sostanze di abuso» del 27/03/2020: <http://bioetica.governo.it/it/pareri/mozioni/sperimentazione-animale-con-riferimento-ai-divieti-posti-dal-dl-262014-in-merito-agli-xenotrapianti-e-alle-sostanze-di-abuso/> (ultima consultazione 19/05/2021).

³⁵ Nel 2012 venne avviata una raccolta firme c.d. *Stop Vivisection* ai sensi dell'art. 10 del Reg. 211/2011/EU, la quale ottenne 1.17 milioni di firme da parte dei cittadini. La petizione venne inviata alla Commissione Europea a Marzo 2015, chiedendo l'abrogazione della Direttiva. La Commissione decise comunque di non supportare l'iniziativa. In Parlamento italiano è presente il gruppo parlamentare "La Coscienza degli Animali", che ha cercato di giustificare le restrizioni insistendo spesso sul fatto che gli esperimenti sugli animali non sono necessari per l'avanzamento della biomedicina. Nella comunità pubblica iniziative importanti sono anche state promosse dall'associazione "LAV" <http://www.lav.it/leggi/sperimentazione-vivisezione> (ultima consultazione 19/05/2021).

³⁶ Commissione Europea, nota C (2016)2361 del 28/04/2016.

³⁷ Cfr. nota n. 6.

³⁸ Camera dei Deputati Legge europea 2019-2020 Ordine del giorno in materia di sperimentazione animale: https://www.research4life.it/wp-content/uploads/Legge-europea-2019-2020_Odg-SA.pdf (ultima consultazione 19/05/2021).

³⁹ Art. 76 Costituzione «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti». Art. 77 Costituzione «Il Governo non può senza delegazione delle Camere emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria».

⁴⁰ Cfr. Sentenza Corte Costituzionale n. 3 del 1957.





devono porsi in contrasto con gli altri obiettivi dell'Unione, quali il mercato e la libera circolazione dei beni.

Una questione interessante su cui riflettere è quella di valutare come dovrebbe comportarsi quindi l'interprete qualora i divieti posti dal decreto dovessero invece entrare in vigore.

In proposito è utile effettuare alcune considerazioni preliminari in merito al rapporto gerarchico tra le fonti nel diritto. Come noto, la gerarchia tra fonti di diverso rango postula la considerazione che una data norma non può porsi in contrasto con altra norma di livello superiore, pena la sua invalidità. In caso di antinomie, dunque, prevale la norma di grado superiore, che nel caso in questione è la Direttiva europea. All'interno dell'Unione, infatti, è riconosciuto il primato dell'U.E; ciò prevede la disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto comunitario ai sensi dell'art. 4 n. 3 del TUE⁴¹. Tale articolo esprime il generale principio di leale collaborazione, secondo cui ogni Stato deve impegnarsi per dare effettiva attuazione del diritto europeo. In tal senso un ruolo fondamentale è svolto dal giudice nazionale, il quale, riscontrata una difformità tra norma comunitaria e norma interna, deve applicare la norma dell'Unione⁴². La decisione non dà luogo ad abrogazione della norma interna che risulta in contrasto, ma solo alla sua disapplicazione nel caso concreto, con conseguente applicazione della norma comunitaria.

A questo punto occorre chiedersi se non sia anche la Direttiva europea a dover essere modificata, in modo da essere più restrittiva e maggiormente attenta al benessere degli animali. Tuttavia, questa considerazione appare fin troppo lontana dalla realtà attuale, posto che la maggior parte della comunità scientifica ritiene assolutamente indispensabile l'uso degli animali nella sperimentazione, compreso il loro impiego nello studio sulle sostanze d'abuso e negli xenotrapianti. Resta il fatto che potrebbe essere rivolta maggiore attenzione alle forme di finanziamento verso lo sviluppo di modelli di sperimentazione alternativi.

4. Argomenti scientifici sulla sperimentazione animale: i pro e i contro nel dibattito europeo

Il dibattito intorno all'uso degli animali nella ricerca scientifica è animato soprattutto a causa delle forti implicazioni etiche che coinvolgono i loro diritti.

I primi movimenti a sostegno del benessere animale compaiono già a partire dal 1800, i c.d. *welfare/rights movements*⁴³ e si sviluppano maggiormente a partire dal 1975, con la pubblicazione dell'opera di Peter Singer "Liberazione Animale", e con le teorie elaborate da Tom Regan e da Robert Gardner⁴⁴.

⁴¹ Art. 4 n. 3 TUE «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

⁴² Questi principi sono espressi all'interno delle sentenze della Corte di Giustizia caso *Costa c. E.N.E.L* (1964), nella pronuncia *Van Gend En Loos* della Corte di Giustizia (1963), e nella sentenza *Simmenthal* del 1978.

⁴³ J.E. GOEKE, *The History of the Use of Animals in Research and the Development of the Animal Welfare Concept*, in *Journal of the American College of Toxicology*, 2, 6, 1987, 187-194.

⁴⁴ P. SINGER, *Animal Liberation: A New Ethics for Our Treatment of Animals*, 1975; I.R. PAVONE, *Towards an EU Animal Welfare Law*, cit., 203.





Ad ogni modo, attualmente, le opinioni in merito alla sperimentazione sugli animali sono molto contrastanti. Da un lato, vi sono coloro che hanno dimostrato come sia possibile fare ricerca anche evitando di utilizzare animali vivi, attraverso una serie di strumenti adatti a sostituire del tutto, o quasi, i vecchi modelli. Dall'altra parte si schierano coloro che, argomentando in base all'evidenza scientifica e ai risultati ottenuti fino ad ora, si dimostrano a favore dell'utilizzo degli animali nella ricerca scientifica⁴⁵.

Questa contrapposizione riflette anche quella relativa al riconoscimento dei diritti degli animali nella legislazione; ossia tra coloro che sostengono il *rightism* animale, e quelli che invece ritengono che gli animali non abbiano propri diritti⁴⁶. Al momento attuale gli animali sono considerati beni, e solo poche legislazioni hanno riconosciuto loro diritti anche all'interno delle Costituzioni⁴⁷.

Gli ordinamenti giuridici hanno tracciato i confini dell'attività di ricerca, stabilendo spesso che l'utilizzo degli animali è indispensabile nello sviluppo di vaccini, nella ricerca farmaceutica, nei test tossicologici e nelle simulazioni accademiche. Negli ultimi anni, tuttavia, è notevolmente cresciuto l'interesse verso i metodi alternativi di ricerca e una parte della comunità scientifica ritiene che i modelli animali potrebbero essere sostituiti con nuove tecnologie. Le principali argomentazioni in tal senso si basano su evidenze di natura scientifica, etica ed economica.

La prima considerazione ruota intorno al fatto che l'utilizzo di animali da laboratorio non risulta essere sempre efficace nella cura delle patologie. Le incompatibilità tra gli esseri viventi dal punto di vista genetico, anatomico e metabolico, infatti, renderebbero inadatti e incompatibili i modelli animali con quelli umani⁴⁸. Questo discorso viene spesso richiamato anche in considerazione ai test tossicologici e alla loro sicurezza, in quanto molte volte accade che il livello di tolleranza di alcune sostanze sia differente tra esseri umani e animali⁴⁹.

Le argomentazioni più forti, tuttavia, riguardano principalmente l'etica della sperimentazione animale e il suo costo economico. In proposito, infatti, sebbene gli esperimenti sugli animali non possano essere effettuati con crudeltà – in quanto ciò costituirebbe in molti ordinamenti nazionali un reato – si

⁴⁵ Associazioni come PETA ritengono che lo sviluppo tecnologico possa quasi certamente sostituire i modelli animali, altre come EARA, invece, ritengono che, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, sia ancora indispensabile l'utilizzo degli animali nella sperimentazione. In Spagna il dibattito sulla sperimentazione è particolarmente acceso, in proposito consulta il sito: <https://ellipse.prbb.org/es/debate-sobre-la-experimentacion-animal/> (ultima consultazione 19/05/2021). Vd. anche E.O. KEHINDE, *They see a rat, we seek a cure for diseases: the current status of animal experimentation in medical practice*, in *Med PrincPract*, 22, 1, 2013, 52-61.

⁴⁶ Per una disamina approfondita del concetto vd. G. SETTANNI, M. RUGGI, *Diritto animale, diritto degli animali e diritti degli animali. L'auspicio di un intervento riorganizzativo del legislatore tra esigenze sociali e necessità giuridiche di sistema*, in *Biolaw Journal*, 01/2019; T.R. MACHAN, *Animals Do Not Have Basic Rights*, in www.nytimes.com, 05/04/2012, (ultima consultazione 19/05/2021).

⁴⁷ Cfr. nota n. 36.

⁴⁸ Per esempio il fatto che ci sia una differenza del 4% tra esseri umani e scimpanzè fa sì che questi siano immuni a contrarre l'epatite B, la malaria o la SIDA. Confronta gli argomenti scientifici contro la sperimentazione animale: <https://alternativaexperimentacionanimal.addaong.org/argumentos-cientificos-contra-la-experimentacion-animal/> (ultima consultazione 19/05/2021).

⁴⁹ Il 94 % dei farmaci testati sugli animali non supera i test clinici condotti sulle persone. Vd. J.J. PIPPIN, K. STOICK, *Dangerous Medicine: Examples of Animal-Based 'Safety' Tests Gone Wrong*, in www.pcrm.org, 01/2005, (ultima consultazione 19/05/2021).



sostiene che essi restino comunque inaccettabili. Viene inoltre avanzata la tesi secondo cui il costo di utilizzo di animali sia più elevato rispetto alle nuove tecnologie⁵⁰.

Queste considerazioni inducono quindi a ricercare e sviluppare nuove tecnologie di sperimentazione; le quali, attualmente, si basano maggiormente su sistemi che effettuano test in vitro, benché non manchino anche usi di tecnologie avanzate in stampa 3D, in *silico*, o incentrati sulla tecnologia QSAR⁵¹.

Nel panorama europeo molte compagnie stanno lavorando sulla creazione di nuove alternative. Tra queste ad esempio il centro francese *Poietis*, che lavora sullo stampa di un fegato in grado di testare la tossicità di alcune droghe⁵², o la compagnia tedesca *Vitrocell*, che si occupa di mettere a disposizione prodotti da utilizzare per esporre le cellule umane agli effetti delle sostanze che vengono inalate⁵³.

Particolare menzione, inoltre, meritano anche i lavori condotti da EURL ECVAM (*European Union Reference Laboratory for alternatives to animal testing*), in cui sono stati sviluppati differenti test in grado di comprendere il grado di pericolosità di alcune droghe quando entrano in circolo nel corpo⁵⁴.

I progressi effettuati non bastano comunque a ritenere superata la concezione sull'essenzialità degli animali nella ricerca scientifica. Infatti, in un sondaggio svoltosi nel 2011, condotto da *Nature Publishing Group*, venne riportato che il 92 % degli scienziati intervistati era d'accordo sul fatto che «Animal research is essential to the advancement of biomedical science»⁵⁵.

Le maggiori argomentazioni in merito all'essenzialità degli animali nella ricerca riguardano il fatto che non sarebbe possibile ottenere lo stesso livello di adeguatezza e sicurezza in modelli non organoidi⁵⁶. Ad esempio, nel caso dei vaccini, si ritiene che nella maggior parte degli esperimenti sia necessario un metabolismo per testare l'effettiva messa in circolo delle sostanze⁵⁷. Lo stesso discorso viene fatto in merito alla valutazione di una droga o in riferimento ad altre situazioni, come il sanguinamento o la pressione sanguigna: che non potrebbero essere studiati su tessuti in cultura⁵⁸.

⁵⁰ Secondo la Humane Society International, ad esempio, gli animali usati negli esperimenti sono comunemente soggetti a mangiare obbligatoriamente o a non bere, vd. *Humane Society International, Costs of Animal and Non-Animal Testing*, in www.hsi.org (ultima consultazione 19/05/2021).

⁵¹ K. ROGERS, *Scientific Alternatives to Animal Testing: A Progress Report*, in www.britannica.com, 17/09/2007 (ultima consultazione 19/05/2021); J. SMITH, *Can Biotechnology Reduce Animal Testing in Medicine?*, in www.labiotech.eu, 08/04/2019 (ultima consultazione 19/05/2021). Per una scheda completa dei metodi alternativi vd. PETA, *Alternatives to animal testing*: <https://www.peta.org/issues/animals-used-for-experimentation/alternatives-animal-testing/> (ultima consultazione 19/05/2021).

⁵² In proposito, per un maggiore approfondimento sull'uso di questa tecnologia vd. *The Top Bioprinting Companies*, in www.medicalfuturist.com, 04/08/2018; C.R. FERNANDEZ, *This Liver Model Made With 4D Bioprinting Could Improve Drug Toxicity Testing*, <https://www.labiotech.eu>, 19/09/2018 (ultima consultazione 19/05/2021).

⁵³ Per più informazioni www.vitrocell.com (ultima consultazione 19/05/2021).

⁵⁴ Il centro si occupa di svolgere attività in grado di implementare effettivamente le Tre R della ricerca. Tutte le informazioni sono disponibili al seguente link: <https://ec.europa.eu/jrc/en/eurl/ecvam> (ultima consultazione 19/05/2021).

⁵⁵ P. GERMAIN, L. CHIAPPERINO, G. TESTA, *op. cit.* 75-87

⁵⁶ Un organoide è una versione semplificata e miniaturizzata di un organo prodotto in vitro in tre dimensioni che mostra caratteristiche microanatomiche realistiche.

⁵⁷ J. STEENHUYSEN, *As Pressure for Coronavirus Vaccine Mounts, Scientists Debate Risks of Accelerated Testing*, in www.reuters.com, 11/03/2020 (ultima consultazione 19/05/2021).

⁵⁸ California Biomedical Research Association, *CBRA Fact Sheet: Why Are Animals Necessary in Biomedical Research?*, in www.ca-biomed.org (ultima consultazione 19/05/2021).



Un altro argomento spesso utilizzato è il vantaggio della sperimentazione animale nel consentire di fornire risultati in breve tempo: i topi da laboratorio, per esempio, vivono solo 2 o 3 anni, consentendo quindi ai ricercatori di studiare gli effetti dei trattamenti nella vita stessa dell'animale su cui vengono condotti, o nelle sue generazioni prossime⁵⁹.

La necessità degli animali nella sperimentazione viene sostenuta anche dall'OMS, ed è contenuta nella Dichiarazione di Helsinki: in entrambi i casi si ritiene che i test sugli umani non possano essere condotti se non proceduti da test su animali⁶⁰. I test in fase pre-clinica su di essi, sebbene non siano in grado di garantire mai la massima sicurezza per la salute umana, riducono comunque il rischio di incorrere in problematiche mediche. Tale conclusione trova conferma anche in merito all'attuale sviluppo di un vaccino contro il Covid-19, infatti, come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, tutti i vaccini attualmente in commercio sono stati previamente testati sugli animali nonostante il breve arco di tempo.

5. Casi di sperimentazione animale e vaccino contro il Covid-19

Negli ultimi tempi il dibattito sulla necessità di sperimentare sugli animali ha coinvolto anche la questione relativa allo sviluppo di un vaccino contro il Covid-19⁶¹.

Quest'ultimo ha infatti condotto molti studiosi alla ricerca di una soluzione volta a contrastare il virus e la sua diffusione, anche su spinta dell'OMS⁶². Alcuni ricercatori hanno inizialmente preso in considerazione l'idea di sviluppare un vaccino senza previamente testarlo sugli animali, tuttavia queste proposte sono rimaste puramente teoriche, in quanto la convalida dei vaccini –al fine di vagliarne l'efficacia, la sicurezza e l'eventuale presenza di effetti collaterali – richiede l'esecuzione di numerosi studi sia pre-clinici che clinici⁶³.

In materia vige una normativa rigorosa, che prevede che la messa in commercio del vaccino sia previsto solo a seguito di un accurato controllo di qualità⁶⁴. In particolare, tutti i vaccini vengono prima

⁵⁹ D. WRIGHT, C. KAZDIN, L. EFFRON, 'Zoobiquity': 7 Diseases Animals Share with Humans, in www.abcnews.go.com, 12/06/2012 (ultima consultazione 19/05/2021).

⁶⁰ US National Institutes of Health (NIH), *Laws Related to the Protection of Human Subjects: World Medical Association Declaration of Helsinki*, in www.history.nih.gov (ultima consultazione 19/05/2021).

⁶¹ I vaccini contro il virus COVID-19 sono progettati per stimolare una risposta immunitaria e la produzione di anticorpi per neutralizzare la proteina legante virale "Spike".

⁶² Cfr. Relevant WHO documents for SARS-CoV-2 vaccines and other biologicals: https://www.who.int/biologicals/Relevant_WHO_documents_for_SARS-CoV-2_vaccines_and_other_biologicals.TZ.IK.7_Apr_2020.pdf?ua=1 (ultima consultazione 19/05/2021). Vd. anche M. FUNTELA, C. DOWLING, W.E. FUNNELL et al., *Animal models for COVID-19*, in *Nature*, 586, 509–515, in cui vengono riportati gli esperimenti effettuati su animali per lo sviluppo del vaccino.

⁶³ Come riporta l'OMS, in una serie di documenti dedicata alla spiegazione dei vaccini, esistono tre approcci principali per progettare un vaccino. Le loro differenze risiedono nel fatto che si utilizzi un intero virus o un batterio; solo le parti del germe che attivano il sistema immunitario; solo il materiale genetico che fornisce le istruzioni per produrre proteine specifiche e non l'intero virus, cfr. WHO, *The different types of Covid-19 vaccines*: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/the-race-for-a-covid-19-vaccine-explained> (ultima consultazione 19/05/2021).

⁶⁴ Vd. Rapporto EMA, *Vaccini COVID-19: sviluppo, valutazione, approvazione e monitoraggio*: <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/scientific-guidelines> (ultima consultazione 19/05/2021).

sottoposti ad una procedura di controllo da parte dell'OMS, c.d. EUL, per poi essere autorizzati dalle autorità nazionali⁶⁵.

Il primo vaccino contro il Covid-19 a ricevere la convalida da parte dell'OMS è stato Pfizer/BioNTech, a cui hanno fatto seguito ulteriori convalide. Attualmente esistono diversi vaccini; alcuni sono già in uso, mentre altri sono ancora in fase di sviluppo o di approvazione da parte dell'OMS e delle altre agenzie nazionali (es. EMA)⁶⁶.

Tutti i vaccini vengono testati dapprima sugli animali, e solo qualora il vaccino inneschi una risposta immunitaria, è possibile valutare i risultati in studi clinici che utilizzano esseri umani volontari. Si ritiene infatti che, sebbene l'immunità alla SARS-CoV-2 possa essere prevista da una varietà di metodi in vitro, di fatto dovrebbe comunque essere sempre prima testata sugli animali⁶⁷. Questo assunto ha trovato conferma anche durante la Conferenza internazionale organizzata dall'OMS a febbraio 2020, in cui quest'ultima invitava gli Stati membri a sviluppare un vaccino sicuro e funzionale basato su modelli animali⁶⁸. In proposito, alcuni gruppi di lavoro, come WHO-COM – organo istituito dall'OMS – hanno ottenuto risultati utilizzando topi geneticamente modificati, criceti e furetti⁶⁹. Alcuni esperimenti sono stati effettuati anche sui macachi, che hanno consentito di rilevare la capacità di sviluppare una memoria immunitaria utile per evitare successive infezioni da SARS-CoV-2⁷⁰.

Quanto ai metodi alternativi, che restano comunque una minoranza, alcuni studi hanno rivolto particolare attenzione agli organi su chip micro-ingegnerizzati e agli organoidi polmonari. Questi ultimi hanno dimostrato di supportare i tratti distintivi delle risposte infiammatorie osservate nelle vie aeree

⁶⁵ WHO, *press release*, del 31/12/2020, WHO, *Issues its first emergency use validation for a COVID-19 vaccine and emphasizes need for equitable global access*: <https://www.who.int/news/item/31-12-2020-who-issues-its-first-emergency-use-validation-for-a-covid-19-vaccine-and-emphasizes-need-for-equitable-global-access> (ultima consultazione 19/05/2021). WHO, *Status of COVID-19 Vaccines within WHO EUL/PQ evaluation process*: https://extranet.who.int/pgweb/sites/default/files/documents/Status_COVID-19_VAX_16Feb2021.pdf (ultima consultazione 19/05/2021).

⁶⁶ Vd. WHO, *The COVID-19 candidate vaccine landscape and tracker*: <https://www.who.int/publications/m/item/draft-landscape-of-covid-19-candidate-vaccines> (ultima consultazione 19/05/2021). Tutte le informazioni sul vaccino vengono fornite dall'OMS nella serie: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/covid-19-vaccines/explainers> (ultima consultazione 19/05/2021).

⁶⁷ C. TINDLE, M. FULLER, A. FONSECA, S. TAHERI et al., *Adult Stem Cell-derived Complete Lung Organoid Models Emulate Lung Disease in COVID-19*, in www.biorxiv.org, 18/12/2020 (ultima consultazione 19/05/2021); H. CAN, A.E. KÖSEOĞLU, E. ALAK et al., *In silico discovery of antigenic proteins and epitopes of SARS-CoV-2 for the development of a vaccine or a diagnostic approach for COVID-19*, in *Scientific Reports*, 10, 2020.

⁶⁸ WHO Working Group – Vaccine R&D for COVID-19 Vaccines www.who.int (ultima consultazione 17/04/2021).

⁶⁹ L. BAO, W. DENG, W.B. HUANG, ET AL., *The pathogenicity of SARS-CoV-2 in hACE2 transgenic mice*, in *Nature*, 583, 2020, 830–833; M. HOFFMANN, H. KLEINE-WEBER, S. SCHOEDER et al., *SARS-CoV-2 Cell Entry Depends on ACE2 and TMPRSS2 and Is Blocked by a Clinically Proven Protease Inhibitor*, in *Cell*, 181, 2, 2020, 271-280; J. COHEN, *From mice to monkeys, animals studied for coronavirus answers*, in *Science*, 368, 6488, 2020, 221-222; L. GENZEL, R. ADAN, A. BERNS et al., *How the COVID-19 pandemic highlights the necessity of animal research*, in *Current Biology*, 30, 18, 2020, 1014-1018.

⁷⁰ N. VAN DOREMALEN, T. LAMBE, A. SPENCER et al., *ChAdOx1 nCoV-19 vaccine prevents SARS-CoV-2 pneumonia in rhesus macaques*, in *Nature*, 586, 2020, 578–582; B. ROCKX, T. KUIKEN, S. HERFST et al., *Comparative pathogenesis of COVID-19, MERS, and SARS in a nonhuman primate model*, in *Science*, 368, 6494, 2020, 1012-1015; B.N. WILLIAMSON, F. FELDMANN, B. SCHWAR, ET AL., *Clinical benefit of remdesivir in rhesus macaques infected with SARS-CoV-2*, in *Nature*, 585, 2020, 273–276.

umane dopo l'infezione da SARS-CoV-2, e sono serviti a facilitare lo studio della malattia, delle terapie e dello sviluppo dei farmaci⁷¹.

Queste considerazioni inducono a ritenere che, al momento attuale, occorrono ancora diversi passi avanti prima di poter sostituire del tutto modelli animali con metodi alternativi. È interessante a questo punto analizzare il modo in cui la Direttiva europea stia raggiungendo in tal senso i propri obiettivi, tra cui si ricorda l'utilizzo degli animali della sperimentazione scientifica e la sostituzione, ove possibile, con nuove tecnologie di ricerca in grado di condurre agli stessi risultati.

6. L'impatto della normativa europea sulla riduzione, sostituzione e riutilizzo degli animali da laboratorio

La riforma della Direttiva europea da parte del Regolamento (UE) 2019/1010 ha imposto agli Stati una metodologia ben precisa per raccogliere i dati relativi all'utilizzo di animali per scopi scientifici, il tutto per garantire elevati *standard* di trasparenza. I dati raccolti sono molto importanti per poter analizzare il rispetto, da parte delle singole nazioni, dei principi delle Tre R della ricerca e del raggiungimento dei traguardi della Direttiva europea in merito alla sperimentazione animale.

L'ultimo rapporto della Commissione Europea⁷², che riporta i dati statistici raccolti tra il 2015 e il 2017 per 28 Stati membri, dimostra un leggera riduzione dell'uso degli animali a fini scientifici in Europa: il numero totale di animali è passato da 9,59 milioni (2015) a 9,39 milioni (2017). Alla riduzione ha contribuito anche il riutilizzo degli animali, che in media costituisce il 2% delle procedure totali, e il finanziamento di metodi alternativi sia da parte dell'UE che degli Stati membri. In proposito, la metà degli Stati membri ha presentato relazioni facoltative recanti una dettagliata descrizione delle iniziative intraprese per lo sviluppo, la convalida e la promozione di metodi alternativi⁷³. Tuttavia i *report* della Commissione, considerati singolarmente, non sono in grado di fornire una reale panoramica dell'andamento della sperimentazione degli animali in Europa, né permettono di valutare l'effettiva trasposizione della normativa all'interno degli Stati membri dell'Unione. Per questo motivo si è scelto di raccogliere i dati a partire dal 2005 su un campione di 24 Stati membri – periodo antecedente all'introduzione della Direttiva europea – e di compararli con quelli degli ultimi anni⁷⁴. I risultati che si possono

⁷¹ C. DOWLING, W.E. FUNNELL et al., *op. cit.* Per i modelli alternativi proposti vd. Y. HAN et al., *Identification of candidate COVID-19 therapeutics using hPSC-derived lung organoids*, in www.biorxiv.org (ultima visita 19 Maggio 2021); S. LONGLONG et al., *Human organs-on-chips as tools for repurposing approved drugs as potential influenza and COVID-19 therapeutics in viral pandemics*, in www.biorxiv.org, 14/04/2020 (ultima consultazione 19/05/2021).

⁷² Commission Report COM/2020/16.

⁷³ Relazione della Commissione COM/2017/0631.

⁷⁴ Tutti i dati riportati sono stati tratti, per poi essere calcolati in percentuale, dai rapporti ufficiali dell'U.E.: Report Commissione Europea del 05/12/2013: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e99d2a56-32fc-4f60-ad69-61ead7e377e8.0001.03/DOC_1&format=PDF (ultima consultazione 19/05/2021); Report Commissione del 20/01/2005: https://ec.europa.eu/environment/chemicals/lab_animals/pdf/sec_2005_0045_1.pdf (ultima consultazione 19/05/2021); Report Commissione del 05/11/2007, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007SC1455\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007SC1455(01)) (ultima consultazione 19/05/2021); Report Commissione del 30/09/2010: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4cdf6763-6714-4521-97d1-1cc8775e6432.0001.03/DOC_1&format=PDF (ultima consultazione 19/05/2021); Report Commissione del 05/02/2020: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6be246e5-4801-11ea->



ottenere da questa comparazione non possono essere considerati estremamente dettagliati, in quanto gli Stati hanno spesso raccolto i dati seguendo requisiti diversi tra loro⁷⁵ [fig. 1].

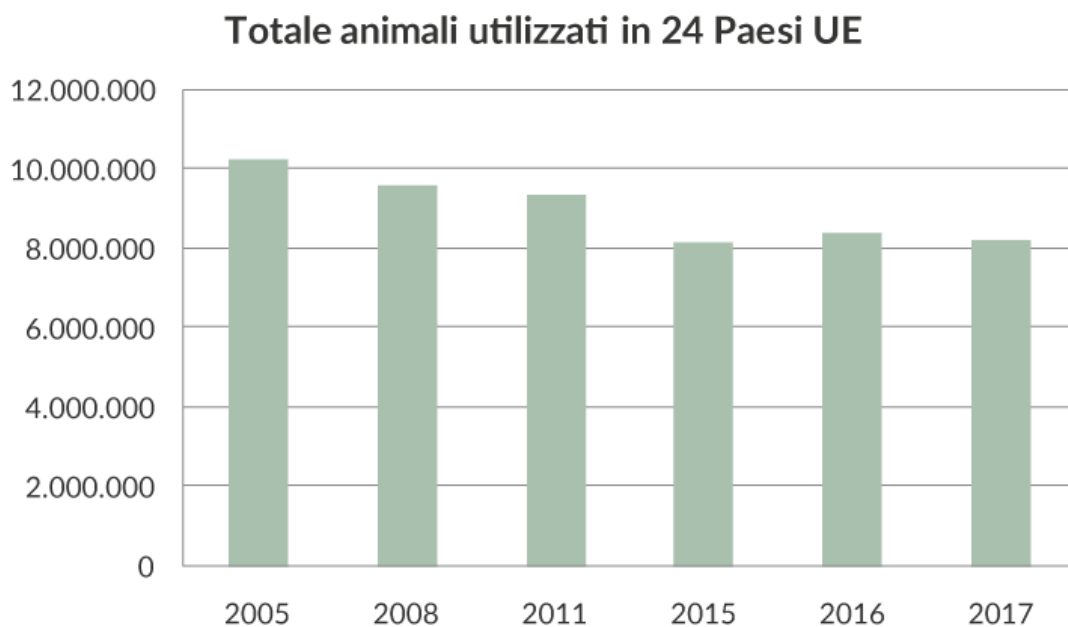


Figura 1

Dall'analisi risulta che, tra il 2005 e il 2017, l'utilizzo degli animali nella sperimentazione è sceso del 20% circa, passando dagli oltre 10 milioni nel 2005 a circa 8 milioni nel 2017. Questo risultato ha subito però importanti oscillazioni nel corso degli anni. Ad esempio, tra il 2005 e il 2015 il numero di animali utilizzati è aumentato di quasi il 70%, per poi ridursi solo nell'ultimo triennio di circa il 20%. Picchi importanti si sono registrati sia nel 2011 che nel 2015.

All'interno dei singoli Stati, negli anni di riferimento, si sono registrate variazioni significative soprattutto in Germania e in Francia (maggiori utilizzatori di animali nella sperimentazione in Europa) [fig. 2].

[b81b-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_3&format=PDF](https://www.biodiritto.org/b81b-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_3&format=PDF) (ultima consultazione 19/05/2021). Nei calcoli non si è presa in considerazione la Gran Bretagna, sebbene si segnala che dal 2005 al 2015 ha avuto un esponenziale incremento dell'utilizzo degli animali del circa 70%.

⁷⁵ Nel 1997 è stato raggiunto un accordo tra le autorità competenti degli Stati membri e la Commissione per presentare i dati per future relazioni sotto un formato di otto tabelle armonizzate. La quinta relazione statistica pubblicata nel 2007 conteneva per la prima volta i dati raccolti nei 10 Stati membri che hanno aderito all'UE nel 2004. La sesta relazione statistica pubblicata nel 2010 ha fornito una panoramica del numero di animali utilizzati nell'anno 2008 in 27 Stati membri.

Totale animali utilizzati nel 2017 divisi per Paesi

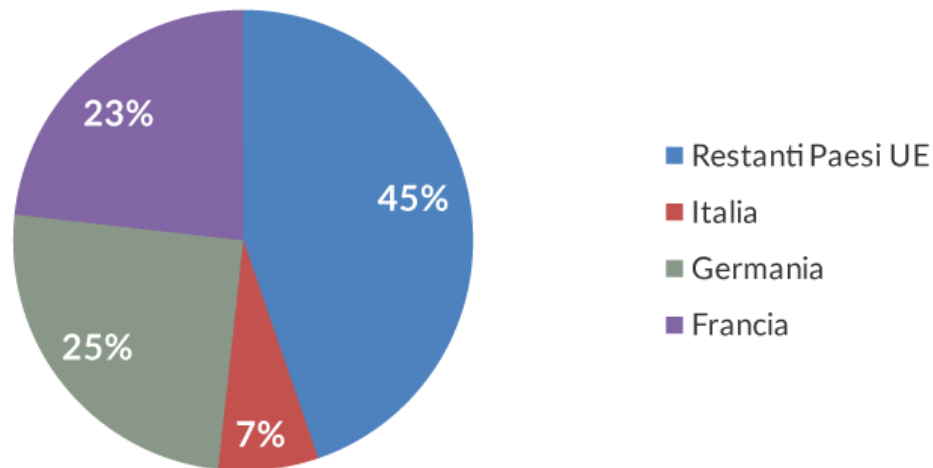


Figura 2

Dal 2005 in Germania l'incremento di animali utilizzati è aumentato del 14%, mentre in Francia si è ridotto del 18%. Accanto alla Germania, anche Spagna e Irlanda mostrano un forte aumento nell'uso di animali per scopi scientifici⁷⁶: l'Irlanda, che da circa 37mila animali utilizzati nel 2005, è passata a utilizzare più di 200 mila esemplari nel 2017.

Le diminuzioni, invece, si sono registrate in Belgio, Italia, Polonia, Svezia e Grecia: quest'ultima, infatti, da 926mila animali utilizzati nel 2005 è passata a 46mila nel 2017⁷⁷. Questo leggero calo complessivo deve comunque essere preso con cautela, e non destare troppi entusiasmi; infatti, rispetto ai dati forniti alla fine degli '90 si dimostra esserci stato addirittura un aumento dell'uso degli animali nella sperimentazione scientifica⁷⁸ [fig. 3].

⁷⁶ La Spagna registra un aumento nell'utilizzo di animali del circa 35%.

⁷⁷ Il Belgio ha registrato un calo nell'uso degli animali del 24%, Italia del 35% Polonia del 56%, Svezia del 36%, Austria del 58%.

⁷⁸ Nel 1996 il numero di animali utilizzati era pari a circa 9 milioni, sebbene si tratta di un dato ricavato prendendo a campione solo 15 Paesi UE, cioè quelli facenti parte dell'Unione Europea a partire da tale data. Cfr. Rapporto della Commissione: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bdd270d6-3cbd-494b-a1bd-fe64ed6ed52a> (ultima consultazione 19/05/2021).

Totale animali utilizzati dal 1996 in 15 Paesi UE

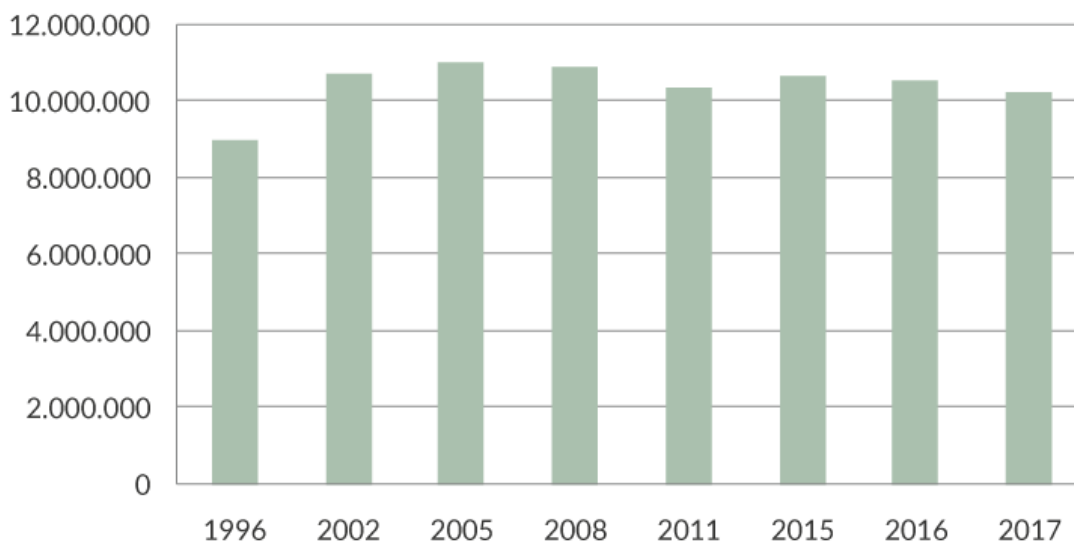


Figura 3

In conclusione si può affermare che, sebbene negli ultimi anni vi sia stata una leggera diminuzione nell'utilizzo degli animali, non è ancora possibile sostenere che la Direttiva europea abbia avuto un forte impatto tra gli Stati membri nell'implementare la tutela del benessere degli animali utilizzati per scopi scientifici. Occorrerà quindi attendere i prossimi risultati della Commissione, relativi al triennio 2018-2021, per verificare se effettivamente quest'ultimo positivo *trend* sia stato mantenuto anche negli anni successivi.

7. Conclusioni

Il tema della sperimentazione animale, già ampiamente dibattuto, si è recentemente arricchito delle opinioni espresse in merito all'opportunità di sviluppare vaccini contro il Covid-19 senza l'utilizzo degli animali.

Per questo motivo si è cercato di analizzare a che punto è, al momento attuale, la tutela degli animali, tenendo soprattutto in considerazione la Direttiva europea.

All'interno dell'Unione Europea, come visto, la sperimentazione animale è regolata dalla Direttiva 2010/63, che ha come scopo quello di uniformare la normativa sulla ricerca e sulla sperimentazione degli animali tra gli Stati membri. La Direttiva si prefigge lo scopo di implementare le Tre R della ricerca e sostiene lo sviluppo dei metodi alternativi rispetto all'utilizzo di animali ove possibile.

Tuttavia la maggior parte degli Stati parte dell'Unione non ha correttamente trasposto all'interno dei propri ordinamenti nazionali i contenuti della normativa del 2010, esponendosi alle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione Europea. Tra queste, particolare attenzione merita quella emessa nei confronti dell'Italia, in quanto solleva problemi giuridici relativi alla gerarchia delle fonti del diritto e alla soluzione delle antinomie a tutela del primato del diritto dell'Unione Europea.

L'Italia, infatti, nel D.lgs. 26/2014, che traspone la Direttiva, ha imposto misure più restrittive rispetto agli *standard* europei, proibendo, all'art. 5 del Decreto, l'impiego di animali per fare ricerca sui trapianti di organi da specie diverse rispetto a quella del ricevente, e per lo studio delle sostanze che creano dipendenze come droghe, tabacco e alcol.

Questi divieti, sebbene non entrati ancora in vigore a causa del Decreto c.d. Milleproroghe, hanno generato un forte malcontento all'interno di una buona parte della comunità scientifica, in quanto si ritiene che possano impedire la partecipazione dell'Italia all'accesso ai finanziamenti europei, creando una disparità di trattamento rispetto alle possibilità offerte nel resto degli Stati parti dell'Unione Europea.

Le irregolarità nella trasposizione della Direttiva all'interno dell'UE dimostrano come il raggiungimento degli obiettivi di armonizzazione tra Stati, auspicati dalla Direttiva, siano ancora lontani.

Quanto al contesto italiano occorre quindi riflettere sulle prospettive di riforma della sperimentazione. A tal proposito è stato necessario fare riferimento al rapporto tra antinomie tra diritto comunitario e nazionale, al fine di dimostrare la prevalenza del primo davanti alla giurisdizione. Il giudice nazionale, infatti, non potrebbe applicare i divieti posti dal Decreto Italiano, qualora questo dovesse entrare in vigore.

Accanto a ciò, è stato utile anche riflettere sul rapporto tra legge di delegazione e decreto legislativo, ai sensi degli artt. 76 e 77 Cost. In proposito, come le stesse autorità italiane avevano dichiarato alla Commissione, sorge il problema della divisione dei poteri: l'esecutivo è tenuto ad attenersi alle disposizioni del Parlamento. Come suggerito dalla Commissione, per risolvere il problema, occorrerebbe una nuova legge europea in grado di trasporre correttamente quanto stabilito nella Direttiva.

Nel dibattito sulla sperimentazione animale occorre chiedersi se sia necessaria una riforma della Direttiva che tenga maggiormente in considerazione la tutela degli animali e offra maggiori finanziamenti per lo sviluppo di metodi alternativi in grado di sostituire del tutto o in buona parte gli animali negli esperimenti. Tuttavia, questa considerazione è fin troppo lontana da quella della maggior parte della comunità scientifica. Lo sviluppo del vaccino contro il Covid-19, infatti, ha messo in rilievo quanto ancora si ritenga indispensabile l'utilizzo di animali nella ricerca scientifica. In proposito, come visto, tutti i vaccini attualmente in commercio sono stati previamente testati sugli animali attraverso *trial* pre-clinici, al fine di garantire un alto *standard* di sicurezza per la salute umana. Dall'altro lato, questa circostanza non porta però ad escludere che non si stiano facendo passi in avanti nella creazione di modelli alternativi all'utilizzo degli animali, e per la riduzione del numero di quelli usati quando possibile. In questo senso la Direttiva europea sta svolgendo un importante ruolo di promotrice. Tuttavia, dall'analisi dei dati raccolti, ad oggi non è possibile affermare che quest'ultima abbia profondamente inciso sulla sperimentazione animale. Qualche progresso sembra essere avvenuto nell'ultimo triennio, sia nella riduzione che nello sviluppo di metodi alternativi di ricerca, ma bisognerà attendere qualche anno prima di poter effettivamente valutare se questo *trend* positivo verrà mantenuto.

La tutela degli animali utilizzati a fini scientifici e il diritto alla ricerca: la delicata valutazione dei danni e dei benefici compiuta dall'autorità competente

Carlo Bottari, Tommaso Di Paolo*

THE PROTECTION OF ANIMALS USED FOR SCIENTIFIC PURPOSES AND THE RIGHT TO RESEARCH: THE DELICATE ASSESSMENT OF THE DAMAGES AND BENEFITS CARRIED OUT BY THE COMPETENT AUTHORITY

ABSTRACT: The implementation of Directive 2010/63/EU, on the protection of animals used for scientific purposes, sees the difficult combination and balance between the right to health, the right to research, the right to education and environmental protection with the opposing interest to the protection of animals. The limits and guarantees of these rights are established by hyper-technical legislation whose culmination is represented by the authorization power granted to the Ministry of Health (competent authority pursuant to Article 4, paragraph 5 of Legislative Decree 26 / 2014). Specifically, the point of equilibrium between the opposing interests translates into the release or refusal to carry out a research project at the end of an evaluation process that presents aspects that are not always linear.

KEYWORDS: Research; protection; animals; damages; benefits

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La comparazione degli interessi e dei diritti coinvolti nella ricerca sperimentale mediante utilizzo di animali – 3. I limiti finalistici e i limiti modali – 4. La valutazione del danno arrecato agli animali – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 26, è indubbiamente una normativa estremamente rilevante ed interessante, in cui l'esercizio del potere amministrativo volto al soddisfacimento dell'interesse pubblico deve districarsi, talvolta riconoscendo e altre volte contemperando i diritti costituzionalmente riconosciuti, attraverso la corretta applicazione degli stringenti dettami tecnici ivi previsti.

L'attuazione della direttiva 2010/63/UE, sulla protezione degli animali usati a fini scientifici, vede infatti il difficile connubio ed equilibrio tra il diritto alla salute, il diritto alla ricerca, il diritto all'istruzione e alla tutela ambientale con il contrapposto interesse alla tutela degli animali. I limiti e le garanzie di tali diritti sono stabiliti da una normativa iper-tecnica il cui culmine è rappresentato dal potere autorizzativo accordato al Ministero della salute (autorità competente ai sensi dell'art. 4, c. 5 del d.lgs.

* Carlo Bottari, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Mail: carlo.bottari@unibo.it. Tommaso Di Paolo, Funzionario giuridico del Ministero della salute. Mail: t.di-paolo@sanita.it. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di direzione nell'ambito della Call for papers intitolata "Laddove necessaria: prospettive sulla sperimentazione con gli animali".



26/2014). Nello specifico, il punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti si traduce nel rilascio o nel diniego allo svolgimento di un progetto di ricerca presentato dagli Organismi preposti al benessere animale istituiti presso ogni ente utilizzatore¹.

Lo stesso decreto legislativo, che è stato emanato con notevole ritardo rispetto alla Direttiva del 2010 proprio a causa del clamore politico e mediatico suscitato dal tema, è il risultato di un intenso dibattito tra le diverse forze politiche portatrici di istanze tra loro non allineate ed è stato predisposto sulla base della legge 6 agosto 2013, n. 96, conferita al Governo recante *Delega al Governo per il recepimento delle direttive e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013*.

L'interpretazione in maniera estensiva di quanto stabilito dal considerando n. 7 della Direttiva, ovverosia che

«l'atteggiamento nei confronti degli animali dipende anche dalla percezione nazionale e in taluni Stati membri vi è l'esigenza di mantenere norme in materia di benessere degli animali più ampie di quelle approvate a livello dell'Unione. Nell'interesse degli animali e purché ciò non pregiudichi il funzionamento del mercato interno, è opportuno consentire agli Stati membri una certa flessibilità nel mantenere le norme nazionali miranti ad una protezione più estesa degli animali nella misura in cui esse siano compatibili con il TFUE »,

ha, infatti, erroneamente portato a inserire nel d.lgs. dei limiti², divenuti poi oggetto della procedura di infrazione attivata dall'UE nei confronti dell'Italia, non presenti nella direttiva, che già di per sé risultano essere una compressione a monte della libertà alla ricerca italiana.

Il presente approfondimento si pone come obiettivo quello di analizzare il rapporto tra i diritti costituzionali, quali in particolare il diritto alla salute e il diritto alla ricerca e la tutela degli animali così come delineato dal d.lgs. 26/2014, dedicando particolare attenzione al procedimento di valutazione di un progetto di ricerca con riferimento al delicato momento di bilanciamento del rapporto danno/beneficio.

2. La comparazione degli interessi e dei diritti coinvolti nella ricerca sperimentale mediante utilizzo di animali

Per comprendere i campi dell'ordinamento che si intersecano nella normativa in argomento è opportuno definirne l'ambito di applicazione. A tal fine appare utile citare e riprendere quanto stabilito nei considerando della Direttiva in cui viene sottolineata la necessità della sperimentazione animale per la tutela di alcuni interessi che, pertanto, sono automaticamente posti in una posizione di sovraordinazione rispetto alla tutela degli animali impiegati. Questo principio, vero e proprio punto di partenza, è desumibile, ad esempio, dal considerando n. 10 che stabilisce che «Benché sia auspicabile sostituire nelle procedure l'uso di animali vivi con altri metodi che non ne prevedano l'uso, l'impiego

¹ Art. 3, c. 1, lett. f) d.lgs. 26/2014: «utilizzatore, la persona fisica o giuridica autorizzata a porre in esercizio uno stabilimento in cui vengono eseguite le procedure, con o senza scopo di lucro».

² Tra questi si citano: il divieto di allevamento in Italia di cani, gatti e primati non umani da destinare alla sperimentazione; il divieto di utilizzo di animali per xenotrapianto e per lo studio di sostanze da abuso; il divieto di autorizzare procedure per la produzione e per il controllo di materiale bellico.





di animali vivi continua ad essere necessario per tutelare la salute umana e animale e l'ambiente», o dal considerando n. 12

«L'uso degli animali nelle procedure suscita anche preoccupazioni etiche nell'opinione pubblica. Pertanto, gli animali dovrebbero sempre essere trattati come creature senzienti e il loro utilizzo nelle procedure dovrebbe essere limitato ai settori che possono giovare in ultimo alla salute degli uomini e degli animali o all'ambiente».

In questa bilancia della comparazione i considerando aggiungono, però, anche un altro interesse che è risultato fondamentale nella definizione dei principi della normativa sulla tutela del benessere animale e che, come vedremo, ha assunto un ruolo fondamentale anche nella recente giurisprudenza in materia di sperimentazione, ovvero sia l'interesse dell'opinione pubblica. Interesse che, sebbene già richiamato nel considerando n. 12, viene ribadito nel considerando n. 17 relativamente ai limiti stabiliti alla ricerca sui primati non umani³.

Ne traspare che la Direttiva traccia una linea di demarcazione ponendo, da un lato, i diritti costituzionalmente garantiti quali la tutela della salute umana, della ricerca e dell'ambiente e, dall'altro, gli interessi pubblici della tutela del benessere degli animali e il sentimento nei confronti degli stessi.

Primariamente è necessario fare delle riflessioni di carattere generale sull'ampiezza in potenza dei diritti costituzionali direttamente coinvolti nell'applicazione della normativa sulla sperimentazione animale.

A tal proposito bisogna analizzare i due fini espressamente richiamati dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 26 del 4 marzo 2014, ovvero sia i fini scientifici ed educativi. Su quest'ultimo non sussistono dubbi interpretativi e da un'analisi delle sintesi non tecniche dei progetti ad oggi pubblicate sul portale del Ministero della salute⁴, si ravvisano scarsi se non inesistenti progetti presentati con tali finalità, risultando estremamente difficile soddisfare quanto previsto dal comma 2 del medesimo art. 1⁵.

Più difficile è la portata del fine scientifico, che come visto dai considerando può essere rivolto alla tutela della salute umana, ambientale e animale stessa e quindi influire indirettamente o in potenza su tali diritti costituzionali (tutela della salute e ambientale) e interessi pubblici (tutela della salute

³ «L'uso di primati non umani è un tema molto sentito dall'opinione pubblica. Pertanto, l'uso di primati non umani dovrebbe essere autorizzato unicamente in settori biomedici fondamentali per gli esseri umani per i quali non sono ancora disponibili altri metodi alternativi di sostituzione. Il loro uso dovrebbe essere autorizzato solo ai fini della ricerca di base, della conservazione delle rispettive specie di primati non umani o quando i lavori, compreso lo xenotrapianto, sono svolti in relazione ad affezioni umane potenzialmente letali o in relazione a casi che abbiano un sensibile impatto sulla vita quotidiana della persona, ossia affezioni debilitanti».

⁴ Ai sensi dell'art. 39, comma 3 del d.lgs. 26/2014 «Il Ministero raccoglie e pubblica, con cadenza annuale, le informazioni statistiche sull'uso degli animali nelle procedure, comprese le informazioni sull'effettiva gravità delle procedure e sull'origine e sulle specie di primati non umani utilizzati nelle procedure sulla base di quanto comunicato entro il 31 marzo di ogni anno dagli utilizzatori di cui all'articolo 3, comma 1, lettera f)». <https://bit.ly/3peRuye>.

⁵ Art. 1, comma 2, d.lgs. 26/2014: «è consentito l'utilizzo degli animali ai fini scientifici o educativi soltanto quando, per ottenere il risultato ricercato, non sia possibile utilizzare altro metodo o una strategia di sperimentazione scientificamente valida, ragionevolmente e praticamente applicabile che non implichi l'impiego di animali vivi».



animale). Fine scientifico che in ambito costituzionale è direttamente ricollegabile alla tutela accordata dalla Costituzione alla scienza e alla ricerca ai sensi degli artt. 9 e 33⁶. Termini che sono stati concepiti sostanzialmente come sinonimi dai padri costituenti⁷, i quali al termine di un ponderato *iter* hanno deciso di garantire una tutela rafforzata al concetto ivi sotteso. Diritto alla ricerca che invece, rispetto agli altri diritti costituzionali sopra menzionati è istantaneamente espanso o compresso dall'applicazione del d.lgs. 26/2014, non necessitando alcuna mediazione o passaggio successivo per saggiarne la portata applicativa.

Per capire quanto e come siano garantiti questi diritti occorre compiere alcune preliminari precisazioni sui diritti costituzionali. Infatti, come riconosciuto da autorevole dottrina⁸, è possibile distinguere tra il nocciolo duro dei diritti, corrispondente al punto di massima protezione, e la periferia del nocciolo in cui mano a mano che ci si allontana dal centro la tutela del diritto si affievolisce. Per rendere al meglio l'idea, Roberto Bin prende in considerazione la figura dell'ombrello, accordando ai margini di questo ombrello una tutela più tenue rispetto al centro. Da ciò ne deriva che, in ambito di ricerca scientifica, l'assioma «libera è la scienza e libero ne è l'insegnamento» è un principio che è perfettamente applicabile al mondo delle idee e alla loro comunicazione, mentre la traslazione all'ambito sperimentale proietta la visione ideale in attività e cose⁹ diventando al contempo un principio di azione.

Compiuto questo passaggio, l'assoluta libertà della ricerca non può diventare una altrettanto assoluta libertà di sperimentare le ipotesi, potendosi e dovendosi opporre alcuni interessi, che nel caso dell'argomento in dibattito, afferiscono alla tutela degli animali.

È altresì vero, però, che in alcuni settori di ricerca non è semplice intuire il limite tra ricerca-pensiero e ricerca-azione e in tali casi il problema diventa quello di capire se la limitazione apposta all'attività sperimentale non finisca per ledere anche il nocciolo centrale della libertà di ricerca. In tali casi è necessario verificare quali siano le condizioni per le quali sia possibile porre dei limiti alla libertà di ricerca così come definita dalla Costituzione.

A tale proposito la Corte costituzionale, con riferimento ai possibili limiti esercitabili sulla libertà alla ricerca, ha teorizzato nella sentenza n. 282/2002, con riferimento anche alle scelte relative la sperimentazione dei farmaci e ai protocolli terapeutici, che:

«un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico-scientifici [...] o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica».

⁶ Art. 9 Cost.: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica». e art. 33: «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

⁷ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993.; S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova, 1979, 40 ss., secondo cui le due espressioni sono sostanzialmente equivalenti.

⁸ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Scritti in onore di G. Berti*, I, Napoli, 2005, 345 ss., e in *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, 15 ss.

⁹ L. CHIEFFI, *op. cit.*, 181 «La sperimentazione rappresenta quella sequenza del fenomeno scientifico in cui il ragionamento umano lascia il posto ad un'azione materiale diretta a verificare concretamente la serietà della ipotesi [...] precedentemente elaborata, ma solo in astratto, dal ricercatore».



Mentre proprio in ambito di sperimentazione animale, prima della Direttiva 63/2010, la Corte Costituzionale (sentenza n. 166/2004) con riferimento ad una Legge Regionale dell'Emilia Romagna¹⁰, che vietava nel proprio territorio la sperimentazione sugli animali, oltre a ravvisare una violazione nel riparto delle competenze legislative, ha difeso l'autonomia della comunità scientifica da incursioni legislative che non rispettavano il giusto equilibrio tra essa ed altri possibili interessi. Giungendo altresì, in altra sentenza¹¹ alla precisazione che

«Questa Corte non intende certo escludere che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi, vuoi per manifesta irragionevolezza vuoi sulla base di altri parametri desumibili dalla Costituzione, possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire».

Indirizzi giurisprudenziali che sembrano essere stati compiutamente presi in considerazione in ambito europeo laddove grazie alle nuove conoscenze scientifiche in materia di benessere animale sono state poste nuove misure di tutela nei confronti degli animali durante la ricerca sperimentale con gli animali così come espresso dal Considerando n. 6 il quale prevede che

«sono disponibili nuove conoscenze scientifiche con riguardo ai fattori che influenzano il benessere degli animali nonché alla loro capacità di provare ed esprimere dolore, sofferenza, angoscia e danno prolungato. Per tale motivo è necessario migliorare il benessere degli animali utilizzati nelle procedure scientifiche rafforzando le norme minime per la loro tutela in linea con i più recenti sviluppi scientifici».

Tutele che alla luce delle conoscenze ad oggi in possesso riqualficano il rapporto tra l'interesse al benessere degli animali e il diritto alla ricerca, che può definirsi un rapporto in continuo movimento e quindi nel continuo perseguimento di un equilibrio per ulteriori due ordini di motivi. Il primo è che un concetto di benessere animale non è normativamente stabilito in nessun testo, mentre sono stabilite le norme di tutela degli animali. Il secondo motivo, invece, risiede nel fatto che il rapporto risente anche del sentimento degli uomini nei confronti degli animali che è un interesse, questo sì codificato, i cui limiti sono in continua espansione, influenzati anche dalla differente percezione presente in ogni singolo Stato membro.

Pertanto, analizzando la Direttiva, i limiti alla ricerca scientifica (*alias* le tutele accordate agli animali) sono introdotti tenendo in considerazione le nuove conoscenze scientifiche, partendo dall'unico assunto positivizzato relativo al carattere senziente degli animali. Limiti che rimandano a valutazioni da svolgersi in relazione ai singoli casi concreti, come, ad esempio, la valutazione da compiere prima della concezione di procedure sugli animali relativa alla *condicio sine qua non* richiesta al ricercatore di utilizzare gli animali soltanto se non sia possibile utilizzare altro metodo o una strategia di sperimentazione scientificamente valida, ragionevolmente e praticamente applicabile che non implichi l'impiego di animali, ovvero l'ottenimento di un'autorizzazione che valuti in concreto il rispetto di determinati requisiti.

¹⁰ Legge della Regione Emilia-Romagna 1 agosto 2002, n. 20 (Norme contro la vivisezione).

¹¹ Corte cost., sent. n. 114/1998, punto 5.





Così come l'inserimento di tali limiti, che riguardano una eccezione a delle libertà costituzionalmente riconosciute¹², è stato possibile grazie ad un ponderato giudizio di ragionevolezza consistente in una valutazione le cui basi sono da ricercarsi in appositi dati scientifici, anche la rivisitazione della Direttiva, da effettuarsi con cadenza periodica, come stabilito dal Considerando n. 10¹³, dovrà avvenire sulla base delle nuove conoscenze scientifiche, che riescano a stabilire se le limitazioni introdotte possano comunque rappresentare uno strumento efficace al raggiungimento del fine prefissato, ovvero sia lo sviluppo della ricerca nella garanzia di un livello di protezione degli animali più elevato possibile.

3. I limiti finalistici e i limiti modali

Per definire la garanzia che viene accordata nella Direttiva 63/2010 alla ricerca è necessario analizzare due paradigmi di valutazione, quello quantitativo e quello qualitativo. Intendendo con il primo l'analisi delle possibili finalità di ricerca esperibili sugli animali, mentre con il secondo l'analisi relativa alle modalità con le quali deve avvenire la ricerca sugli animali.

Analizzando le procedure autorizzabili e non autorizzabili si riuscirà quindi a comprendere quali sono i criteri oggettivi e vincolanti posti dal legislatore a margine del diritto alla ricerca, tracciando l'area di tale diritto attraverso una sua delimitazione. Al contempo l'analisi delle modalità con le quali deve avvenire la ricerca renderà comprensibili e tangibili i confini della tutela accordata all'interesse pubblico del benessere animale.

3.1 Le procedure autorizzabili – I margini del diritto alla ricerca

L'analisi delle finalità delle procedure autorizzabili e non autorizzabili permette di comprendere quali interessi si intendano perseguire attraverso l'utilizzo degli animali e quindi anche percepire la portata applicativa del diritto alla ricerca, della tutela dell'ambiente e della salute umana e animale e i limiti quantitativi imposti. A tal proposito è necessario suddividere questa indagine tra procedure autorizzabili ai sensi della Direttiva e quelle autorizzabili ai sensi del d.lgs. 26/2014.

Per quanto riguarda la Direttiva è quindi possibile vedere che i limiti posti a tali diritti sono esigui se non praticamente nulli, non sussistendo in linea teorica limiti al soddisfacimento di tali diritti.

Sono infatti autorizzabili le procedure finalizzate a:

- la ricerca di base, da intendersi come un'attività sperimentale o teorica avente come scopo l'ampliamento delle conoscenze, di cui non si prevede una specifica applicazione o utilizzazione;

¹² R. BIN, *Libertà di ricerca in campo genetico*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, 2011.

¹³ Considerando n. 10 «Benché sia auspicabile sostituire nelle procedure l'uso di animali vivi con altri metodi che non ne prevedano l'uso, l'impiego di animali vivi continua ad essere necessario per tutelare la salute umana e animale e l'ambiente. Tuttavia, la presente direttiva rappresenta un passo importante verso il conseguimento dell'obiettivo finale della completa sostituzione delle procedure su animali vivi a fini scientifici ed educativi non appena ciò sia scientificamente possibile. A tal fine, essa cerca di agevolare e di promuovere lo sviluppo di approcci alternativi. Essa cerca altresì di garantire un elevato livello di protezione degli animali il cui impiego nelle procedure continua ad essere necessario. La presente direttiva dovrebbe essere rivista periodicamente alla luce dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche e delle misure di protezione degli animali».





- la ricerca applicata o traslazionale svolta per la profilassi, la diagnosi o la cura delle malattie, del cattivo stato di salute o di altre anomalie o dei loro effetti sugli esseri umani, sugli animali o sulle piante o per il benessere degli animali ed il miglioramento delle condizioni di produzione per gli animali allevati a fini zootecnici. Da intendersi, in tal caso, per ricerca applicata quella ricerca originale svolta per ampliare le conoscenze, ma anche e principalmente allo scopo di una pratica e specifica applicazione, mentre per ricerca traslazionale quella che ha come obiettivo la trasformazione dei risultati ottenuti in applicazioni cliniche, al fine di migliorare ed implementare i metodi di prevenzione, diagnosi e terapia delle patologie umane o animali o delle piante;
- la protezione dell’ambiente naturale, nell’interesse della salute o del benessere degli esseri umani o degli animali;
- la ricerca finalizzata alla conservazione delle specie;
- l’insegnamento superiore o la formazione ai fini dell’acquisizione, del mantenimento o del miglioramento di competenze professionali;
- le indagini medico-legali.

Analizzando questi fini è possibile notare come dall’applicazione della Direttiva sia presente un limite posto all’utilizzo degli animali nell’insegnamento primario ed emergono altri limiti, ad esempio, nell’utilizzo di animali appartenenti a specie minacciate di estinzione o di primati non umani o di animali randagi o selvatici¹⁴.

È indubbio che queste sono limitazioni che incidono sulla libertà di ricerca, ma sono tali da non impedirle o renderla complicata; sono infatti limiti considerabili come neutri rispetto al contenuto della stessa e definiti in maniera talmente generale che non incidono su determinati campi della ricerca garantendo quindi il diritto costituzionalizzato¹⁵. Mentre sembrerebbero tutte misure più orientate a garantire un determinato livello qualitativo della ricerca stessa.

Se la Direttiva garantisce il pieno esercizio del diritto alla ricerca e di quei diritti ad esso correlati, altrettanto non si può dire del recepimento italiano. Il d.lgs. 26/2014 presenta in particolare 3 divieti che sono in grado di causare una compressione al diritto alla ricerca. Si tratta dei divieti previsti all’art. 5, comma 2, lett. d) ed e) in cui viene stabilito il divieto di autorizzare procedure per le ricerche sugli xenotrapianti (da intendersi, ai sensi dell’art. 3, c. 1, lett. q del d.lgs. 26/2014 quale trapianto di uno o più organi effettuato tra animali di specie diverse) e le ricerche sulle sostanze d’abuso che quindi vieterebbero ai ricercatori la possibilità di sperimentare sugli animali tali filoni di ricerca e all’autorità competente di autorizzarli.

Invero l’entrata in vigore di tali divieti è stata costantemente prorogata dal Governo mediante l’inserimento di una proroga annuale nei decreti c.d. Milleproroghe succedutisi negli anni che ha probabilmente riconosciuto *ex post* sia il distanziamento di tali misure dalle garanzie che il legislatore europeo ha accordato al diritto di ricerca, sia un limite, questa volta non “neutro”, incidente negativamente sul diritto di ricerca e sul diritto alla tutela della salute. Come espresso anche nella relazione presentata dal Ministero della salute al Parlamento, in ottemperanza al dovere presente all’art. 42, comma 2-bis del d.lgs. 26/2014, il divieto sulle sostanze d’abuso e sugli xenotrapianti

¹⁴ Artt. 7, 8, 9 e 11 della Direttiva

¹⁵ R. BIN, *op. cit.*





«potrà avere delle ripercussioni sulla ricerca sulle patologie non solo legate alla tossicodipendenza, ma anche su tutti gli studi per il controllo del dolore, per la terapia di alcune malattie neurodegenerative nelle quali i principi attivi utilizzati, come i farmaci, rientrano nella definizione di sostanze psicotrope o stupefacenti. Ciò definito, qualora il divieto fosse mantenuto, oltre a dover rispondere all'Unione Europea per l'inevitabile prosieguo della procedura di infrazione, assisteremo a una limitazione sul territorio italiano dello studio e della ricerca, riconosciuti in tutto il territorio UE, volti a garantire un sistema di cure per delle malattie i cui meccanismi d'azione comportamentali e tossicologici necessitano di ulteriori approfondimenti»¹⁶.

Una particolare riflessione invece necessita l'ulteriore divieto presente nel d.lgs. 26/2014 che differenzialmente dalla Direttiva stabilisce l'impossibilità di allevare in Italia primati non umani, cani e gatti da destinare all'utilizzo sperimentale. Tale divieto, frutto del recepimento italiano avvenuto dopo il famoso caso giudiziario di "Green Hill", rende più difficile sul territorio italiano la sperimentazione su queste specie, comportando per il ricercatore un costo maggiore per il reperimento e il trasporto degli animali, e vieta, aprendo la discussione su un altro campo, la libera iniziativa economica dei privati in tale settore. Questa misura non sembra d'altra parte neanche garantista verso il benessere degli animali perché costringe gli stessi animali, il cui uso è consentito, ad essere sottoposti, prima dell'utilizzo in un progetto, a un ulteriore stress da viaggio tale da poter compromettere il benessere fisico e psichico¹⁷ degli stessi.

L'apposizione di tale vincolo all'allevamento in Italia di queste specie probabilmente è possibile comprenderlo solo se si pone come prevalente, rispetto all'iniziativa economica allevatoria, il tema dell'opinione pubblica, di cui al Considerando 12 della Direttiva, da intendersi probabilmente quale ampia accezione del sentimento umano nei confronti degli animali, di cui si è detto in precedenza, e parlo altresì prevalente, per le difficoltà che crea ai ricercatori nel reperimento degli animali e per l'aggravio dei costi in capo agli utilizzatori, anche alla ricerca, nonché alla tutela del benessere animale in considerazione dell'inevitabile stress cui sono sottoposti gli animali durante il trasporto e il cambio di *habitat*.

Ciò detto, sembra inverosimile la sovraordinazione di tale interesse rispetto alla tutela del benessere animale e al diritto alla ricerca, ma il fatto che esso non incida direttamente su questi diritti, potendosi considerare più un ostacolo nel loro soddisfacimento, può essere una chiave di lettura circa la sua introduzione, dettata probabilmente più da istanze prettamente politiche insorte durante il recepimento italiano. Motivo per il quale è stata attivata la procedura di infrazione.

¹⁶ Relazione sullo stato delle procedure di sperimentazione autorizzate per le ricerche sulle sostanze d'abuso, anche al fine di evidenziare le tipologie di sostanze che possono essere oggetto di programmi di ricerca alternativi e sostitutivi della sperimentazione animale (articolo 42, comma 2-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 26): <https://bit.ly/2SLliqd>.

¹⁷ Il termine psichico riferito agli animali e distinto da quello fisico è stato introdotto con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1186/2021, per completezza, invero, il concetto di "psichico" implica una definizione operativa che inevitabilmente deve prendere in considerazione parametri comportamentali osservabili come indici, rendendo quanto meno sfumato il confine tra il "fisico" e lo "psichico".

3.2 Le modalità con cui svolgere la ricerca – I confini tra diritto alla ricerca e tutela degli animali

Se i limiti analizzati finora afferiscono all'impianto di base della normativa tali da delineare il campo di azione della ricerca sperimentale con gli animali, l'analisi del rapporto tra tutela del benessere degli animali e diritto alla ricerca non può prescindere da un'analisi puntuale dei limiti che si creano nella fase di realizzazione del progetto di ricerca, ovvero sia i requisiti che il ricercatore deve soddisfare sia durante la ponderazione del progetto di ricerca sia durante la fase applicativa.

Tali requisiti sono valutati nel procedimento autorizzativo del progetto e nello specifico nella fase di valutazione tecnico-scientifica operata dagli enti a ciò preposti che, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.lgs. in argomento, sono il Consiglio Superiore di Sanità per i progetti di ricerca che prevedono l'utilizzo di primati non umani, cani, gatti e specie in via di estinzione e, in via residuale, l'Istituto Superiore di Sanità.

I limiti in questione modulano l'operato del ricercatore rapportandolo in concreto con il benessere degli animali che si intendono utilizzare. A tal proposito, se l'analisi del capitolo precedente è direttamente rapportabile con l'ampiezza del diritto alla ricerca e il concetto di tutela di benessere degli animali in senso lato, questi, invece, insistono sulle modalità con cui viene esercitato il diritto di ricerca.

Nello specifico, il requisito primario che la ricerca sperimentale sugli animali deve garantire e sul quale si basa tutto l'impianto della normativa è il rispetto del rinomato principio delle 3R¹⁸. Questo è posto al centro dell'utilizzo degli animali a fini scientifici, così come previsto dal considerando 11 della Direttiva¹⁹, e il rispetto di quanto teorizzato è *condicio sine qua non* per poter procedere alla richiesta di autorizzazione di un progetto di ricerca che preveda l'utilizzo degli animali.

Corollario di questo principio è il divieto di autorizzare una procedura sugli animali qualora esista un altro metodo o strategia di sperimentazione riconosciuto dalla legislazione dell'Unione europea, che porti a raggiungere lo stesso risultato. Ne consegue che il ricercatore *in primis* dovrà presentare un progetto che preveda il rispetto di tale principio, ma soprattutto il dovere in capo all'autorità competente di autorizzare le procedure che a parità di risultati:

- richiedono il minor numero di animali;
- utilizzano animali con la minore capacità di provare dolore, sofferenza, distress o danno prolungano;
- sono in grado di minimizzare il dolore, sofferenza, distress o danno prolungato;
- offrono le maggiori probabilità di risultati soddisfacenti;

¹⁸ Codificato nel 1959 da due accademici britannici, Rex Burch e William Russell, i quali proposero un principio, o modello, che i ricercatori dovrebbero adottare per attuare una forma di sperimentazione animale più attenta al grado di sofferenza che tale pratica scientifica causa nei soggetti sperimentali (W. RUSSELL, R. BURCH, *The principles of humane experimental technique*, 1959). Il principio delle 3R fa riferimento a tre fondamentali concetti: rimpiazzare (replacement), ridurre (reduction) e rifinire (refinement). Quindi il ricercatore dovrebbe inizialmente cercare, con il maggiore sforzo possibile, di rimpiazzare, o sostituire, il proprio modello animale con un modello alternativo; il secondo passo è quello di cercare di ridurre il più possibile il numero di individui utilizzati in un certo protocollo sperimentale; infine, con l'ultima R si intende l'operazione di rifinire, o migliorare, le condizioni sperimentali alle quali sono sottoposti gli animali – da Enciclopedia Treccani.

¹⁹ Direttiva 63/2010/UE Considerando 11 «La cura e l'uso di animali vivi a fini scientifici sono disciplinati dai principi, sanciti a livello internazionale, della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento [...]»

- hanno il più favorevole rapporto tra danno e beneficio.²⁰

Questi requisiti sono poi richiamati assieme a tutti gli altri punti su cui si basa la valutazione tecnico-scientifica al comma 4, dell'art. 31²¹, che rappresenta il punto di volta della comparazione tra libertà della ricerca e tutela del benessere animale.

Nel concreto, questa valutazione tecnico-scientifica deve verificare una serie di requisiti, molto variegati tra di loro e che richiedono l'applicazione di competenze e conoscenze settoriali di alto profilo. Infatti, questa valutazione deve tenere conto, tra le altre:

- della preventiva valutazione circa lo svolgimento delle procedure nelle condizioni più umanitarie e rispettose dell'ambiente possibili;

²⁰ Si veda nello specifico l'art. 13 del d.lgs. 26/2014.

²¹ Art. 31, comma 4 del d.lgs. 26/2014. «4. La valutazione tecnico-scientifica tiene conto:

- a) della preventiva valutazione sugli scopi del progetto che giustificano l'uso dell'animale;
- b) della presenza del parere positivo di cui all'articolo 26, comma 1, lettera d);
- c) dell'analisi dei danni e dei benefici derivanti dal progetto, al fine di comprendere, tenuto conto anche delle considerazioni di natura etica, se il danno arrecato agli animali in termini di sofferenza, dolore, distress o danno prolungato è giustificato dal risultato atteso in termini di benefici per gli esseri umani, per gli animali e per l'ambiente;
- d) della preventiva valutazione circa lo svolgimento delle procedure nelle condizioni più umanitarie e più rispettose dell'ambiente possibili;
- e) della effettiva necessità della ricerca in quanto non costituisce una inutile duplicazione di ricerche precedenti;
- f) della giustificazione del progetto unitamente alle procedure ivi previste da un punto di vista scientifico o educativo o, comunque, previsto per legge;
- g) della conformità a quanto previsto dal presente decreto relativamente alla competenza professionale del personale designato a condurre le procedure;
- h) delle motivazioni poste alla base dell'utilizzo di una determinata specie, allevata o meno per essere impiegata nelle procedure;
- i) del minor numero di animali per il raggiungimento delle finalità del progetto;
- l) di tutte le possibili precauzioni assunte per prevenire o ridurre al minimo il dolore, la sofferenza e il distress nelle procedure;
- m) del rispetto di quanto disposto dall'articolo 14;
- n) delle motivazioni poste alla base della scelta delle vie di somministrazione dei preparati;
- o) dell'utilizzo di metodi adeguati di eutanasia in conformità con l'articolo 6;
- p) della preventiva valutazione sulla gravità delle procedure, nonché di una classificazione delle stesse secondo i criteri di cui all'articolo 15 e all'allegato VII del presente decreto;
- q) della necessità di eseguire o meno una valutazione retrospettiva del progetto di cui all'articolo 32;
- r) della presenza di personale con competenze specialistiche nei seguenti ambiti:
 - 1) settori di applicazione scientifica in cui gli animali saranno utilizzati, con particolare riguardo alla realizzazione della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento;
 - 2) progettazione sperimentale e, se del caso, valutazione dei dati statistici;
 - 3) pratica veterinaria, nelle scienze degli animali da laboratorio o, se del caso, pratica veterinaria applicata alla fauna selvatica;
 - 4) allevamento e cura degli animali in relazione alle specie che si intende utilizzare».

- della effettiva necessità della ricerca in quanto non costituisce una inutile duplicazione di ricerche precedenti;
- di tutte le precauzioni assunte per prevenire o ridurre al minimo il dolore, la sofferenza e il distress nelle procedure.

Da un'analisi complessiva di questi requisiti si ritiene che tali profili riguardino più misure poste a tutela degli animali piuttosto che veri e propri limiti alla ricerca. Sono quindi da inserirsi tra le misure necessarie affinché un progetto di ricerca che prevede l'utilizzo di animali sia autorizzabile.

Tra tali requisiti, ognuno dei quali deve essere valutato e soddisfatto per procedere al rilascio dell'autorizzazione, spicca quello contenuto alla lettera c) che specifica quanto precedentemente analizzato, stabilito all'art. 13 relativamente al rapporto tra danni/benefici al quale viene aggiunto un elemento a supporto della valutazione. Viene, infatti, stabilito che nell'analisi tra danni e benefici derivanti dal progetto sarà obbligatorio tenere conto delle considerazioni di natura etica, analizzando quindi se il danno arrecato agli animali in termini di sofferenza, dolore, distress o danno prolungato è giustificato dal risultato atteso in termini di benefici per gli esseri umani, per gli animali e per l'ambiente.

Requisito quindi che sembra in sé riassumere il rapporto tra diritto alla ricerca e tutela della salute ma che lascia aperti molti interrogativi. Ne consegue che il diritto alla ricerca affermato nella normativa deve essere considerato nella sua accezione pratica e concreta. Oggetto di comparazione da un lato sarà quindi la fattibilità della tesi e il risultato atteso dal progetto di ricerca mentre, dall'altro, le conseguenze sugli animali che andranno valutate in base alla sofferenza, al dolore, al distress o al danno prolungato provato dagli animali. Campi di comparazione che appartengono a settori differenti, con pesi e misure tra loro non uniformi per i quali inoltre non esistono dei chiari parametri oggettivi di giudizio.

Ne conseguono pertanto tre ordini di problemi. La prima problematica riguarda il lato valutativo, la seconda ci conduce ad una analisi del concetto di beneficio e la terza è relativa al concetto di danno nei confronti degli animali oggetto di trattazione del prossimo paragrafo.

Con riferimento alla funzione valutativa, questa discrasia nella comparazione tra i benefici per gli esseri umani, gli animali e l'ambiente e i danni arrecati agli animali comporta un allontanamento, nel momento valutativo, dell'attività decisionale dell'autorità competente dalla vincolatività dettata dall'utilizzo di una scienza esatta, avvicinandola al contempo a quella che in diritto amministrativo è definita come attività discrezionale tecnica²².

²² Questione trattata ampiamente nella rivista "Corti Supreme e salute" 2020, fascicolo n. 3, ISSN 2611-8882 – T. DI PAOLO, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle autorizzazioni dei progetti di ricerca sulla sperimentazione animale*, di cui si estrapola il seguente passaggio: «La p.a. si trova a dover compiere un'attività autorizzativa in funzione preventiva, ad istanza degli interessati, volta all'accertamento e alla valutazione dei requisiti normativi che possono portare alla rimozione del limite legale posto all'attività di ricerca sugli animali. L'esito positivo di questa procedura legittima l'utilizzatore (così definito ai sensi del d.lgs. 26/2014) a svolgere attività che altrimenti sarebbero perseguite penalmente ai sensi degli art. 544-bis e ss. del codice penale. Pertanto, l'autorità competente è investita di ampie facoltà decisionali in relazione all'assetto da attribuire agli interessi (pubblici, diffusi, privati) coinvolti nell'azione amministrativa. È evidente, quindi, che essa debba effettuare, per non incorrere in comportamenti illegittimi, una esatta acquisizione e una ponderata valutazione degli elementi (materiali ed immateriali) rilevanti nel caso di specie. Di norma, ogni disciplina di settore indica quali debbano o possano essere i fattori da considerare, ma in altri casi viene preponderatamente affidato al prudente apprezzamento del soggetto incaricato dell'istruttoria (e/o della decisione) il compito di evidenziare gli elementi necessari ed utili

È evidente infatti, che la valutazione dei danni e dei benefici debba contenere una ponderazione tra i vari elementi e la scelta dell'autorità competente non può in questi casi, dove la risposta scientifica non è univoca, avvalersi soltanto dell'esattezza della tecnica, proprio in ragione della ratio della valutazione in questione che prevede una contestuale analisi etica. È quindi importante che la pubblica amministrazione sappia compiere una scelta discrezionale il più possibile fondata su solide basi scientifiche, anche se è palese il rischio di una maggiore opinabilità della valutazione compiuta dove l'incertezza tecnica è maggiore.

Per quanto riguarda il secondo problema relativo alla definizione del concetto di beneficio è doveroso affermare che un progetto di ricerca sperimentale, in quanto tale, difficilmente condurrà a un chiaro beneficio. Un progetto di ricerca originale e di frontiera è indubitabile che conduca a un risultato finale più prossimo all'incertezza. Per definizione infatti, la ricerca scientifica, se è tale, affronta lo studio di ciò che non è noto, al meglio delle possibilità tecniche e sulla base di previsioni credibili e documentate, ma sempre probabilistiche, nella speranza di spostare la frontiera di ciò che è noto e di potere addivenire a nuove conoscenze e terapie attualmente non disponibili. Quindi sarà importante tenere in considerazione che sovente la ricerca basata su sperimentazione animale, inclusa quella regolatoria, non è mirata a fornire risultati definitivi di per sé in termini di utilità pratica immediata. Un forte elemento dubitativo è sempre intrinsecamente presente nelle attività di ricerca e quindi, di per sé, non può rappresentare un elemento pregiudiziale nella comparazione dei danni e dei benefici in quanto comprometterebbero il diritto stesso alla ricerca.

Ci troviamo di fronte quindi a un elemento sicuramente critico della normativa dove il ruolo centrale è in mano al valutatore. Questo, se assegna al termine "benefici" un valore di tangibilità e certezza del risultato, rischia di vincolare e compromettere la ricerca danneggiando il nucleo essenziale del diritto

alla realizzazione della fattispecie disegnata dal legislatore. Bisogna compiere una fondamentale distinzione all'interno dell'azione amministrativa separando l'attività discrezionale da quella vincolata. Quest'ultima, invero, trova tutti gli elementi da acquisire e da valutare, ai fini di una decisione amministrativa, come prefigurati rigidamente ed esaustivamente dalla legge, di modo che l'autorità amministrativa è chiamata a svolgere soltanto una semplice verifica tra quanto ipotizzato dalla legge e quanto presente nella realtà, sicché il *modus procedendi* è quasi meccanico e dall'esito certo. Molto spesso gli atti vincolati implicano l'applicazione di conoscenze tecniche, in questi casi la norma attributiva del potere fa discendere, automaticamente, da un accertamento fattuale tecnico una predeterminata ed irrefutabile conseguenza giuridica. Secondo l'orientamento ormai consolidato in dottrina, le scienze a supporto dell'attività amministrativa possono distinguersi in scienze esatte (matematica, fisica, etc.) e in scienze inesatte (sociologia, economia) a seconda del loro grado di precisione ovvero della discutibilità o opinabilità delle conclusioni cui pervengono. Proprio su questi ragionamenti si è basata la storica distinzione tra accertamento tecnico e discrezionalità tecnica in ambito amministrativo. L'utilizzo di una scienza esatta comporta una scelta vincolata per l'amministrazione che è quindi tenuta ad acclarare la sussistenza di uno o più presupposti tecnico-scientifici, posti dalla legge a fondamento imprescindibile della sua azione, e l'esito di tale operazione risulta in definitiva certo ed inopinabile. Il modello della discrezionalità tecnica, invece, richiede alla p.a. di acclarare la sussistenza di uno o più presupposti tecnico-scientifici imprescindibili per la sua azione ma tale verifica si presenta di controversa accertabilità. In altre parole, affinché la p.a. possa assumere il provvedimento la legge lascia uno spazio discrezionale concernente la verifica della sussistenza dei presupposti tecnico-scientifici di opinabile rilevanza. Con l'avanzare della produzione normativa, sono sempre maggiori le situazioni dove non è sempre distinta la ricomprensione di un dato sapere nell'una o nell'altra categoria e si è andata a formare una zona grigia di confine in cui l'applicazione delle regole tecniche consente di arrivare a dei risultati plausibili finché ovviamente l'avanzamento tecnico della ricerca in tali settori non conduca a verità maggiormente dimostrabili».



stesso. Al contempo, se l'attività valutativa non trova il necessario fondamento su basi e dati scientifici, si rischierebbe di non giustificare l'utilizzo degli animali a fini sperimentali compromettendo il perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela degli animali.

4. La valutazione del danno arrecato agli animali

Per quanto riguarda, invece, la terza problematica, relativa al concetto di danno arrecato agli animali presente nel richiamato comma 4, lett. c) dell'art. 31, essa comporta riflessioni molto ampie. Il legislatore infatti, con tale inserimento ha voluto accordare all'animale una tutela mai riconosciuta ad oggi in nessuna altra normativa, elevando tale tutela a interesse pubblico. Il bilanciamento, sulla base di parametri che come abbiamo visto non hanno fondamenta tecniche solide, tra benefici della ricerca e danno causato agli animali, presuppone un concetto, quello di danno agli animali (e nello specifico in termini di sofferenza, dolore, distress), che analizzando i vari rami del diritto, non è possibile rinvenire da alcuna parte.

Nel percorso storico giuridico del nostro ordinamento gli animali sono da sempre considerati quali *res* non venendo riconosciuto agli stessi, per molteplici motivi, la qualifica di soggetti di diritto.

Per il Codice civile italiano gli animali sono classificabili come beni e quindi sono «cose oggetto di diritti». Questa impostazione ha chiaramente influenzato la disciplina dei mezzi di tutela nel nostro ordinamento, perché l'animale non è considerato soggetto giuridico autonomo titolare di diritti, ma viene tutelato indirettamente, mediante le azioni tradizionali che il proprietario o più genericamente il titolare di diritti reali può compiere a tutela dei beni che gli appartengono. Possiamo quindi affermare che per l'ordinamento civile italiano la protezione dell'animale è perseguita indirettamente attraverso il proprietario che potrà agire nel caso in cui l'animale di sua proprietà subisca un danno o che dovrà rispondere nelle ipotesi in cui lo stesso animale provochi a terzi un danno²³.

La concezione giuridica dell'animale quale *res* è però sicuramente lontana dalla sensibilità comune delle persone se rapportata a specie animali che vivono a contatto con l'uomo. Il mondo giuridico legislativo ha di fatto proceduto alla differenziazione, anche nella terminologia applicata assieme alla preposizione "da", che settorializza gli animali in base alle funzioni che svolgono per l'uomo. Si parla infatti di animali da laboratorio, da reddito, da compagnia e per ognuno di tali funzioni si assiste a una differenziazione della tutela ad essi concessa, riconoscendo al contempo, per ogni categoria, una soggettività e sensibilità differente.

Sulla questione, l'introduzione dell'art. 13 del Trattato di Lisbona, che ha accordato agli animali la qualifica di esseri senzienti, ha rappresentato sicuramente una evoluzione importante, seppure i riferimenti alla sensibilità nell'ambito sperimentale, probabilmente a causa della delicatezza del tema, erano già presenti. Infatti già nel d.lgs. 116/1992²⁴ (il precursore dell'odierna normativa) i termini dolore, sofferenza e angoscia riferiti agli animali sono ripetuti svariate volte denotando un inequivocabile rimando alla sensibilità degli stessi in tempi non sospetti.

²³ G. SPOTO, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Cultura e diritti Per una formazione giuridica rivista quadrimestrale*, 1, 2, VI, gennaio-agosto 2018.

²⁴ *Attuazione della direttiva n. 86/609/CEE in materia di protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici*.



Quindi probabilmente il diretto riferimento ai danni sugli animali e la comparazione di questi con i benefici della ricerca sono anche il frutto di questa concezione che da tempo pone l'animale da laboratorio al centro della tutela, non per caso la normativa è rubricata come «protezione degli animali usati a fini scientifici». Se invece prendiamo la giurisprudenza civilistica anche solo di una decina di anni fa si può vedere che in altri ambiti si è assistito ad un difficile riconoscimento dell'esistenza e della meritevolezza della tutela di un diritto della persona alla relazione con l'animale domestico tale da non dare luogo, in quanto non protetto, ad alcun risarcimento del danno non patrimoniale da perdita, ad opera di terzi, dell'animale domestico²⁵.

In ambito penale, invece vale la pena osservare che la normativa, con particolare riguardo alle fattispecie contenute nel codice penale, relega l'animale a mero oggetto materiale della condotta e individua, come interesse giuridico tutelato dalle fattispecie che descrivono condotte commesse a danno di animali, il sentimento di pietà provato dall'uomo nei confronti degli animali e la ripugnanza che certi atti possono suscitare nella comunità umana.

Pertanto la dottrina ha sempre riconosciuto il carattere mediato che viene assicurato alla protezione degli animali sia in ambito civilistico sia in ambito penalistico²⁶. Mentre per quanto riguarda l'ambito sperimentale, gli animali sono portatori di autonomi interessi meritevoli di tutela. Anche se l'impossibilità di considerare gli animali in modo diverso da una *res* comporta l'inevitabile collocazione della tutela degli animali in posizione subalterna rispetto alla protezione degli interessi facenti capo all'uomo, come ad esempio il diritto alla ricerca²⁷.

Possiamo quindi affermare che l'ambito normativo sperimentale sia un antesignano, rispetto ad altre normative anche codicistiche, nella determinazione di un contenuto minimo della tutela del benessere degli animali ed ha stabilito, seppur lasciando tale valutazione a metri di giudizio vacui, quali interessi umani, in eventuale conflitto con quelli animali, siano destinati a prevalere.

Ulteriormente interessante è quindi capire cosa si intenda per danno agli animali e se si possa ricorrere per analogia alla dottrina e alla giurisprudenza modulate nell'applicazione della L. 189/2004²⁸ seppure la stessa preveda espressamente che tali disposizioni non vengano applicate all'ambito sperimentale²⁹.

²⁵ Trib. Varese, 7 dicembre 2011, decr., in *Giur. It.*, 2012, 1333 ss., con commento di V. AMENDOLAGINE, *Amministrazione di sostegno e tutela del sentimento d'affezione del beneficiario verso l'animale da compagnia*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 380 ss., con commento di P. CENDON, R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno e salvaguardia del rapporto tra beneficiario e animale d'affezione*.

²⁶ E. BATTELLI, *La relazione fra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cultura e diritti*, 2, 3, 2018, 35-61.

²⁷ F. GARATTI, *La questione animale e le funzioni della responsabilità civile*, cit., 739.

²⁸ L. 189/2004 recante *Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate*, che ha introdotto nel Codice penale il titolo IX-bis, relativo ai delitti contro il sentimento degli animali.

²⁹ Art. 3, c. 1, L. 189/2004 rubricato *Modifica alle disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale* stabilisce che:

1. Dopo l'articolo 19-bis delle disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale sono inseriti i seguenti:

Art. 19-ter. – (Leggi speciali in materia di animali). – Le disposizioni del titolo IX-bis del libro II del codice penale non si applicano ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici,



Nello specifico sarebbe utile ragionare sull'esatta portata del concetto di animale e del successivo concetto di danno. Ai sensi degli articoli del Codice penale concernenti i delitti nei confronti del sentimento per gli animali, infatti, rientrano nella nozione di animale solo quelli la cui sottoposizione ai congegni tipizzati nel codice sia in grado di offendere il sentimento di compassione degli uomini nei confronti degli stessi.

È difficile, infatti, ritenere che tutti gli esseri biologicamente appartenenti alle specie animali, indipendentemente dalla posizione nel cladogramma occupato, siano ricompresi in questa accezione di cui all'art. 544-ter e ss.³⁰, in quanto l'accoglimento di tale interpretazione condurrebbe a una applicazione penalisticamente non condivisibile, in quanto si sarebbe indotti a considerare reato anche la semplice uccisione di una formica o di una zanzara o di un pesce, il che sarebbe manifestamente irragionevole³¹. Allo stato attuale, dunque, la nozione di animale in tal senso può identificarsi con ogni essere vivente appartenente al genere animale, purché sussista una lesione del sentimento dell'uomo per quella specie. Ne deriva quindi, come conseguenza, l'assenza di una predeterminazione del concetto di animale. In tali termini, il contenuto dell'ampia espressione "animali" sarà rinvenibile nel senso comune, ossia nel sentimento che la collettività nutre nei confronti di una determinata specie. Ne consegue che, nell'accezione penalistica, un danno causato a un animale è giudicato in maniera differente a seconda dell'animale interessato. Pertanto a mero titolo esemplificativo nel calcolo della pena ad un soggetto che abbia lesionato un animale ai sensi dell'art. 544-ter il danno causato ad un gatto che vive in una colonia felina si presume che sia punito in maniera più severa rispetto al medesimo danno cagionato ad un piccione.

Invece dal tenore letterale del d.lgs. 26/2014, in fase di valutazione del rapporto danno-benefici, non compare nessuna chiara distinzione tra le specie animale utilizzate, se non il generico riferimento del sibillino inciso "tenuto conto anche delle considerazioni di natura etica". Questo perché la valutazione del danno non è rapportata direttamente al sentimento degli uomini nei confronti degli animali ma è accordata direttamente agli animali in sé, la cui meritevolezza di tutela è riconosciuta a prescindere dalla specie a cui essi appartengono.

Anzi, guardando con occhi differenti, così come ci suggerisce la normativa, poiché la valutazione del rapporto danno/benefici deve essere relazionata alla capacità dell'animale di provare dolore, sofferenza e distress, il valutatore dovrà rapportarsi in maniera differente ai casi concreti a seconda della sensibilità dell'animale impiegato. Pertanto se vengono utilizzati animali di cui le conoscenze scientifiche hanno dimostrato la scarsa resistenza al dolore, il valutatore dovrà tenerne debitamente conto nella propria valutazione, al contrario sulle specie animali la cui resistenza al dolore è elevata, la valutazione tra danni e benefici e tra tutela degli animali e diritto alla ricerca potrà sbilanciarsi a favore di quest'ultima.

nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali. Le disposizioni del titolo IX-bis del libro II del codice penale non si applicano altresì alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente.

³⁰ L. PISTORELLI, *Fino ad un anno di reclusione per l'abbandono*, in *Guida al dir.*, 33, 2004, 23 ss

³¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., 1095.



5. Conclusioni

La normativa relativa alla protezione degli animali usati a fini scientifici vede contrapposti diversi diritti e interessi tra loro non allineati. Oggetto del presente approfondimento sono i piani di conflitto in cui si trovano il diritto alla ricerca e la tutela del benessere animale³². Possiamo affermare, infatti, che si assiste a un conflitto statico che afferisce alla portata della normativa in questione, e a un conflitto dinamico che è collegabile all'applicazione pratica della normativa. Il conflitto statico è collegabile ai limiti che sono posti in ambito normativo ed è possibile comprenderne la portata analizzando le finalità accordate alla ricerca mediante l'utilizzo di animali. I limiti ai due interessi sono da questo punto di vista positivizzati e, come osservato, ad essere garantito in modo pressoché pieno è il diritto alla ricerca che viene riconosciuto almeno nel suo nocciolo centrale in posizione di sovraordinazione rispetto alla tutela animale. Come visto nella normativa italiana sono state recepite alcune misure più restrittive a tale diritto, che di fatto minano la portata applicativa del nocciolo duro del diritto alla ricerca, per le quali il Governo ha ovviato attraverso la presentazione di deroghe con cadenza annuale.

Con riferimento al conflitto dinamico, invece, questo afferisce all'ambito pratico e concreto del bilanciamento tra i due interessi precipi della normativa. Questo si esplica nella fase valutativa ad opera dell'autorità competente delle proposte progettuali presentategli dagli OPBA³³ e, come visto, presenta diverse criticità. È stata affrontata infatti, con particolare riferimento alla valutazione di cui all'art. 31, comma 4, lett. c) relativa al rapporto tra danni e benefici del progetto, la criticità del valutatore relativamente alla possibile scarsità degli elementi scientifici a disposizione e il dovere di ricorrere a imprecise considerazioni di carattere etico che di fatto allontanano la scelta dalle fondamenta scientifiche e la avvicinano all'ambito della c.d. discrezionalità tecnica.

Si è altresì affrontata la difficile valutazione circa i benefici che un progetto di ricerca può apportare. Anch'essi sono di difficile valutazione in quanto la ricerca stessa, per definizione, studia ciò che non è conosciuto nella speranza di raggiungere nuove conoscenze, risultando pochissime le volte in cui è stato possibile tradurre il beneficio apportato da un progetto sperimentale con la certezza del risultato. A tal proposito la stessa sentenza n. 1186/2021 della sezione terza del Consiglio di Stato, presieduta dal Presidente Franco Frattini, sul caso processuale già richiamato in precedenza, ha stabilito che

«lo svolgimento del progetto non assicura con certezza il raggiungimento dei risultati attesi, ma saranno i risultati ottenuti a far sì che tutta la procedura sperimentale prevista possa essere considerata valida dalla comunità scientifica per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. [...] Quanto esposto pone solide basi per la trasferibilità dei risultati del progetto nella pratica clinica»,

³² Anche il Consiglio di Stato nell'Ordinanza n. 5914/2020 ha stabilito che «siano in campo due interessi contrapposti: il primo, di cui è portatore l'appellante, rappresenta un valore che discende dall'art. 13 del vigente trattato Europeo, il benessere animale, e che sia la direttiva 2010/63 sia il D. Lgs. n. 26/2014 hanno reso in Italia assolutamente vincolante; il secondo, cui pure il Collegio presta doverosa attenzione, è l'interesse alla ricerca scientifica, valore come tale universale e in generale non suscettibile di compressione».

³³ L'organismo preposto al benessere degli animali istituito presso ciascun allevatore, utilizzatore o fornitore che ai sensi dell'art. 26 c. 1, lett. e) e) inoltra le domande di autorizzazione dei progetti di ricerca di dandone comunicazione al responsabile del progetto.

da cui è possibile desumere che l'accezione di beneficio di un progetto di ricerca possa non essere intesa quale concreto risultato, confermando quindi quanto supposto e soprattutto rinforzando l'indirizzo adottato dagli organi valutatori.

Ma il profilo maggiormente dinamico di questo conflitto è rinvenibile principalmente nella mutevolezza del concetto di benessere animale e conseguentemente dell'accezione di danno, nella *vexata quaestio* relativa alla valutazione tra danni e benefici.

Infatti il concetto di benessere animale in sé fino a due decenni fa non era neanche studiato nelle facoltà universitarie di medicina e veterinaria. La tematica ha iniziato ad avere importanza solo recentemente in forza di due concause: la prima è lo sviluppo delle conoscenze scientifiche sulla protezione degli animali, mentre la seconda, che è anche una conseguenza della prima, è il mutare del sentimento degli uomini nei confronti degli animali. Questo ha portato alla modifica del codice penale mediante la legge 189/2004, alla positivizzazione del concetto di senzialità degli animali e ad altre modifiche alle normative di settore tra cui anche la Direttiva 2010/63/UE.

Quest'ultima, differentemente dalla tutela codicistica, ha riconosciuto a tutti gli animali oggetto della normativa alcune tutele effettive e dirette, senza distinzione tra specie ed ha altresì stabilito che l'eventuale compressione di tali tutele avvenga solo al termine di un ponderato iter valutativo a carico dell'autorità competente. Momento valutativo che quindi rappresenta il vero momento tipico della normativa in grado anche di aggiornarsi con le eventuali nuove conoscenze scientifiche sviluppate alle quali non si sia ancora proceduto alla modifica della normativa così come previsto dal Considerando n. 6 della Direttiva.

Risulta quindi di primaria importanza l'attività svolta dai valutatori, anche con riferimento alla definizione degli equilibri tra i vari diritti sottesi alla tematica in oggetto. In ragione quindi dell'importanza che acquisisce l'azione dei valutatori, con riferimento anche alle emozioni suscetibili dal tema della sperimentazione animale, l'autorità competente, anche a causa delle difficoltà recondite relative al rapporto tra diritto alla ricerca e la tutela degli animali, andrebbe supportata incisivamente dalle istituzioni coinvolte, in maniera tale da cementificare le scelte compiute, evitando di prestare il fianco a clamori mediatici che ne danneggiano l'immagine.

Il destino dei feti abortiti. Uno sguardo d'insieme su una questione complessa

Antonio Iannuzzi*

THE FATE OF ABORTED FETUSES. AN OVERVIEW OF A COMPLEX ISSUE

ABSTRACT: This essay analyses the legislation's shortcomings regarding the burial of aborted fetuses. With the aim of suggesting some revisions of the national legislation in this field, in a context of inaction by the legislator, the paper analyses in particular: a) the question concerning the right to choose the fate of the fetus; b) the possibility of giving the fetus to scientific research, also in consideration of some uses, such as that relating to the experimentation and production of vaccines (also against Covid-19); c) the difficulty of conceiving that the fetus has a right to be buried.

KEYWORDS: Burial; aborted fetuses; abortion; freedom of scientific research; vaccines

SOMMARIO: 1. La vicenda – 2. Le domande di ricerca – 3. Il destino dei feti abortiti: sul diritto di scelta riguardo la sepoltura del feto – 4. Un altro destino è possibile? La destinazione del feto alla ricerca scientifica: il caso dell'utilizzo di feti (ed embrioni) per la sperimentazione e la produzione di vaccini (anche contro il Covid-19) – 5. Sulla difficile configurabilità di un diritto al sepolcro del feto e sull'eventuale possibile bilanciamento con la tutela della protezione dei dati personali della donna – 6. La necessità di una legge statale per la disciplina delle scelte fondamentali riguardo il destino del feto.

1. La vicenda

A seguito di una procedura di interruzione volontaria di gravidanza, la donna abortente rinuncia al funerale e alla sepoltura del feto. Trascorsi ben 7 mesi, la stessa donna, dopo aver ritirato il referto istologico, decide di attivarsi telefonicamente per avere notizie sul destino del feto. Dopo aver ottenuto delle prime risposte vaghe, contatta la camera mortuaria e scopre che il feto è ancora custodito in quella sede – come pare essere prassi in attesa di eventuali ripensamenti delle coppie o dei loro familiari – dove la informano che comunque verrà seppellito «per beneficenza», con l'apposizione di una croce e con l'indicazione del nome della donna, poiché essendo nato morto non ha potuto acquisire, alla registrazione, un suo nome.

L'esito di queste telefonate è raccontato dalla stessa donna in un lungo post su Facebook che ottiene presto un numero elevato di visualizzazioni e di condivisioni.

Il susseguirsi di altre denunce pubbliche, a stretto giro, fa emergere clamorosamente una sconcertante sequenza di casi di sepoltura di feti all'insaputa delle donne che li hanno portati in grembo e, in molti casi, con il nome della stessa donna che li ha generati.

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico; Università degli Studi Roma Tre. Mail: antonio.iannuzzi@uniroma3.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

2. Le domande di ricerca

L'obiettivo iniziale di questo contributo è quello di far emergere le domande di ricerca che vengono ad essere sollevate da questo caso. Dopo averle poste, vorrei, invece, provare ad anticipare alcune considerazioni, andando a toccare in modo particolare l'ambito delle questioni d'interesse per il biodiritto, quale principalmente la possibilità di destinare i feti abortiti alla ricerca scientifica.

Sull'onda emotiva si impongono due questioni legate alla tutela dei diritti fondamentali, *in primis*, della donna: la tutela della privacy, per via del fatto che l'interessata subisce la pubblicazione del suo nome su un sepolcro che non è il suo, e la garanzia del diritto all'autodeterminazione, poiché, da quello che risulta, né lei né il compagno né «chi per essi» avevano optato per la sepoltura¹.

Per quanto riguarda il primo profilo, il Garante per la protezione dei dati personali il 30 settembre 2020 ha aperto un'istruttoria «per fare luce su quanto accaduto e sulla conformità dei comportamenti, adottati dai soggetti pubblici coinvolti, con la disciplina in materia di privacy»². Sin da ora è possibile mettere in risalto che, nel caso in esame, si registra un trattamento dei dati sanitari della donna che pare in stridente contrasto con l'art. 4, par. 15, del Regolamento Europeo n. 679/2016³: trattandosi di dati particolari, il loro trattamento è lecito soltanto nel caso in cui l'interessato abbia prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, di cui all'art. 9, par. 2, lett. a), «salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1». Le uniche deroghe, di conseguenza, sono possibili per finalità connesse alla salute, oppure, ove necessario per finalità che ad ogni modo, vadano a beneficio delle persone e dell'intera società.

Nell'apprezzare l'opportunità e la tempestività della decisione del Garante, occorre, tuttavia, avvertire immediatamente che deve essere evitato il rischio di ridurre questa dolorosa vicenda esclusivamente alla tutela della sfera della privacy: non vorrei che spostare l'attenzione esclusivamente sul rispetto della protezione dei dati personali faccia correre il rischio di perdere di vista la necessità di bilanciare tutte le esigenze e gli interessi che vengono in riferimento.

A ben vedere, risulta evidente che il fatto in esame rappresenta una tipica questione complessa, come si verifica di frequente nelle fattispecie biogiuridiche, che finisce per intersecare la tutela di diversi altri diritti fondamentali, non tutti riconducibili alla stessa situazione giuridica soggettiva, e per sollevare un altro ventaglio di domande.

Viene da chiedersi, in particolare, se possa essere configurato nel nostro ordinamento un diritto alla sepoltura del feto e, più in generale, per i «prodotti del concepimento», poiché in taluni casi sostanzialmente il regolamento di polizia mortuaria (d.P.R. n. 285/1990) assimila il feto al defunto. In

¹ Il profilo è affrontato nel lavoro di G.M. RICCIO, *Sepoltura dei feti e protezione dei dati personali*, nello stesso numero di questa *Rivista*.

² Vedi <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9462319>.

³ In tema v. almeno C. COLAPIETRO, F. LAVIOLA, *I trattamenti in ambito sanitario*, in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Il "nuovo codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*, Torino, 2019, 201 ss.; P. GUARDA, *I dati sanitari*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 591 ss.; G. FARES, *I dati relativi alla salute e i trattamenti in ambito sanitario*, 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.

particolare, l'art. 7 stabilisce un diverso regime giuridico per: *a*) i bambini nati morti, per i quali deve intervenire l'accertamento del decesso da parte del medico legale e la conseguente autorizzazione alla sepoltura nel cimitero rilasciata dall'ufficiale dello stato civile; *b*) i «prodotti del concepimento» di presunta età di gestazione inferiore alle ventotto settimane e per i feti che abbiano compiuto ventotto settimane di età intrauterina i permessi di seppellimento sono rilasciati dall'unità sanitaria locale⁴.

Viene in rilievo anche il problema dell'individuazione dei soggetti che hanno titolo giuridico per decidere circa la sorte del feto abortito⁵.

Altri interrogativi si sollevano relativamente alla considerazione del fattore religioso: la sepoltura è una pratica religiosa? Ancora, il fatto che il feto venga seppellito utilizzando un crocifisso può incidere negativamente sulla stessa libertà religiosa della donna o sul principio di laicità? E sullo sfondo, infine, v'è da chiedersi: la scelta dell'ordinamento di favorire in ogni modo la sepoltura del feto implica la positizzazione di una determinata concezione della vita?⁶

Non può essere neppure trascurato il rilievo che scelte eteronome o attribuite ad altri relative a vicende così delicate e personali sembra entrare in collisione con l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare dalle possibili ingerenze da parte dell'autorità pubblica.

Da ultimo, il fatto che situazioni che incidono su aspetti personali e su diritti fondamentali siano oggi disciplinati anacronisticamente da un regio decreto del 1939 e da un regolamento, quello di polizia mortuaria, non spingono forse a pensare che vicende di tal fatta meriterebbero di essere disciplinate da una fonte di rango primario come la legge del Parlamento? Nel campo del biodiritto, più specificamente, a fronte della circostanza che «nelle odierne società democratiche, liberali e pluraliste, manca a monte della decisione da adottare quella condivisione necessaria per esprimere e fondare la legittimazione delle regole giuridiche»⁷, sarebbero da preferire le norme «di compatibilità», «volte appunto a consentire la consistenza di valori diversi», rispetto alle norme «di supremazia», «che impongono un solo punto di vista»⁸.

Come dimostrano abbondantemente altre lacune normative in materie che hanno un rilievo biogiuridico che investono l'inizio o il fine-vita, deve essere stigmatizzata la tendenza del Parlamento a lasciarsi scivolare addosso l'onere di disciplinare temi eticamente sensibili, come da ultimo ha dimostrato platealmente il mancato seguito delle due pronunce della Corte costituzionale relative al caso Dj Fabo-

⁴ Sullo sviluppo del concepito e per una distinzione fra embrione e feto può essere utile il quadro tracciato da G. Russo, *Il procedimento di formazione dell'embrione. Momento ben preciso o continuum ininterrotto?*, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017, 107 ss.

⁵ Sugli ultimi due aspetti citati si sofferma il contributo di B. NERI, *Il seppellimento dei prodotti del concepimento nel silenzio della legge*, nello stesso numero di questa Rivista.

⁶ Questi temi sono affrontati nella nota di G. DI COSIMO, *Fattore religioso e sepoltura dei feti abortiti*, nello stesso numero di questa Rivista.

⁷ Così C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 105 ss. L'A. si sofferma, poi, sui due approcci giuridici alla regolazione in tema di biodiritto diffusi nel panorama degli ordinamenti comparati: il modello interventista e quello astensionista. Sul punto v. ora 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, spec. 66 ss. e 421 ss.

⁸ Così secondo il punto di vista di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 58.

Cappato sulla punibilità dell'aiuto al suicidio⁹, scelta che trova la sua fonte «nel difetto di consenso e nella lontananza delle posizioni» e che sembra imputabile ad una tendenza endemica di considerare il diritto come «uno strumento di proclamazione di valori piuttosto che di soluzione pragmatica di conflitti»¹⁰.

3. Il destino dei feti abortiti: sul diritto di scelta riguardo la sepoltura del feto

Entrando nel merito della questione, i possibili destini del feto sono, da una parte, la possibilità di sepoltura o lo smaltimento come rifiuto speciale ospedaliero, dall'altra parte la destinazione alla ricerca scientifica.

Relativamente alla prima alternativa, come anticipato in premessa, mi soffermerò sulla questione dei soggetti che hanno titolo giuridico per esprimere la volontà circa la sorte del feto. Sullo sfondo si staglia l'antico ma sempre attuale dilemma relativo al "di chi è il corpo": «della persona interessata, della sua cerchia familiare, di un Dio che l'ha donato, di una natura che lo vuole inviolabile, di un potere sociale che in mille modi se ne impadronisce, di un medico o di un magistrato che ne stabiliscono il destino?»¹¹. Cosa avviene oggi?

Com'è stato denunciato, le amministrazioni

«stabiliscono convenzioni con associazioni private (Difendiamo la Vita con Maria la più diffusa) che passano di ospedale (pubblico) in ospedale (sempre pubblico) a ritirare i rifiuti ospedalieri, cioè i prodotti abortivi inferiori alle 20 settimane non reclamati, e li seppelliscono con messa in suffragio, in alcuni casi previo battesimo»¹².

Questa situazione si verifica perché il citato regolamento di polizia mortuaria sembra estendere il novero dei soggetti legittimati ad avanzare la richiesta di sepoltura oltre ai soggetti coinvolti nella procreazione, per via di una non felice formulazione testuale che demanda alla coppia o «a chi per essi» la decisione¹³. Mi sembra una scelta irragionevole ed inopportuna, perché nessuno può aver titolo oltre alla coppia ad esprimere la volontà riguardo al destino del feto. L'interpretazione estensiva che le amministrazioni pubbliche danno della formula «chi per essi», contenuta nell'art 7, comma 4, del citato Regolamento di polizia mortuaria, che consentirebbe a diverse associazioni di stipulare convenzioni con le amministrazioni pubbliche, pare irragionevole poiché finisce per estendere la possibilità di presentare domanda di seppellimento a *chiunque*. A me pare, invece, che si debba interpretare la disposizione nel senso di richiedere almeno un atto di delega da parte dei soggetti interessati, poiché la scelta circa la sepoltura deve essere circoscritta alla coppia.

⁹ Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019.

¹⁰ In tal senso, P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, 45.

¹¹ Come magistralmente sintetizzato da S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 73.

¹² Apprendo della vicenda da un articolo di A. ORIOLI, *La tomba di Pandora. I cimiteri per i feti e la criminalizzazione dell'aborto*, in *Micromega online*, 1 ottobre 2020.

¹³ Ai sensi dell'art. 7, comma 4, del Regolamento di polizia mortuaria, «i parenti o chi per essi sono tenuti a presentare, entro 24 ore dall'espulsione od estrazione del feto, domanda di seppellimento alla unità sanitaria locale accompagnata da certificato medico che indichi la presunta età di gestazione ed il peso del feto».

A tal proposito, in dottrina è stata avanzata la proposta di far prevalere sempre la volontà della donna, formulata sulla scorta di un'interpretazione estensiva della legge n. 194/1978, in considerazione del «ruolo che assume il padre del concepito solo laddove la donna lo permetta», che consentirebbe di «riconoscere anche alla (sola) donna la facoltà di manifestare la volontà di seppellire il prodotto abortivo»¹⁴. Si tratta di una proposta che certamente elimina il rischio di un eventuale disaccordo fra i due soggetti coinvolti nell'atto procreativo. Penso che, in alternativa si potrebbe valutare di coinvolgere nella possibilità di prendere una decisione al riguardo anche l'uomo, tenendo in considerazione la posizione che si manifesta in quelle legislazioni che hanno introdotto «regole tendenti a garantire la libertà di decisione e *la salute delle persone implicate* (al plurale, n.d.r.) nelle operazioni (la donna, in primo luogo), a disciplinare le modalità di trattamento e di utilizzazione del materiale genetico»¹⁵. Senza voler mettere in discussione in alcun modo l'intangibile centralità della donna nella vicenda abortiva, si potrebbe anche ragionare nei termini di una sostanziale equiparazione delle posizioni della donna e dell'uomo relativamente alla sola scelta della sepoltura, facendo prevalere, in caso di contrasto, la volontà del soggetto che opti per la sepoltura. A questa conclusione si potrebbe pervenire, non in ragione di un *favor* dell'ordinamento per la sepoltura del feto, perché nell'incertezza scientifica circa la qualificazione del feto è preferibile che il diritto si astenga dal prendere posizione su una questione così controversa, bensì per rispetto della salute psicofisica del soggetto coinvolto nella procreazione più esposto, apparendo potenzialmente più debole la posizione di chi subirebbe eventualmente la decisione di smaltire il feto come «rifiuto speciale», contrariamente alla sua volontà. Questa ipotesi sembra percorribile solo intendendo conclusa la vicenda relativa all'interruzione della gravidanza al momento della scelta circa la sepoltura del feto. Non sembra rilevante, come si argomenterà più avanti, ragionare intorno ad un presunto diritto del feto alla sepoltura, che resta di assai difficile configurabilità alla luce del fatto che non si è mai verificato l'evento nascita e alla stregua della malferma posizione giuridica rispetto agli altri soggetti coinvolti.

4. Un altro destino è possibile? La destinazione del feto alla ricerca scientifica: il caso dell'utilizzo di feti (ed embrioni) per la sperimentazione e la produzione di vaccini (anche contro il Covid-19)

Relativamente alla sorte del feto, è anche da chiedersi se sia possibile farne oggetto di donazione per finalità di ricerca scientifica. La strada potrebbe sembrare preclusa dal *dictum* della sentenza n. 84/2016 della Corte costituzionale, avente ad oggetto la possibilità di destinare gli embrioni soprannumerari alla ricerca scientifica.

Ma non è così.

L'embrione, anche a seguire l'orientamento molto prudente espresso dalla Corte costituzionale, è una «entità che ha in sé il principio della vita», mentre il feto abortito non si trova in condizione analoga perché non ha più vitalità. Utilizzando l'argomento analogico si potrebbe giungere ad una soluzione positiva individuando una similitudine con il trattamento giuridico del cadavere e, dunque, con la legge

¹⁴ In tal senso B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 529.

¹⁵ Così S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 158.

n. 10/2020 relativa al consenso alla disposizione del corpo *post mortem*. Chiaramente, *mutatis mutandis*, in questo caso il consenso relativo alla disposizione del corpo del feto dovrebbe essere espresso dai genitori.

Sul punto, è da segnalare la ripresa del dibattito relativo all'utilizzo dei feti o degli embrioni per la sperimentazione e la produzione di vaccini.

La novità è costituita dall'apertura della Chiesa cattolica all'uso dei feti ai fini della sperimentazione di vaccini anti Covid-19. Mi riferisco alla *Nota sulla moralità dell'uso di vaccini anti-Covid-19 della Congregazione per la dottrina della fede*, pubblicata il 21 dicembre 2020 in risposta a «diverse richieste di un parere sull'uso di alcuni vaccini contro il virus SARS-CoV-2 che causa il Covid-19, sviluppati facendo ricorso, nel processo di ricerca e produzione, a linee cellulari che provengono da tessuti ottenuti da due aborti avvenuti nel secolo scorso». Si afferma che

«quando non sono disponibili vaccini contro il Covid-19 eticamente ineccepibili (ad esempio in Paesi dove non vengono messi a disposizione dei medici e dei pazienti vaccini senza problemi etici, o in cui la loro distribuzione è più difficile a causa di particolari condizioni di conservazione e trasporto, o quando si distribuiscono vari tipi di vaccino nello stesso Paese ma, da parte delle autorità sanitarie, non si permette ai cittadini la scelta del vaccino da farsi inoculare) è moralmente accettabile utilizzare i vaccini anti-Covid-19 che hanno usato linee cellulari provenienti da feti abortiti nel loro processo di ricerca e produzione»¹⁶.

Di fatti, si informa nel *Modulo di consenso alla vaccinazione anti-Covid19 della popolazione generale relativo all'utilizzo del vaccino prodotto da AstraZeneca* che

«una dose (0,5 mL) di “COVID-19 Vaccine AstraZeneca” contiene alcune quantità di unità infettive di un vettore rappresentato da un Adenovirus di scimpanzé (coltivato su cellule renali embrionali umane) modificato con tecnologia del DNA ricombinante in modo da codificare la glicoproteina spike del SARS-CoV-2 (ChAdOx1-S)»¹⁷.

Nell'attuale pandemia da Covid-19, com'è stato divulgato sull'autorevole Rivista *Science*, almeno cinque dei vaccini anti Covid-19 candidati utilizzano per il loro sviluppo due linee di cellule fetali umane ottenute da aborti volontari di donne gravide: HEK-293, una linea cellulare renale ampiamente utilizzata nella ricerca e nell'industria che proviene da un feto abortito nel 1972 circa; e PER.C6, una linea cellulare proprietaria di proprietà di Janssen, una sussidiaria di Johnson & Johnson, sviluppata da cellule retiniche di un feto di 18 settimane abortito nel 1985. Entrambe le linee cellulari sono state

¹⁶ «La ragione fondamentale per considerare moralmente lecito l'uso di questi vaccini è che il tipo di cooperazione al male (cooperazione materiale passiva) dell'aborto procurato da cui provengono le medesime linee cellulari, da parte di chi utilizza i vaccini che ne derivano, è remota. Il dovere morale di evitare tale cooperazione materiale passiva non è vincolante se vi è un grave pericolo, come la diffusione, altrimenti incontenibile, di un agente patogeno grave:[3] in questo caso, la diffusione pandemica del virus SARS-CoV-2 che causa il Covid-19. È perciò da ritenere che in tale caso si possano usare tutte le vaccinazioni riconosciute come clinicamente sicure ed efficaci con coscienza certa che il ricorso a tali vaccini non significhi una cooperazione formale all'aborto dal quale derivano le cellule con cui i vaccini sono stati prodotti. È da sottolineare tuttavia che l'utilizzo moralmente lecito di questi tipi di vaccini, per le particolari condizioni che lo rendono tale, non può costituire in sé una legittimazione, anche indiretta, della pratica dell'aborto, e presuppone la contrarietà a questa pratica da parte di coloro che vi fanno ricorso». Il documento è disponibile al seguente link: <https://bit.ly/2SSjGul>.

¹⁷ Il documento è disponibile sul sito del Ministero della Salute al seguente link: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5452_5_file.pdf?fbclid=IwAR2ivxgRS5Z7Oy8JHXhwqutlr-jJS6f768YmA_xxB0o73acPhth1IQIQwz18.

sviluppate nel laboratorio del biologo molecolare Alex van der Eb presso l'Università di Leida. Due dei cinque vaccini, al momento, sono entrati in studi sull'uomo¹⁸ e, come sappiamo, poi autorizzati dalle autorità farmaceutiche per la somministrazione.

L'attualità, insomma, ci mostra che le applicazioni potenziali della ricerca su queste cellule sono molteplici ed importanti, essendo da lungo tempo noto l'utilizzo dei feti in alcuni vaccini¹⁹, solo per soffermarsi su una delle possibili applicazioni della ricerca scientifica relativa a questi materiali biologici.

Il tema perciò va ormai affrontato, magari cominciando a sgombrare il campo immediatamente dall'ipotesi di poter remunerare la donazione di feti, per evitare di correre il rischio di depotenziare la carica di solidarietà insita nella destinazione per finalità di ricerca e per non favorire casi di procreazione o di fecondazione al solo scopo di abortire per finalità speculative. Il che sarebbe aberrante e lesivo della dignità personale di tutti i soggetti interessati.

5. Sulla difficile configurabilità di un diritto al sepolcro del feto e sull'eventuale possibile bilanciamento con la tutela della protezione dei dati personali della donna

La soluzione riguardo alla sepoltura o alla destinazione in favore della ricerca scientifica, come sin qui ho provato ad argomentare, dovrebbe essere rimessa normativamente alla sola decisione della coppia coinvolta nella procreazione. Altre soluzioni proposte suscitano alcune perplessità. Come, per esempio, la soluzione paventata da alcune amministrazioni comunali di seppellire il feto con numero identificativo. La proposta, sganciata da una scelta operata in tal senso della coppia, non sembra soddisfare l'esigenza di nessuno, se non magari a condizione di configurarlo come un atto caritatevole²⁰.

Il tema del diritto al sepolcro non è un tema particolarmente arato dai giuristi. Nel dibattito più recente, è stato evocato relativamente alla sepoltura dei cadaveri dei migranti dispersi in mare²¹. Per affrontare con piena cognizione la questione giuridica relativa al destino dei feti abortiti occorre partire dalla considerazione che l'accertamento relativo all'inizio della vita umana è scientificamente incerto, poiché come ha ricordato la Corte EDU «non esiste consenso in Europa sulla definizione scientifica e giuridica dell'inizio della vita»²².

È chiaro che se il feto fosse considerato vita il suo trattamento sarebbe diverso rispetto a quello che riceverebbe se prevalesse l'ipotesi opposta. Ma la scienza non ha risposte univoche da offrirci al riguardo e, di conseguenza, «la determinazione del momento in cui l'essere vivente diventa soggetto di diritto, acquistando la capacità giuridica e dunque l'idoneità ad essere centro di imputazione di diritti,

¹⁸ M. WADMAN, *Abortion opponents protest COVID-19 vaccines' use of fetal cells*, in *Science*, 5 giugno 2020, reperibile al seguente link: <https://bit.ly/3peEoBe>.

¹⁹ Su questi aspetti si v. A.R. LUÑO, *Riflessioni etiche sui vaccini preparati a partire da cellule provenienti da feti umani abortiti*, in *Medicina e Morale*, 2005.

Sull'uso dei feti abortiti per sperimentare il vaccino contro la rosolia v. <https://go.nature.com/3wQVK9V>.

²⁰ Seguendo la suggestione di G. DI COSIMO, *Fattore religioso e sepoltura dei feti abortiti*, cit.

²¹ C. SICCARDI, *I migranti scomparsi nel Mediterraneo: problematiche costituzionali*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, pp. 75 ss. Per un approfondimento sulla questione si v. C. CATTANEO, M. D'AMICO, *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, Milano, 2016.

²² Corte EDU Vo c. Francia, Grande Camera, 53924/00, 8 luglio 2004.

costituisce il frutto di una scelta dell'ordinamento stesso, di una qualificazione che deve tenere conto di fattori molteplici»²³.

Dobbiamo anche tenere in considerazione la discussa giurisprudenza della Corte costituzionale che ha riconosciuto la tutela della dignità dell'embrione poiché la dignità dell'embrione, «quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza)»²⁴ e che, di conseguenza, anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento costituzionale, specie al fine della «tutela delle esigenze della procreazione» ed a quella della salute della donna²⁵. Se questo principio di diritto è applicabile all'embrione esso deve essere senz'altro applicabile anche al feto, anche alla luce della nota giurisprudenza costituzionale in materia di aborto che bilancia il diritto del concepito e la tutela della salute della donna, facendo prevalere, in determinate ipotesi, la seconda.

Ci muoviamo nel campo dell'incertezza scientifica, per cui assai dubbia è la possibilità di configurare un diritto al sepolcro in capo al feto umano, che «è una quasi persona, non una persona»²⁶.

In ogni caso, anche a volerli spingere sul tema del diritto al sepolcro, è da considerare che esso è stato ricostruito come un istituto complesso formato da un «diritto al sepolcro primario», vale a dire il diritto di essere seppellito (*ius sepulchri*) o di seppellire altri in un dato sepolcro (*ius inferendi mortuum in sepulchrum*) e da un «diritto secondario di sepolcro», in forza del quale i parenti hanno diritto di visitare la tomba e onorare il defunto²⁷.

È esclusa in radice la possibilità di poter rinvenire, *in subiecta materia*, una possibile concretizzazione del diritto primario alla sepoltura del feto, poiché significherebbe riconoscere tale pretesa giuridica ad un soggetto non nato. Questo diritto può essere attribuito a persone diverse, familiari o eredi, ma dallo stesso fondatore poiché si tratta di diritto che «trova la sua fonte prevalente nell'autonomia privata del disponente»²⁸.

Il diritto secondario al sepolcro, invece, sembrerebbe configurabile, nel caso in esame, solo laddove i parenti abbiano effettivamente richiesto la sepoltura. Nel caso in cui effettivamente nessun parente abbia esercitato questo diritto, la sepoltura con un codice alfanumerico anonimo non apparirebbe in alcun modo finalizzata a soddisfare la pretesa dei parenti «di visitare la tomba e onorare il defunto», nel senso sopra specificato.

²³ Com'è stato osservato da F. RIMOLI, *Bioetica, diritti del nascituro, diritti delle generazioni future*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2006, 542.

²⁴ Corte cost., sentt. n. 229/2015 e n. 84/2016.

²⁵ Corte cost., sentt. n. 151/2009 e n. 96/2015.

²⁶ Come affermato da F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi costituzionali e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 366.

²⁷ Sul diritto al sepolcro v. almeno M. PETRONE, *Sepolcro e sepoltura (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, 24 ss.

²⁸ Così ancora M. PETRONE, *Sepolcro e sepoltura*, cit, 24 ss.

6. La necessità di una legge statale per la disciplina delle scelte fondamentali riguardo il destino del feto

In definitiva, ragionare intorno al destino del feto è una questione complessa e foriera di profonde radicalizzazioni e che fa emergere scelte personali molto delicate, importanti e con evidenti ricadute sulla tutela della salute psicofisica dei soggetti coinvolti. Una questione non di nicchia o secondaria, che non merita di essere lasciata al disinteresse della comunità di studiosi delle discipline giuridiche, bensì un tema rilevante che soprattutto non può continuare ad essere trascurato dalla normativa di settore, troppo datata e perciò, per molti versi, non adeguata ai problemi del nostro tempo, a cominciare dalla considerazione di diritti nuovi come quello alla protezione dei dati personali.

A me pare che, pur nel rispetto degli spazi di competenza che devono essere lasciati al regolamento di polizia mortuaria, la regolazione di alcune scelte rilevanti, di cui sin qui si è parlato, sia meritevole di un intervento da parte della legge statale. A questa conclusione si perviene per diversi motivi. Me ne paiono importanti almeno quattro.

Il primo motivo deriva dal fatto che scelte che incidono su libertà costituzionalmente tutelate, come quelle alla libertà di ricerca o alla protezione dei dati personali o alla libertà religiosa, non possono che essere demandate alla legge.

Il secondo motivo deriva dal fatto che la mancanza di una predeterminazione legislativa sostanziale sembra lasciare uno spazio eccessivo al regolamento di polizia mortuaria che finisce per configurarsi come un vero e proprio regolamento indipendente, andando oltre quella che appare la *voluntas legis*. Il terzo motivo è che una legge statale potrebbe evitare il rischio di partorire inconcepibili soluzioni territorialmente differenziate²⁹.

Il quarto motivo, infine, è legato all'incertezza del diritto che si è venuta a creare relativamente alle scelte di cui si discute, derivante da una normativa in parte oscura e sicuramente lacunosa perché non attuale. È necessario dare al quadro regolatorio in materia una chiarezza ed un aggiornamento che attualmente non sono presenti. Questa oscurità normativa è molto grave in ragione del fatto che si riverbera sulle scelte individuali. In questo ambito, invece, è necessario operare delle scelte normative chiare e univoche che non possono, almeno per le determinazioni fondamentali, che competere al legislatore.

²⁹ B. NERI, *Il seppellimento dei prodotti del concepimento nel silenzio della legge*, cit., mette in evidenza che alcune regioni sono andate oltre le previsioni della normativa statale stabilendo la sepoltura dei prodotti del concepimento anche al di sotto le venti settimane e ponendo le relative spese a carico delle aziende sanitarie regionali.

Il seppellimento dei prodotti del concepimento nel silenzio della legge

Barbara Neri *

BURIAL OF ABORTED FETUSES IN LACK OF REGULATORY PROVISIONS

ABSTRACT: The essay deals with the case of pro-life associations which bury aborted fetuses even if parents do not give directives in this sense. The analysis focuses particularly on the few provisions in the mortuary regulations with the aim to illustrate how the parent does not have the power to prohibit the burial of his or her own fetus, because this can be requested by anyone.

KEYWORDS: Burial; aborted fetuses; pro-life associations; mortuary regulations; special waste disposal

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La sepoltura dei feti – 3. La diffusione dei dati anagrafici della madre: una palese violazione – 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Nel mese di settembre dell'anno scorso una notizia umanamente dolorosa è riportata per alcuni giorni da tutti i quotidiani: una donna denuncia di aver essere venuta a conoscenza dell'esistenza di una tomba a suo nome presso il cimitero Flaminio di Roma dove risulta essere stato sepolto, a sua insaputa, il feto espulso in seguito ad un aborto terapeutico avvenuto alcuni anni prima. Sulla sepoltura è stata posta una lapide, con una croce lignea, recante il nome e il cognome della donna.

In uno scambio di accuse ai limiti della *querelle* istituzionale, l'Ospedale San Camillo di Roma in cui l'aborto terapeutico è stato praticato declina ogni responsabilità specificando che, all'uscita del feto dal nosocomio, questi ne perde qualsiasi traccia e la società Ama che, oltre a gestire il servizio di smaltimento dei rifiuti nell'ambito del Comune di Roma, dal 1998 cura anche i servizi cimiteriali presso i cimiteri capitolini, rappresenta che la sepoltura è stata effettuata su input dell'ospedale e che l'apposizione della croce è frutto di una prassi, trattandosi del simbolo tradizionalmente in uso «in mancanza di una diversa volontà, mentre l'epigrafe, in assenza di un nome assegnato, deve in ogni caso riportare alcune indicazioni basilari per individuare la sepoltura da parte di chi ne conosce l'esistenza e la cerca». Ha avviato una serie di inchieste giornalistiche e sulle principali testate online circola un documento di Roma Capitale nel quale si descrive l'iniziativa realizzata presso il cimitero Flaminio, specificando che i prodotti del concepimento o i feti che non hanno avuto onoranze funebri «perché sepolti su semplice richiesta dell'ASL» sono raccolti in un apposito campo, in fosse singole, contraddistinte da un segno

* Phd in Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre".
Mail: barbara.neri@uniroma3.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

funerario apposto da Ama-Cimiteri Capitolini, costituito da croce in legno ed una targa su cui è riportato comunemente il nome della madre o il numero di registrazione dell'arrivo al cimitero, «se richiesto espressamente dai familiari».

E se in un primo momento si pensa ad un caso isolato, in diverse zone d'Italia altre donne iniziano a raccontare episodi simili ed emerge, ad esempio, che il cimitero Vantiniano di Brescia ha creato un'area al suo interno, denominata il "cimitero dei bambini mai nati", nella quale le lapidi recano tutte il nome di "Celeste", i cognomi invece sono differenti perché appartengono alle madri che quel feto l'hanno portato in grembo e le date risultano a gruppi le medesime perché, in realtà, la data scolpita sul cippo non è quella della morte bensì quella del "funerale" ovvero della breve esequia collettiva organizzata mensilmente da associazioni, per lo più cattoliche, che si fanno carico della gestione delle sepolture; o che a Torino le autorità cimiteriali alla scadenza dei termini delle concessioni delle tombe contattano le donne, per lo più ignare delle relative sepolture, per chiedere se siano interessate a rinnovarne le condizioni.

Prendendo le mosse da un fatto di cronaca e da un dibattito che ha coinvolto esponenti politici e movimenti femministi e di difesa della libertà di autodeterminazione delle donne, il presente lavoro si prefigge l'obiettivo di spostare l'analisi su un piano squisitamente giuridico ed esaminare le esigenze normative in materia al fine di cogliere la portata di quelle che, anche al cittadino comune, appaiono come violazioni della normativa in materia di protezione dei dati personali e, ancor più, lesioni del diritto del singolo all'assunzione di scelte inerenti alla propria sfera etico-ideologica.

I corsivi che sono stati utilizzati nel presente paragrafo non sono casuali: ciò che colpisce, infatti, in questa vicenda è che i riferimenti anagrafici della madre siano considerati "informazioni basilari" e dunque necessarie per la sepoltura dell'embrione, che la ASL possa consentire la sepoltura dei feti anche in assenza di una specifica determinazione in tal senso da parte dei genitori, che venga utilizzata una croce per indicare il luogo dell'inumazione e che questa riporti comunemente il nome della madre, salvo che, in via residuale, i familiari non richiedano espressamente di fare ricorso al numero di registrazione dell'arrivo del feto al cimitero.

2. La sepoltura dei feti

I cimiteri sono beni pubblici attraverso i quali i comuni fanno fronte alle esigenze primarie della collettività che si sostanziano nel bisogno materiale di igiene pubblica e nell'aspirazione spirituale al culto dei propri cari¹. Scopo del cimitero è quello di consentire la sepoltura dei cadaveri nelle tre forme dell'inumazione, della tumulazione e della cremazione, al fine, da un lato, di tutelare l'igiene pubblica e, dunque, il primario diritto alla salute e, dall'altro, di permettere alla comunità di ricordare e onorare i propri defunti. La sepoltura presenta quindi un duplice carattere, essendo al contempo "pratica amministrativa" necessaria per salvaguardare la salubrità dell'ambiente e "pratica spirituale" legata alla commemorazione pro futuro di colui che ha lasciato il mondo dei vivi. Se, però, questo è vero con riguardo alla persona, lo stesso non può dirsi per il "prodotto del concepimento" che, ancorché

¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 542.

salvaguardato dalla normativa vigente in quanto soggetto giuridico titolare dei diritti fondamentali alla vita² e alla salute³ e dei diritti legati alla sfera del riconoscimento⁴ e a quella successoria, acquistati per successione o per donazione⁵, pur se attribuiti al nascituro sotto la condizione della nascita⁶, resta, in carenza della venuta al mondo, semplicemente un individuo. La norma, infatti, ha cura di garantire che il cadavere in decomposizione venga smaltito e se nel caso di una persona questo può avvenire

² Il diritto alla vita sin dal concepimento viene fatto discendere dalla previsione di cui all'art. 1, c. 1, della legge 22 maggio 1978, n. 194, recante *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, stando al quale «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio». *Contra* B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, II, 1659, secondo il quale la legge n. 194/1978 riconosce solo, quale diritto soggettivo, quello alla procreazione cosciente e responsabile, essendo la tutela della maternità e della vita umana «compiti e funzioni pubbliche di riconoscimento e tutela (lex)».

³ Il diritto alla salute va riconosciuto, per espressa previsione costituzionale, anche all'individuo concepito che deve ancora diventare persona. Il legislatore costituzionale, infatti, utilizza distintamente i lemmi "individuo" e "persona": all'art. 32, primo comma, riconosce la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo, accordandola al concepito in via anticipata rispetto al momento della nascita, mentre al secondo comma, nello stabilire che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», introduce il divieto per quest'ultima di «violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» ed in effetti nella Costituzione (si veda, in particolare, l'art. 3) la persona umana viene tutelata nel suo pieno sviluppo. Si pensi inoltre alla ormai consolidata giurisprudenza la quale, assumendo che il concepito in quanto soggetto giuridico nutra una legittima aspettativa a nascere, risarcisce il danno subito dai genitori nel caso in cui il bambino sia morto al termine di una regolare gravidanza per una diagnosi colposamente tardiva dei medici o il danno conseguente alla violazione dell'obbligo da parte del medico di informare i genitori quando il bambino sia nato con malattie o malformazioni già note durante la gravidanza e non adeguatamente rappresentate alla partoriente. Si vedano, tra le tante, Cass. civ., sez. III, sent. 10741/2009, e Id., sez. III, sent. 16754/2012. E, in ogni caso, la stessa Costituzione, all'art. 31, proteggendo la maternità e dunque la madre, promuove in via indiretta la tutela del concepito.

⁴ L'art. 254 del codice civile dispone che il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio possa avvenire all'atto della nascita o anche al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento.

⁵ Il nascituro ha diritto ad ereditare (l'art. 462 del codice civile prevede che «sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione») e a ricevere beni per donazione (stando all'art. 784 del codice civile «La donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito [...]»).

⁶ Il codice civile, all'art. 1, nell'affermare che la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita, subordina proprio a questo evento i diritti che la legge riconosce a favore del concepito. A tale norma la dottrina ha fornito spiegazioni distinte: c'è chi ha fatto riferimento alla "capacità giuridica prenatale" anticipata al momento del concepimento, chi ha attribuito alla nascita funzione di coelemento perfezionativo della fattispecie, chi ha parlato di "capacità giuridica provvisoria" che si trasforma in definitiva all'atto della nascita e chi ha sostenuto che si tratti di un acquisto della capacità giuridica condizionato alla nascita con efficacia retroattiva al momento del concepimento. Per una ricostruzione completa delle diverse posizioni si veda P. VIRGADAMO, *Etica della vita e diritto civile: appunti a margine di un incontro di studio*, in *Dir. fam.*, 1, 2015, 346 ss. Non manca, comunque, chi, partendo dal presupposto dell'identità dei concetti di soggettività e di capacità giuridica, negando quest'ultima al concepito, arriva a non riconoscergli neppure la soggettività. Il riferimento è: A. FALZEA, *Capacità* (teoria generale) (voce), in *Enc. dir.*, Milano, VI, 1960, 8, e a F.S. TORTORA, *Istituzioni di diritto privato. La persona e l'ordinamento giuridico*, Roma, 1977, 140. Si legga anche G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss., il quale guarda all'embrione in modo neutro, senza qualificarlo come persona o come soggetto di diritto e astenendosi dall'attribuirgli diritti o doveri.

unicamente con la sepoltura, nell'ipotesi di un prodotto abortivo la regola è che lo smaltimento avvenga nell'ambito dei rifiuti speciali ospedalieri, essendo la sepoltura solo una eventualità.

Il regolamento nazionale di polizia mortuaria, adottato con d.P.R. n. 285/1990⁷, all'art. 7, nel definire la disciplina relativa alla sepoltura di coloro che non hanno mai avuto vita, distingue a seconda della durata della gestazione. Stabilisce, infatti, ai cc. da 1 a 3 che per i bambini nati morti debbano intervenire l'accertamento del decesso da parte del medico legale e la conseguente autorizzazione alla sepoltura nel cimitero rilasciata dall'ufficiale dello stato civile mentre per la sepoltura dei prodotti del concepimento di presunta età di gestazione inferiore alle ventotto settimane e per i feti che abbiano compiuto ventotto settimane di età intrauterina i permessi di seppellimento sono rilasciati dall'unità sanitaria locale. Il primo dato che viene in evidenza, dunque, è che mentre nel caso di un bambino che al momento della nascita risulta già essere morto la sepoltura è necessaria e deve essere autorizzata a norma dell'ordinamento dello stato civile, previa registrazione all'anagrafe⁸, nell'ipotesi del feto frutto di un aborto spontaneo, terapeutico o volontario per interruzione della gravidanza la sepoltura è solo eventuale e la pratica è avviata direttamente dalla ASL non essendo previsto l'intervento dell'ufficiale di stato civile, posto che il prodotto del concepimento non trova registrazione all'anagrafe. Al c. 4, l'art. 7 prevede infatti che, nel caso dei feti, «i parenti o chi per essi» sono tenuti a presentare, entro ventiquattro ore dall'espulsione o dall'estrazione del feto, domanda di seppellimento alla ASL, accompagnata da certificato medico che indichi la presunta età di gestazione e il peso del feto. In questa previsione sta certamente uno dei *vulnera* della disciplina: che la sepoltura possa essere richiesta non solo da quelli che sarebbero dovuti essere i genitori di un bambino che non è potuto diventare tale, ma dai «parenti» o da «chi per essi». Una decisione così delicata e personale come quella della sepoltura, che implica naturalmente il riconoscimento della vita in capo all'embrione, può essere assunta anche dai parenti, i quali, stando al combinato disposto degli artt. 74 e 77 del codice civile sono coloro che discendono da uno stesso stipite nell'ambito del sesto grado e, dunque, sono soggetti che ipoteticamente possono essere molto distanti, se non addirittura sconosciuti, dai diretti interessati. La previsione che tale decisione spetti anche a «chi per essi», offre a chiunque, senza necessità di un particolare titolo, la possibilità di avanzare richiesta di sepoltura. Sono le maglie estremamente elastiche di questa normativa che consentono alle associazioni e ai movimenti fondati a tutela della vita di chiedere e ottenere dalle aziende sanitarie i prodotti del concepimento e di farsi carico della relativa sepoltura⁹. Come è facile immaginare, peraltro, tale richiesta trova facilmente accoglimento perché la consegna

⁷ D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, recante *Approvazione del regolamento di polizia mortuaria*.

⁸ Stando all'art. 37, c. 2, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, recante *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127*, per il bambino nato morto l'ufficiale dello stato civile forma l'atto di nascita e, a margine dello stesso, fa risultare la circostanza che il bambino sia nato privo di vita.

⁹ Sono molte le associazioni che negli anni si sono occupate della sepoltura dei feti abortiti. A titolo puramente esemplificativo si citano: "Movimento per la Vita dell'Armata bianca" la quale nel sito internet informa che il seppellimento avviene su richiesta del Movimento «che impersona il "chi per essi" previsto dalla legge»; "Difendere la vita con Maria", attiva in diciannove regioni, con numerose sedi locali, afferma di aver realizzato duecentomila sepolture dal 1999 ad oggi; Comunità Papa Giovanni XXIII che si occupa di sepoltura dei feti dal 1999 ma sostiene di aver «sempre garantito il rispetto della privacy e della dignità delle mamme che non hanno dato alla luce i loro figli».

dei prodotti abortivi rappresenta per l'azienda sanitaria un notevole risparmio di risorse in termini di smaltimento dei rifiuti speciali che, in caso contrario, dovrebbe essere assicurato.

Quel che avviene, dunque, è che, mentre a prescindere dal numero di settimane di gestazione, il diritto alla sepoltura è sempre assicurato ai genitori che ne facciano richiesta, non è al contrario garantita la libertà di coloro che quella sepoltura, per qualsivoglia motivo, non la desiderino, residuando infatti la possibilità per chiunque di farne richiesta. In questa previsione normativa sta tutta l'ambiguità di una legislazione che non riesce a prendere posizione, per le delicate implicazioni etiche, sulla natura dell'embrione¹⁰. Non corrisponde, infatti, al vero, quanto affermato al momento della scoperta dell'avvenuta sepoltura dei feti ad insaputa dei genitori ovvero che ciò sarebbe avvenuto in spregio alle norme vigenti. Tralasciando per il momento, perché vi ci si soffermerà più avanti, le modalità di realizzazione della lapide e i connessi profili di violazione della normativa sulla protezione dei dati personali, il seppellimento dei feti è avvenuto *secundum legem*: nella misura in cui il d.P.R. n. 285/1990 consente a chiunque di chiedere la sepoltura dei prodotti del concepimento entro ventiquattro ore dall'espulsione, non si può imputare all'azienda sanitaria alcuna responsabilità per l'aver consentito ad una associazione no profit di effettuare l'inumazione. E d'altronde la promozione del diritto alla sepoltura sembra andare nel senso del riconoscimento del diritto alla vita fin dal momento del concepimento che, lungi dal minare i risultati conseguiti con l'adozione della legge di disciplina dell'aborto, come pure è stato affermato, pare recepire le indicazioni in questo senso provenienti dalla comunità internazionale¹¹. Né si può sostenere che il regolamento di polizia mortuaria in quanto regolamento indipendente non avrebbe potuto spingersi fino ad introdurre una tale disciplina: se è vero che le norme regolamentari non possono avere che un contenuto generale e la funzione normativa degli organi amministrativi deve avere carattere eccezionale, è anche vero che il d.P.R. n. 285/1990 ha rispettato il principio di legalità, essendo stata l'amministrazione-governo investita del potere regolamentare in materia, ed è intervenuto a regolare un ambito che non risulta coperto da riserva di legge¹². La norma primaria, infatti, nel demandare al regolamento la determinazione delle disposizioni generali per la sua applicazione, ha prefissato gli elementi atti a vincolarne il contenuto, specificando i criteri da seguire nella predisposizione della disciplina di polizia mortuaria con riferimento ai cimiteri e ai servizi che devono esservi espletati¹³. Non contiene, in verità, alcuna previsione in ordine alla sepoltura di nati

¹⁰ Mentre infatti con riferimento ai bambini qualificati come "nati morti" l'interruzione della gravidanza è equiparata alla morte, con ciò presupponendo che la vita umana sia iniziata, nel caso dell'embrione non vi è alcuna indicazione normativa in tal senso.

¹¹ Si pensi alle raccomandazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n. 874 (1979) «relative à une Charte européenne des droits de l'enfant» e n. 934 (1982) «relative à l'ingénierie génétique».

¹² Per un approfondimento sui caratteri dei regolamenti indipendenti si veda G. ZANOBINI, *Regolamento* (voce), in *Noviss. dig. it.*, Torino, XV, 1968, 239 ss.; A. CERRI, *Regolamenti* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, XXVI, 1991, 1 ss.; A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, 1995; L. VERRIENTI, *Regolamenti amministrativi* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, XIII, 1997, 47 ss.; A. IANNUZZI, *I regolamenti nella dottrina italiana fra ambiguità e sfiducia*, in *Dir. società*, 2, 2004, 195 ss.

¹³ Il regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, recante *Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie*, infatti, al titolo VI, contiene una serie di prescrizioni di carattere generale in ordine alla collocazione dei cimiteri, ai sistemi di sepoltura e al trasporto delle salme che, per trovare piena applicazione, abbisognano di essere dettagliate. Il primo regolamento attuativo è stato adottato con d.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803, *Regolamento di polizia*

morti e prodotti abortivi, per cui in senso stretto si potrebbe azzardare che vi sia stata una regolazione oltre i limiti; vi è da dire, però, che, se si ritiene di dover censurare le disposizioni dell'art. 7 perché adottate in "eccesso di delega" rispetto a quanto previsto dalla legge, si dovrebbe analogamente operare con riguardo al riscontro diagnostico sui cadaveri deceduti senza assistenza medica o per i quali sia necessario il chiarimento di quesiti clinico-scientifici o al rilascio di cadaveri a scopo di studio o ancora di autopsie e trapianti per la conservazione dei cadaveri. Non ci si può peraltro stupire del fatto che, pur nel silenzio della legge, il regolamento ne abbia integrato la disciplina: quelli citati sono tutti temi che, ignorati all'inizio del secolo scorso quando il testo unico delle leggi sanitarie è stato approvato, sono divenuti oggetto di una diversa attenzione negli anni in cui il regolamento di polizia mortuaria è stato predisposto, in ragione di una maggiore sensibilità nei confronti della ricerca scientifica, con riferimento allo studio sui cadaveri, e della destinazione dei prodotti del concepimento, in relazione alla sepoltura dei feti. E d'altronde nel 1934 la praticabilità dell'aborto volontario era fortemente limitata, costituendo anzi per lo più fattispecie penalmente sanzionata e solo eccezionalmente non punita in applicazione dell'art. 54 del codice penale, per cui non sarebbe stato possibile creare all'interno del regio decreto le precondizioni giuridiche per una disciplina del seppellimento nell'ambito del regolamento attuativo; e neppure si può obiettare che, in assenza di una predeterminazione dei criteri, il regolamento di polizia mortuaria non sarebbe dovuto intervenire in materia sia perché in un mondo che cambia con una velocità in crescita costante, nel quale gli assetti politici, sociali ed economici sono precari in quanto soggetti a mutamenti frequenti, le norme diventano presto obsolete ed è proprio per via della loro flessibilità che rimettono ai regolamenti la disciplina attuativa, sia perché, pur dovendo i regolamenti essere autorizzati da una legge specifica, è escluso che questa debba dettare anche una disciplina compiuta.

Ne consegue che nulla ostava a che il regolamento di polizia mortuaria introducesse la possibilità per i richiedenti di ottenere la sepoltura dei feti e d'altra parte tale norma non ha imposto un obbligo bensì ha integrato una facoltà. Se un "corto circuito" c'è stato, pertanto, non è a causa della previsione del diritto alla sepoltura ma dell'aver consentito a chiunque, e non ai soli genitori, la possibilità di farne richiesta. Vi è da dire, tuttavia, che nonostante i seppellimenti di cui sopra siano formalmente avvenuti nel rispetto della normativa in essere, fatti salvi i profili di lesione della riservatezza della donna di cui si dirà più avanti, è anche vero che il regolamento di polizia mortuaria sembra distante anni luce dai principi sottesi alla disciplina generale dell'azione amministrativa che pure è coeva: come noto, infatti, il diritto di accesso ai documenti amministrativi che la legge n. 241/1990 ha introdotto può essere esercitato da coloro i quali siano in grado di dimostrare un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso¹⁴; ne deriva che, per ottenere un documento che si riferisce a soggetti terzi, il richiedente debba farsi carico di un onere motivazionale rafforzato. Appare dunque paradossale che, invece, sia riconosciuta a chiunque, in assenza di alcun interesse, la possibilità di ottenere i prodotti abortivi di altri soggetti, visti i profili etici, morali e sanitari che sono coinvolti. Considerata la genericità della

mortuaria, successivamente sostituito dal d.P.R. n. 285/1990, adottato ai sensi dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, di *Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*.

¹⁴ Art. 22, c. 1, lett. b), e art. 25, c. 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

formulazione dell'art. 7 del d.P.R. n. 285/1990, le aziende sanitarie avrebbero potuto, in via interpretativa, intendere la locuzione "chi per essi" come "chiunque avanzi la richiesta per conto e in nome dei genitori", limitando nei fatti a coloro che nutrano un interesse qualificato la disponibilità del prodotto del concepimento.

Occorre in ogni caso osservare come l'impostazione statale sia stata ripresa dalla normativa regionale¹⁵ che, in molti casi, è andata anche oltre: alcune regioni, infatti, sovvertendo la logica alla base del regolamento statale, hanno stabilito un automatismo nella sepoltura dei prodotti del concepimento anche al di sotto delle venti settimane, ponendo in capo all'azienda sanitaria le relative spese¹⁶.

3. La diffusione dei dati anagrafici della madre: una palese violazione¹⁷

Ciò che invece appare inammissibile è che il seppellimento avvenga con l'indicazione dei dati anagrafici della madre. La disciplina regionale vigente stabilisce espressamente che inumazione, tumulazione e cremazione sono servizi pubblici onerosi e considera eccezionali le ipotesi di gratuità, che si registrano unicamente nel caso dell'inumazione e della cremazione e soltanto nell'ipotesi di indigenza del defunto, stato di bisogno della famiglia e disinteresse dei familiari. Se, dunque, le pratiche del seppellimento vengono realizzate con oneri a carico dell'amministrazione nel caso, tra l'altro, del disinteresse

¹⁵ Con lo scopo di dettare la disciplina di dettaglio in attuazione dei principi contenuti nel regolamento statale di polizia mortuaria o con l'intento di adeguarne le previsioni a specifiche esigenze locali, molte regioni si sono dotate di leggi di disciplina delle attività e dei servizi necroscopici, funebri e cimiteriali. Il contenuto recato dal regolamento di polizia mortuaria non attiene invero a materie riconducibili alla potestà legislativa residuale regionale, in quanto parrebbe piuttosto ricompreso nelle materie dell'ordine pubblico e della sicurezza, di competenza esclusiva statale, nonché nel governo del territorio e nella tutela della salute (per i profili legati all'esercizio delle funzioni necroscopiche), di competenza concorrente. Tuttavia, nei fatti si assiste ad una sovrapposizione della normativa statale e di quelle regionali, ancorché esse non rechino discipline sostanzialmente difformi rispetto al regolamento statale. In ogni caso, una disciplina regionale sui servizi funebri e cimiteriali è da considerarsi se non illegittima quantomeno superflua in quanto, anche considerando la materia come esclusivamente afferente alla tutela della salute (in linea con quanto contemplato in alcune leggi regionali), non appare congrua la scelta delle regioni di servirsi dello strumento legislativo, dal momento che avrebbero potuto far ricorso alla potestà regolamentare loro spettante nelle materie di potestà legislativa concorrente. Per una disamina sul punto sia consentito rinviare a B. NERI, *I servizi funebri e cimiteriali: natura giuridica e forme di gestione*, in *Munus*, 3, 2012, 606-608.

¹⁶ È il caso della legge regionale del Veneto 4 marzo 2010, n. 18, il cui art. 25, c. 2-ter, introdotto dall'art. 40, c. 2, della legge regionale 29 dicembre 2017, n. 45, prevede che ad ogni aborto, verificatosi in una struttura sanitaria accreditata, anche quando l'età presunta del concepito sia inferiore alle ventotto settimane, nel caso in cui il genitore o i genitori non provvedano o non lo richiedano, l'inumazione, la tumulazione o la cremazione è disposta, a spese dell'azienda sanitaria, in una specifica area cimiteriale dedicata o nel campo di sepoltura dei bambini del territorio comunale in cui è ubicata la struttura sanitaria. Analogamente il regolamento regionale della Lombardia 9 novembre 2004, n. 6, all'art. 11, c. 1-quater, come introdotto dall'art. 1, c. 1, lett. c), del regolamento 6 febbraio 2007, n. 1, ha stabilito che, in mancanza della richiesta di sepoltura del feto o del prodotto abortivo, si provvede in analogia a quanto disposto per le parti anatomiche riconoscibili ovvero la sepoltura avviene secondo le modalità indicate dal comune ove ha sede la struttura sanitaria presso la quale è stato effettuato l'intervento, con oneri a carico di quest'ultima.

¹⁷ Per ragioni di economia del presente scritto in questa sede si accenna ai profili legati alla mancata tutela della protezione dei dati personali della madre unicamente al fine di rintracciarne i collegamenti con la normativa specifica in materia di sepoltura dei prodotti del concepimento.

dei familiari, fattispecie alla quale potrebbe latamente ricondursi la circostanza in cui non venga richiesta da alcuno la sepoltura dei feti e dei prodotti abortivi, appare privo di qualsiasi logica che sulla lapide sia posto il nome della madre.

Probabilmente, invero, nel concreto l'avvenuta sepoltura con l'indicazione dei dati anagrafici della madre si spiega con la circostanza che il diritto al nome si acquista al momento della nascita¹⁸: quando l'associazione di promozione della vita o qualsiasi altro soggetto, ha richiesto il seppellimento del prodotto del concepimento, se la madre non gli ha dato un nome, circostanza che, stando alla normativa vigente, non è dovuta, e che peraltro è del tutto comprensibile considerata la situazione particolare in cui la donna al momento dell'espulsione del feto si trova, sia che si tratti di aborto spontaneo, terapeutico o di interruzione volontaria di gravidanza, il feto, registrato come "prodotto abortivo di..." con l'indicazione dei dati anagrafici della madre, così è stato consegnato e successivamente portato alla sepoltura.

Come noto, il regolamento europeo in materia di dati personali (c.d. GDPR)¹⁹ non prevede una particolare tutela per i dati personali delle persone decedute, che anzi non sono ricomprese nell'ambito oggettivo di applicazione della normativa, rimettendo agli Stati membri, con una clausola di salvaguardia, la possibilità di introdurre disposizioni in materia²⁰. Ribadisce, all'art. 9, il divieto di trattare dati personali che rivelino le convinzioni religiose nonché dati relativi alla salute della persona. Il codice della privacy, modificato nel 2018 al fine di recepire le indicazioni provenienti dal legislatore europeo²¹, all'art. 2-septies prevede che questi dati possano essere oggetto di trattamento solo al ricorrere di alcune condizioni previste dal GDPR tra le quali, per quanto interessa in questa sede, l'espressione di un esplicito consenso da parte dell'interessato o la necessità del trattamento da parte dell'amministrazione di riferimento per l'assolvimento degli obblighi cui la stessa è tenuta o ancora l'esigenza di tutelare un interesse vitale dell'interessato o di altra persona fisica incapace di esprimere il consenso, e comunque in conformità alle misure di garanzia disposte dal Garante per la protezione dei dati personali. Che quelli in parola siano dati personali idonei a rivelare le convinzioni religiose o la salute della persona è indubbio: anche se le lapidi poste sopra le sepolture non riportano la ragione dell'aborto e dunque nulla dicono in ordine alla eventualità che questo sia stato operato per motivi terapeutici o sia stato spontaneo, per cattive condizioni di salute della madre o del futuro bambino, o per volontà di interrompere la gravidanza, con quello che ne consegue in ordine al sentire personale e spirituale della donna, in ogni caso la presenza di una sepoltura in un'area dedicata all'interno del cimitero con l'apposizione dei riferimenti della madre dà indicazioni sul fatto che un aborto vi sia stato e che la donna si sia trovata in una condizione di delicatezza quale è quella in cui si perde un bambino, che sia per

¹⁸ Stando all'art. 6 del codice civile ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito, con l'implicita conseguenza che l'individuo che non è venuto al mondo non ha tale diritto. D'altronde la previsione del dovere di assegnare un nome alla persona tutela l'espressione dell'identità individuale e risponde alla necessità di distinguere ciascuno dal resto della collettività, cosa che non serve nel caso di soggetti non nati.

¹⁹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

²⁰ Si veda il considerando 27.

²¹ Il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, contiene il *Codice in materia di protezione dei dati personali recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento UE n. 2016/679*.

scelta o per necessità. È di tutta evidenza, dunque, che nel caso specifico un trattamento illecito dei dati personali vi sia stato non essendo riscontrabile alcuna delle basi giuridiche che l'art. 9 del GDPR ammette per il trattamento: è stato appurato come i genitori interessati non abbiano espresso il proprio consenso, non si può certo rintracciare la necessità di tutelare un interesse vitale né della madre né del feto, considerato che si tratta di prodotti del concepimento che vita non l'hanno mai avuta, ed infine, il trattamento non è sicuramente necessario per assolvere ad un obbligo dell'amministrazione tenuto conto che la norma prevede in via ordinaria lo smaltimento del feto come rifiuto speciale per la tutela dell'interesse alla salubrità dell'ambiente vantato dalla collettività.

Il legislatore italiano ha esercitato la facoltà rimessa dal GDPR per la disciplina della protezione dei dati riguardanti le persone decedute unicamente prevedendo, all'art. 2-terdecies, che il diritto di accesso ai propri dati, il diritto di rettifica di dati inesatti, il diritto alla cancellazione degli stessi (c.d. diritto all'oblio), il diritto alla limitazione del trattamento nel caso in cui questo sia illecito e il diritto di opposizione al trattamento possano essere esercitati da chi ha un interesse proprio o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione. In sostanza, fermo restando che il trattamento dei dati particolari in questione non risulta legittimo e dovrebbe essere per questo sanzionato²², la madre potrebbe comunque opporvisi, azionando anticipatamente all'evento o in un momento successivo uno dei diritti menzionati.

All'atto pratico pertanto i dati personali riguardanti persone decedute sono oggetto delle stesse tutele accordate ai dati personali di persone ancora in vita. Di questo avviso è anche il Garante per la protezione dei dati personali il quale, esprimendosi relativamente ad una richiesta di accesso generalizzato al quadro clinico di una persona deceduta²³, ha escluso che i dati sanitari possano essere soggetti alla disciplina di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013²⁴ sul presupposto che il divieto di diffusione dei dati particolari, che si sostanzia nella comunicazione a soggetti indeterminati, si applichi anche ai defunti. Ne consegue che se è illegittimo l'esercizio dell'accesso da parte del *quisque de populo* che si fa parte attiva per ottenere tali dati tanto più deve considerarsi violativa della normativa vigente la diffusione degli stessi mediante pubblicazione su una lapide a portata di chiunque.

4. Considerazioni conclusive

Esaminando nel complesso il quadro normativo è di tutta evidenza come al genitore non sia rimessa la possibilità di vietare la sepoltura del proprio feto, perché questa può essere richiesta da chiunque, ma sia consentito opporsi al trattamento dei dati particolari suoi e del prodotto del concepimento.

Occorre dunque segnalare in primo luogo l'opportunità che il legislatore riveda il regolamento di polizia mortuaria al fine di aggiornare una normativa che, ormai vecchia di trent'anni, necessita di una modernizzazione in grado di accogliere sensibilità che, all'epoca della sua adozione, ancora non c'erano. Per quanto qui interessa, è indispensabile che si intervenga con lo scopo di limitare ai soli

²² Si vedano, a tal proposito, le misure previste in materia di diritto al risarcimento e responsabilità dagli artt. 77, 79, 82 e 83 del GDPR e le fattispecie sanzionatorie di cui all'art. 166 del d.lgs. n. 196/2003.

²³ Il riferimento è al parere 2/2019.

²⁴ Il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, reca *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*.

soggetti effettivamente interessati, ossia ai genitori, la possibilità di decidere in merito al seppellimento del prodotto dell'aborto. Ed anzi, occorrerebbe disciplinare il caso in cui la madre e il padre si trovino in disaccordo: stando alla normativa vigente, infatti, se la madre rifiuta il seppellimento ma il padre lo richiede prevale quest'ultima volontà essendo sufficiente, come ampiamente illustrato, che qualcuno ne faccia richiesta perché il prodotto abortivo, anziché essere smaltito come rifiuto speciale, venga sepolto all'interno del cimitero. Seguendo un criterio di logica giuridica potrebbe essere opportuno replicare il principio che anima la legge introduttiva dell'aborto nel nostro Paese la quale, ponendo la donna al centro del sistema, riconosce esclusivamente a lei la possibilità di presentare richiesta di interruzione volontaria della gravidanza, essendo il padre sentito "ove la donna lo consenta"²⁵: in tal caso andrebbe accordata unicamente alla madre la facoltà di manifestare la volontà di dare una sepoltura al prodotto del concepimento²⁶ e d'altronde se solo la madre ha il "potere" di scegliere cosa fare del proprio (in divenire) bambino, se abortirlo o farlo crescere dentro di sé, a nulla rilevando i *desiderata* del padre che pure a quel concepimento ha contribuito, tanto più viene naturale pensare sia lei a dover decidere se dargli o meno una sepoltura, sulla scorta del proprio sentire. D'altro canto, però, se il cimitero, come anticipato, ha lo scopo di consentire alla comunità di onorare i propri defunti occorre meditare sull'opportunità che all'uomo il quale, nel caso specifico dell'interruzione volontaria di gravidanza è stato privato della possibilità di diventare padre, potrebbe lasciarsi quantomeno la consolazione di piangere sulla tomba del figlio mancato.

Ne deriva che, nelle more di una riforma del regolamento, le amministrazioni interessate, da individuarsi nell'azienda sanitaria che consegna il feto e ne autorizza la sepoltura e nella società affidataria della gestione dei servizi cimiteriali, debbano quantomeno adoperarsi per ricercare soluzioni alternative atte a pseudonimizzare i dati ovvero ad effettuarne il trattamento in modo che gli stessi non possano essere attribuiti ad un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, da conservarsi separatamente mediante misure tecniche e organizzative tali da garantire che non sia possibile risalire ad una persona fisica identificata o identificabile²⁷.

Si tratta di soluzioni che in alcuni casi sono già praticate laddove è stato previsto che sulle lapidi sia posto un nome di fantasia o un codice²⁸, e che l'abbinamento con il nominativo della madre sia effettuato unicamente sui registri cimiteriali, fermo restando che i registri conservati sia presso il servizio di custodia del cimitero sia presso l'archivio comunale i quali, oltre ai riferimenti temporali dell'inumazione, al numero arabo portato dal cippo e al numero d'ordine della bolletta di seppellimento²⁹,

²⁵ Si veda l'art. 5 della legge n. 194/1978.

²⁶ È di questo avviso B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Milano, 2017, 529.

²⁷ Si tratta della definizione offerta dal GDPR all'art. 4, par. 1, punto 5).

²⁸ È il caso del cimitero Laurentino di Roma dove nel "giardino degli angeli" dedicato alla sepoltura dei bambini mai nati i cippi, tutti uguali in marmo bianco, riportano un codice numerico sul retro e, talvolta, un nome proprio di persona. Si veda anche l'art. 7-bis, c. 2, del Regolamento della Regione Marche 9 febbraio 2009, n. 3, in tema di *Attività funebri e cimiteriali ai sensi dell'articolo 11 della legge regionale 1 febbraio 2005, n. 3*, il quale, nel precisare che per la sepoltura al cimitero non è obbligatorio indicare sull'eventuale lapide il cognome di uno o di entrambi i genitori, prevede la possibilità di scolpirvi un nome di fantasia cui, nella relativa sezione del registro cimiteriale, corrisponderà l'effettiva appartenenza anagrafica del prodotto del concepimento.

²⁹ La disciplina relativa alla compilazione e alla tenuta dei registri cimiteriali è contenuta agli artt. 52 e 53 del d.P.R. n. 285/1990.

possono riportare i dati anagrafici della madre, debbano essere resi accessibili, con riferimento ai prodotti abortivi, unicamente a coloro che vantino una situazione giuridicamente rilevante di rango almeno pari al diritto alla riservatezza dei dati cui il prodotto del concepimento si riferisce³⁰.

Focus on

³⁰ Il diritto di accesso può dunque essere esercitato nel rispetto dell'art. 60 del d.lgs. n. 196/2003 che, sostituito dal d.lgs. n. 101/2018, consente il trattamento dei dati relativi alla salute unicamente quando la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale.



Sepoltura dei feti e protezione dei dati personali

Giovanni Maria Riccio *

FETAL ABORTION REMAINS BURIAL AND DATA PROTECTION

ABSTRACT: This article, starting from a recent event that is under the inspection of the Italian Data protection authority, examines the protection of the mother's personal data with respect to the public interests to the knowledge of the identity of the mother itself and the practice.

KEYWORDS: Burial, aborted fetuses, abortion, data protection, identity of the mother

SOMMARIO: 1. Introduzione alla vicenda e principali questioni giuridiche. – 2. Protezione dei dati e posizioni giuridiche soggettive coinvolte. – 3. Cenni all'esperienza statunitense. – 4. Previsioni normative applicabili alla fattispecie. – 5. Conservazione e circolazione dei dati personali.

1. Introduzione alla vicenda e principali questioni giuridiche

La vicenda delle pratiche abortive con l'indicazione del nominativo della madre sui luoghi di sepoltura dei feti, vicenda venuta recentemente alla ribalta mediatica, offre lo spunto per riflettere sui confini e sui limiti della tutela dei dati personali rispetto a questioni che attengono alla bioetica e alla sfera di libertà dei singoli.

La vicenda è nota. Presso un ospedale romano viene eseguita un'interruzione di gravidanza terapeutica; alla donna è chiesto se avesse voluto procedere autonomamente alla sepoltura del feto e quest'ultima risponde in senso negativo. Dopo mesi, però, scopre che il feto è stato sepolto presso un cimitero romano, con l'indicazione sulla lapide del suo nome.

In effetti, i regolamenti comunali stabiliscono, ai sensi dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 7 del D.P.R. 285/90 (Regolamento Nazionale di Polizia Mortuaria), che i «prodotti del concepimento sotto le 20 settimane vengono sepolti solo su richiesta dei familiari», altrimenti sono considerati «prodotti abortivi» e «trattati come rifiuti speciali ospedalieri dalle Asl». Nel caso, invece di «prodotti del concepimento» dalla ventesima alla ventottesima settimana oppure di feti oltre la ventottesima settimana, «vengono sepolti su richiesta dei familiari o, comunque, su disposizione della ASL».

Tralasciando il lessico molto discutibile, che, al di là delle convinzioni etiche e religiose, riprende una terminologia quasi aziendalistica (prodotti, rifiuti), deve osservarsi che tali feti, in caso di mancato consenso da parte della madre, sono sepolti perché consegnati ad associazioni antiabortiste che operano su tutto il territorio nazionale. Tali associazioni effettuano a proprie spese la sepoltura le aree

* Professore associato in diritto privato comparato, Università degli studi di Salerno. Mail: gmriccio@unisa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

cimiteriali a ciò adibite (sembra che ve ne siano circa 80 in Italia): questa pratica è resa possibile dalla circostanza che «dopo 24 ore dall'aborto i genitori perdono la potestà sul “residuo abortivo”»¹.

La disciplina si presterebbe a riflessioni complesse e stimolanti sia in prospettiva civilistica² sia pubblicistica³. Tuttavia, proveremo a dedicare le nostre brevi osservazioni agli intrecci tra tali pratiche e la disciplina in materia di protezione dei dati personali, distinguendo le diverse ipotesi pratiche e la disciplina applicabile ad esse. Tenuto conto delle implicazioni extragiuridiche della vicenda, la breve analisi che segue terrà conto sia del dato positivo sia di una lettura orientata a valutazioni di politica del diritto, da un lato, e di bilanciamento tra differenti diritti fondamentali, dall'altro.

2. Protezione dei dati e posizioni giuridiche soggettive coinvolte

Il 30 settembre 2020, il Garante per la protezione dei dati personali comunicava l'avvio di un'istruttoria sulla vicenda anzidetta, allo scopo di accertare la conformità dei comportamenti, assunti da parte dei soggetti pubblici coinvolti, con la disciplina in materia di protezione di dati personali. Invero, non sembra si tratti di un problema nuovo. Nel 2015, il Comune di Recanati aveva adottato un regolamento comunale, per tutelare appieno la riservatezza, imponendo di inserire un nome di fantasia sul luogo della sepoltura, garantendo al contempo l'anonimato della madre. Allo stesso modo, il Comune di Torino ha garantito l'anonimato, attraverso l'incisione di un numero di serie e la data dell'interruzione della gravidanza, affidando a un funzionario pubblico il compito di decidere un nome di fantasia.

In prospettiva civilistica, sarebbe molto avvincente riflettere sulla “titolarità” del feto e sulla possibilità che sullo stesso sussistano situazioni giuridiche soggettive non solo in capo alla madre (ovviamente), ma altresì alla struttura sanitaria e alle associazioni che si occupano della sepoltura del feto stesso. Tuttavia, circoscriveremo le nostre riflessioni unicamente all'ambito privacy, partendo dalla circostanza che la madre protagonista del fatto di cronaca, stando a quanto riportato dalle fonti giornalistiche, aveva manifestato alla ASL la propria volontà di non voler procedere alla sepoltura del feto per motivi personali e che, solo dopo mesi, era venuta a conoscenza dell'avvenuta tumulazione, con una lapide indicante il proprio nome.

3. Cenni all'esperienza statunitense

Il dibattito sulla normativa in materia di sepoltura dei feti è molto vivace negli Stati Uniti, dove la questione è di competenza statale. In Ohio, nel dicembre 2020 è stata approvata una legge che impone alle madri di indicare la destinazione del feto in caso di aborto; nel silenzio della genitrice, le disposizioni sono indicate dalla clinica, che ha l'obbligo di scegliere tra cremazione e tumulazione⁴. Una simile

¹ Legislatura 18 Atto di Sindacato Ispettivo n° 4-04183, Senato della Repubblica, <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Sindisp&leg=18&id=1177831>.

² Cfr. le riflessioni ancora valide di P. STANZIONE, *Persona fisica (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991; F.D. BUSNELLI, *Statuto del concepito*, in *Dem. dir.*, 1988, 213; A. TRABUCCHI, *Il figlio, nato o nascituro, inestimabilis res, e non soltanto res extra commercium*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 221.

³ Cfr., per tutti, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 3° ed., Torino, 2012, 78 ss.

⁴ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a S.K. SIMON, *Can Ohio Require Burials for Embryos?*, in *Univ. Cincinnati L. Rev.*, <https://uclawreview.org/2021/03/17/can-ohio-require-burials-for-embryos/>.

proposta di legge è stata presentata in Pennsylvania, ma, nel momento in cui si scrive, non è stata ancora approvata in via definitiva.

Tali normative sono state criticate dalle associazioni per la difesa dei diritti civili, quali l'ACLU, che hanno lamentato che l'imposizione di obblighi normativi in materia di destinazione del feto potrebbe indurre molti centri sanitari a limitare le pratiche abortive.

Pare opportuno osservare, ai fini del presente scritto, che le previsioni normative degli Stati americani non sembrano interessare direttamente la materia della protezione dei dati personali, dal momento che non è previsto che il nominativo della madre sia in alcun modo coinvolto nelle procedure anzidette. Nello Stato di New York, tuttavia, si è registrato recentemente un episodio analogo a quello italiano. Difatti, sono stati resi accessibili al pubblico i registri di sepoltura dei resti fetali e i nomi delle donne collegate ad essi, sollevando numerose critiche da parte degli esperti di privacy nell'ambito medico-sanitario. Tali registri contenevano i nomi di migliaia di donne che avevano avuto aborti, tra il 1981 e il 2017, ossia dei feti sepolti presso Hart Island, nel Bronx, uno dei più grandi cimiteri pubblici del paese. L'autorità cimiteriale aveva consegnato i registri mortuari, a partire dal 2009, ad un gruppo di difesa, l'Hart Island Project, che pubblicato in rete un database per permettere ai parenti di localizzare i resti di una persona cara sepolta sull'isola. Il problema è sorto nel momento in cui ci si è accorti che il database includeva anche le sepolture dei feti e dei bambini nati morti, includendo altresì l'indicazione dell'ospedale presso il quale la gravidanza si era conclusa, nonché l'indicazione "feto di" seguito dal nome e dal cognome della madre. Il database, quindi, consentiva a chiunque, per mezzo di una ricerca per cognome, di controllare se vi fossero feti alla stessa riconducibili.

I soggetti coinvolti si sono difesi, affermando che la piena liceità dell'azione, sostenendo che la stessa fosse consentita da parte della legge e che molte madri avessero manifestato la propria gratitudine per l'iniziativa. Le associazioni per i diritti civili, al contrario, avevano manifestato la violazione della privacy, derivante dalla pubblicazione, in una vicenda così delicata, del nominativo della madre.

Ad ogni modo, la questione, prima che potesse arrivare al vaglio delle corti, è stata risolta, attuando un piano di rimozione dei nomi e cognomi delle madri.

4. Previsioni normative applicabili alla fattispecie

Il punto centrale della questione oggi sottoposta all'esame del Garante per la protezione dei dati personali può essere racchiuso nel consenso al trattamento di questi dati. L'assenza del consenso alla sepoltura determina, infatti, il diritto della madre a mantenere l'anonimato rispetto all'evento abortivo e l'indicazione del nominativo della stessa comporta una violazione anche in materia di protezione dei dati personali, che va a coniugarsi con la lesione del diritto dall'autodeterminazione femminile, scegliendo liberamente e responsabilmente in merito alle questioni inerenti al proprio corpo.

Riportare il nome della madre sul luogo di sepoltura del feto, infatti, viola, innanzi tutto, il principio di minimizzazione di cui alla lett. c) dell'art. 5 del Regolamento (UE) 679/2016, laddove si afferma che i dati personali devono essere «limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati».

Risulta evidente a chi scrive che la *pietas* manifestata nei confronti del feto che, a prescindere dalle impostazioni etiche, pare interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, non può spingersi al punto di determinare un possibile stigma sociale in capo alla madre, tenendo conto del fatto che, a prescindere dalla violazione del consenso di quest'ultima, l'indicazione della madre non appare necessario per realizzare la tutela anzidetta. Difatti, anche laddove volesse ammettersi che la stessa potrebbe, in seguito, voler conoscere il luogo di sepoltura del feto, a tale esigenza potrebbe sopperirsi riportando, come nell'esperienza degli Stati americani o in quella del Comune di Torino, unicamente un codice identificativo ad accompagnare il nome di fantasia.

In secondo luogo, l'essere stati sottoposti ad una pratica abortiva è un'informazione alle categorie cc.dd. speciali di dati personali e, in particolare, ai dati sanitari. Il Regolamento ha adottato una definizione ampia, atteso che l'art. 4 par. 15 del Regolamento Europeo 679/2016, per dati relativi alla salute, intende «quei dati personali relativi alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni circa il suo stato di salute». Il Considerando n. 35, al tempo stesso, conferma che i dati relativi alla salute sono tutte quelle informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso.

Tali informazioni, tra cui, a parere di chi scrive rientrano anche quelle relative alle vicende abortive, a prescindere dalla loro natura terapeutica, devono essere trattate soltanto per finalità connesse alla salute e, per tale motivo, il trattamento di questi dati è consentito solamente in presenza di una delle condizioni di liceità, precisate all'art. 9 del Regolamento UE 679/2016, da leggersi in combinato disposto con il Considerando n. 51. L'unica deroga tra le presenti nel summenzionato articolo, che legittimamente consentirebbe il trattamento dell'informazione relativa all'aborto della donna, è quella del consenso di cui all'art. 9 par. 2 lett. a, che sancisce che: «l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1».

Consenso quale manifestazione della volontà della donna resa in modo libero, specifico, informato ed inequivocabile e che in questo caso, ma probabilmente anche in altri, non è stato rispettato o nemmeno richiesto. Alla luce di quanto detto, non può che concludersi per l'illegittimità del trattamento dei dati della donna posto in essere che, dunque, conduce alla necessità di cancellare ogni riferimento all'identità della stessa, laddove non accordato preventivamente.

Detto consenso, è appena il caso di rilevarlo, dovrebbe poi essere preceduto da un'informativa adeguata, che spieghi non solo le finalità del trattamento del dato (ossia dell'identità della madre), ma altresì dei modi per poter esercitare i diritti dell'interessato.

L'unica deroga al consenso, per mera ragione di completezza espositiva, potrebbe essere individuata nella tutela di un interesse pubblico (art. 9, par. 2, lettera g, Regolamento (UE) e art. 2-sexies, D. Lgs. 196/2003), che, nel caso di specie, non sembra sussistere.

5. Conservazione e circolazione dei dati personali

Un ulteriore aspetto che non risulta essere chiaro nella vicenda attiene alla conservazione dei dati (e, in particolare, a quelli della cartella clinica) della paziente. È noto che alle cartelle cliniche non trovi

applicazione il diritto di cancellazione, trattandosi di documenti che hanno natura di atto pubblico: pertanto, la conservazione dei dati è perpetua per quanto attiene alle cartelle cliniche e ai pertinenti documenti e non possono essere disposti la cancellazione, il blocco o la trasformazione in forma anonima e in forma integrale dei dati registrati in tale documentazione.

Sul punto, sempre in materia di minimizzazione dei dati, già prima del Regolamento europeo, il Garante si era espresso per il divieto di accesso completo ai dati della cartella da parte dei terzi, evidenziando la necessità di una verifica volta ad appurare se i dati personali oggetto della richiesta fossero effettivamente “necessari”, pertinenti e non eccedenti al fine di far valere o difendere i diritti ritenuti equivalenti⁵. Interessante, all’interno dei provvedimenti dell’Autorità è anche il caso di una madre a cui è stato accordato l’accesso alla cartella clinica della propria neonata, nata morta, nonostante la scelta della madre stessa di non essere nominata nell’atto di nascita, al fine di poterle consentire un’indagine sulla patologia genetica di cui era affetti la minore e consentirle una scelta procreativa consapevole⁶. Risulta evidente, quindi, da questa rapida panoramica della “giurisprudenza” del Garante, che l’interesse della madre è ritenuto superiore sia ad eventuali interessi pubblici, che, lo si ripete, non dovrebbero sussistere rispetto all’indicazione del soggetto nei luoghi di sepoltura dei feti, sia rispetto ai presunti diritti del feto stesso.

Sempre con riferimento alla conservazione delle cartelle, tuttavia, è bene ricordare che le strutture sanitarie devono adottare misure di sicurezza adeguate rispetto alla *retention* di tali informazioni personali e devono predisporre misure, anche organizzative, volte ad evitare l’accesso alle informazioni non strettamente necessarie da parte di soggetti non legittimati alla conoscenza di tali informazioni. Un aspetto che dovrà essere indagato dal Garante per la protezione dei dati personali attiene ai dati che sono trasmessi dalle ASL alle associazioni di volontari che si occupano della sepoltura. In altri termini, l’assegnazione del feto andrebbe accompagnato, alla luce delle norme summenzionate, al più ad un codice identificativo che non consenta l’individuazione diretta della madre. Del resto, come si è osservato, se pare ammissibile riconoscere un interesse di tali associazioni a dare sepoltura al feto, nell’ottica del rispetto di un convincimento religioso, tuttavia tale interesse non deve concorrere e, nei fatti, ledere l’interesse della madre a rimanere anonima, in assenza di un suo espresso consenso.

Il consenso al trattamento del dato deve essere, ai sensi del Regolamento (UE), libero, inequivocabile ed esplicito, non essendo ammesso un consenso tacito o per fatti concludenti, e, come rilevato in precedenza, preceduto da un’informativa completa, che spieghi le modalità e le finalità del trattamento dei dati. La richiesta di consenso dovrebbe quindi essere chiaramente distinguibile da altre richieste o dichiarazioni rivolte all’interessato, all’interno della modulistica che viene fornita dalla struttura sanitaria.

Potrebbe però discutersi sulla revocabilità di tale manifestazione di volontà: ai sensi del Considerando 42 del Regolamento, infatti, il consenso non è liberamente espresso se non è possibile revocarlo «senza subire pregiudizio». L’art. 7, par. 3 del Regolamento stabilisce inoltre che il soggetto interessato (e, quindi, la madre nel caso di specie) «ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento».

⁵ Garante per la protezione dei dati personali, 9 luglio 2003.

⁶ Garante per la protezione dei dati personali, 5 dicembre 2013.

Sebbene tale revoca non incida sulla liceità del trattamento basato sul consenso prima della revoca stessa, deve riconoscersi il diritto della madre a ottenere, eventualmente a proprie spese, la cancellazione dell'indicazione del proprio nominativo sul luogo di sepoltura del feto.

A parere di chi scrive, infatti, il diritto all'anonimato della madre – anche se esercitato successivamente all'originaria manifestazione del consenso appare prevalente rispetto all'interesse della collettività a conoscere la vicenda abortiva del feto. L'anonimato, inteso quale diritto assoluto dell'individuo, sembra infatti faticare ancora a trovare un'autonoma collocazione nel nostro ordinamento, a differenza di quanto avviene, ad esempio, nel sistema giuridico statunitense, nel quale, da oltre un cinquantennio, la *Supreme Court* ha accordato cittadinanza a tale diritto nel caso in cui lo stesso sia strumento per tutelare i singoli da condotte discriminatorie⁷.

⁷ Cfr. *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995); *Brown v. Socialist Workers' 74 Campaign Comm.*, 459 U.S. 87, 91 (1982); *Hynes v. Mayor of Oradell*, 425 U.S. 610, 623, 628 (1976); *Bates v. City of Little Rock*, 361 U.S. 516, 522-24 (1960); *Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath*, 341 U.S. 123, 145 (1951).

Sepoltura dei feti abortiti e fattore religioso

Giovanni Di Cosimo*

BURIAL OF ABORTED FETUSES AND RELIGION

ABSTRACT: The essay deals with the case of Catholic associations which bury aborted fetuses when the parents do not give directives in this sense. The analysis focuses particularly on the role of municipalities that grant areas in cemeteries to Catholic associations. The essay supports the thesis that the relationship between municipalities and Catholic associations must respect the principle of secularism and the principle of equality.

KEYWORDS: Secularism, equality, fetuses, Catholic associations, municipalities

SOMMARIO: 1. Simboli religiosi – 2. Spazi pubblici – 3. Modalità di regolazione – 4. Messa a disposizione – 5. Laicità ed eguaglianza.

1. Simboli religiosi

I volontari delle associazioni cattoliche che danno sepoltura ai feti abortiti, mettono sulle lapidi una croce¹. In questo modo, una tematica eticamente sensibile, collegata a una questione come l'interruzione volontaria della gravidanza per la quale si registrano opzioni etiche assai divaricate², viene racchiusa all'interno dell'orizzonte simbolico cattolico.

Questo aspetto problematico emerge anche nel caso di quei comuni che pure danno sepoltura ai feti abortiti sotto una croce³. La scelta viene giustificata con la considerazione che i simboli cattolici non avrebbero soltanto un significato religioso⁴. L'argomento coglie nel segno allorché rileva che ai simboli

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata. Mail: giovanni.dicosimo@unimc.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Le associazioni intervengono nei casi in cui i genitori non abbiano fatto domanda di seppellimento (più di preciso, la domanda può prevenire dai «parenti o chi per essi»: art. 7 DPR 285/1990).

² Sulle contrapposte argomentazioni morali cfr. C. BOTTI, *Sull'aborto*, in *Iride*, 3, 2009, 549 ss. Per una ricostruzione del dibattito cfr. I. FANLO CORTÉS, *A quarant'anni dalla legge sull'aborto in Italia. Breve storia di un dibattito*, in *Politica del diritto*, 4, 2017, 643 ss.

³ Per esempio, presso il cimitero Flaminio di Roma esiste un «campo a cui sono destinati i «prodotti del concepimento» o i «feti» che non hanno avuto onoranze funebri perché sepolti su semplice richiesta dell'ASL», che «giacciono in fosse singole, contraddistinte da un segno funerario apposto da AMA-Cimiteri Capitolini, costituito da croce in legno» (AMA SpA, documento *Il giardino degli angeli*, consultabile al sito www.cimitericapitolini.it).

⁴ «A «custodire» simbolicamente l'area sono due statue di marmo raffiguranti un angelo. La scelta della simbologia dell'angelo sottende *ad un senso diffuso, non necessariamente religioso*, che associa l'immagine della prima infanzia a quella degli angeli, da sempre presenti in praticamente tutte le culture, come archetipo dell'innocenza e della purezza» (documento cit.; corsivo aggiunto).

possono essere ricondotti significati diversi, religiosi e culturali⁵. Tuttavia, trascura la decisiva circostanza che la croce, per effetto del significato confessionale che pacificamente possiede, esclude i fedeli di altre religioni e i non credenti⁶; e sottovaluta che l'ostensione di un simbolo ha sempre «lo scopo di *marcare un'identità, affermando un preciso messaggio di appartenenza*»⁷.

2. Spazi pubblici

Tutto ciò suggerisce di approfondire il ruolo del fattore religioso nella vicenda della sepoltura dei feti abortiti, circoscrivendo l'esame all'ipotesi più controversa, quella in cui le associazioni cattoliche concludono accordi con i comuni⁸. Per effetto di questi accordi, il comune assegna alle associazioni religiose la disponibilità di aree nell'ambito dei cimiteri, affida cioè uno spazio pubblico a soggetti privati connotati religiosamente.

Il complesso rapporto fra religione e spazi pubblici chiama in causa svariati principi di livello costituzionale⁹. Nel nostro caso rilevano in particolare il principio di laicità che secondo la Corte costituzionale caratterizza l'ordinamento e impone «*imparzialità ed equidistanza* rispetto a ciascuna confessione religiosa»¹⁰. E viene in considerazione pure l'eguale libertà delle confessioni religiose, di cui parla l'art. 8

⁵ A. MORELLI, *Simboli, religioni e valori negli ordinamenti democratici*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, 2006, 110. Sul labile confine fra sacro e profano nel mondo moderno rinvio alle pagine di M. ELIADE, *Il sacro e profano*, Torino, 2013, 127 ss.

⁶ Considerazione che vale per ogni simbolo religioso esposto negli spazi pubblici: G. BRUNELLI, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, 2008, 275; M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa, 2012, 249.

⁷ A. MORELLI, *Simboli, religioni e valori negli ordinamenti democratici*, cit., 107.

⁸ Le associazioni concludono inoltre accordi con le aziende sanitarie e ospedaliere per il prelievo, il trasporto e la sepoltura dei «prodotti abortivi». Anche questo profilo è piuttosto delicato, tanto è vero che una recente decisione dell'Asl Roma 4 revoca il protocollo con l'associazione «Difendere la vita con Maria», con la motivazione che l'azienda vuol rispettare la «pluralità delle convinzioni etiche e religiose dei cittadini», cosa che evidentemente non accadeva con la formulazione originaria dell'atto (del. 286/2020). Un terzo profilo controverso riguarda gli interventi del legislatore regionale che prevedono la sepoltura dei feti anche sotto le venti settimane di gestazione (cfr. M. D'AMICO, *I diritti "contesi" fra laicità e fondamentalismi*, in *StatoeChiese.it*, gennaio 2008, 4 ss., la quale rileva che un regolamento della Regione Lombardia contraria «con la l. 194, in quanto la possibilità di sepoltura del feto costituisce una grave intromissione nella sfera privata della donna, che porta con sé la colpevolizzazione delle donne che abortiscono. Nella legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, infatti, non è previsto niente di simile dal momento che questa si pone l'obiettivo di tutela fisica e psichica e di preservare la sua dignità. Inoltre, ammettere il funerale di un feto significa ammettere che sia una «persona» e questo è visto come un «primo passo verso il vero obiettivo: l'attacco alla l. 194»»).

⁹ G. DI COSIMO, *Gli spazi pubblici e la religione*, in *StatoeChiese.it*, 6, 2020.

¹⁰ Sent. 52/2016 (corsivo aggiunto). Il concetto ritorna più volte nella giurisprudenza costituzionale, per esempio allorché la Corte osserva che il «principio di laicità o non-confessionalità dello Stato [...] implica, tra l'altro, equidistanza e imparzialità verso tutte le religioni, secondo quanto disposto dall'art. 8 Cost., ove è [...] sancita l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge» (sent. 168/2005). Su questa linea si attesta recentemente anche la Corte di cassazione: «Il «principio supremo di laicità», che caratterizza in senso pluralistico la forma del nostro Stato, postula [...] un atteggiamento di quest'ultimo equidistante ed imparziale nei confronti di tutte le confessioni religiose» (Cass. civ., sez. I, ord. 7893/2020). Quanto meno paradossale (E. ROSSI, *Laicità e simboli religiosi*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI* cit., 363; A. MORELLI, *Un ossimoro costituzionale: il crocifisso come simbolo di laicità*, in *Forum di*

della Costituzione, posto che il significato confessionale dei simboli religiosi respinge quanti non si riconoscono in quella certa confessione religiosa¹¹. Vedremo come in questa vicenda sia più dubbio, invece, il ruolo della libertà religiosa.

3. Modalità di regolazione

Si arriva così alla domanda centrale relativa alla regolazione dell'utilizzo di spazi pubblici da parte delle religioni. La domanda vale per una vasta tipologia di spazi fra i quali rientrano anche le aree cimiteriali. Indicazioni sul punto si ricavano da una recente sentenza costituzionale relativa all'edilizia di culto che possiamo assumere come termine di comparazione¹². La Corte afferma che la libertà di culto comporta «un duplice dovere a carico delle autorità pubbliche cui spetta di regolare e gestire l'uso del territorio». Il primo dovere «implica che le amministrazioni competenti prevedano e mettano a disposizione spazi pubblici per le attività religiose». Secondo i giudici costituzionali questo dovere discende dal principio di laicità «da intendersi [...], non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come *tutela del pluralismo*, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo *criteri di imparzialità*»¹³.

Il secondo dovere «impone [...] che non si discriminino le confessioni nell'accesso agli spazi pubblici». Questo è un punto fondamentale perché l'adozione di certi criteri di messa a disposizione degli spazi pubblici, può implicare una violazione del divieto di discriminazione nell'accesso.

4. Messa a disposizione

La domanda va allora riformulata, nel senso che occorre verificare la ragionevolezza dei criteri che conducono alla messa a disposizione degli spazi pubblici, allo scopo di capire se vi sia stata discriminazione nell'accesso.

Nel caso dell'edilizia di culto, la disciplina legislativa che concede lo spazio in via esclusiva alla confessione religiosa, supera il giudizio di legittimità costituzionale solo se garantisce un accesso pluralistico¹⁴, tant'è vero che più volte la Corte costituzionale ha censurato strozzature nell'accesso¹⁵.

Nel caso della sepoltura dei feti abortiti non cambia la destinazione pubblica dello spazio, ma la decisione amministrativa in favore dell'associazione cattolica deve fare comunque i conti con i principi costituzionali che presidiano temi eticamente sensibili come questo. In particolare, la perdurante

Quaderni Costituzionali) è invece l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui il crocifisso sarebbe simbolo della laicità dello Stato e dell'identità nazionale (Cons. Stato, sez. VI, sent. 556/2006; Tar Veneto, sez. III, sent. 1110/2005; cfr. anche Cons. Stato, sez. II, parere 63/1988).

¹¹ De resto, anche questo principio impone equidistanza e imparzialità: cfr. N. COLAIANNI, *Trent'anni di laicità (Rileggendo la sentenza n. 203 del 1989 e la successiva giurisprudenza costituzionale)*, in *StatoeChiese.it*, 21, 2020, 63.

¹² Sent. 254/2019.

¹³ In questo passo la Corte richiama la sent. 67/2017 (corsivo aggiunto).

¹⁴ «Non è [...] consentito al legislatore regionale, all'interno di una legge sul governo del territorio, introdurre disposizioni che ostacolano o compromettano la libertà di religione, ad esempio prevedendo condizioni differenziate per l'accesso al riparto dei luoghi di culto» (sent. 63/2016).

¹⁵ Es. sentt. 195/1993, 63/2016.

destinazione pubblica dell'area cimiteriale dovrebbe rendere prudenti rispetto all'ipotesi di simboli religiosi messi a dimora da un soggetto privato connotato religiosamente. Riprendendo l'indicazione della sent. 254/2019, potremmo dire che è necessario tutelare il pluralismo secondo criteri di imparzialità.

Appare invece coerente con il principio dell'accesso pluralistico l'indicazione dell'art. 100 del dPR 285/1990, secondo cui i piani regolatori cimiteriali possono prevedere reparti speciali per i defunti delle minoranze religiose¹⁶. È importante notare che la libertà religiosa assume un rilievo ben diverso nelle due ipotesi: determinante nel caso degli spazi riservati alle minoranze religiose; marginale nel caso delle associazioni che danno sepoltura ai feti abortiti sotto un simbolo religioso. In effetti nel secondo caso non siamo in presenza di un'attività del culto (quale può essere tipicamente celebrare riti religiosi), bensì più propriamente di un'attività di volontariato ispirata religiosamente¹⁷.

Per le sue caratteristiche tale attività non è agevolmente riconducibile a quelle «prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità» di cui parla la Corte costituzionale¹⁸. Piuttosto, ha l'obiettivo di affermare (del tutto legittimamente) una determinata concezione della vita, oggetto peraltro di accese controversie sul piano etico¹⁹. L'azione associativa muove chiaramente da un giudizio negativo sulla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza²⁰.

¹⁶ Sul tema cfr. A. GIANFREDA, *Gli spazi dell'addio e del riposo eterno: interessi religiosi e regolamentazione regionale. Alcune osservazioni a partire dalla legge della regione Lombardia n. 4 del 2019*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2019, 520 ss.; F. RICCIARDI CELSI, *Pluralismo religioso, multiculturalismo e resilienza urbana: profili di diritto ecclesiastico*, in *Statoechiense.it*, 12, 2017, 22; G. CIMBALO, *Il diritto ecclesiastico oggi: la territorializzazione dei diritti di libertà religiosa*, in *Statoechiense.it*, novembre 2010, 14; P. CAVANA, *La morte e i suoi riti: mutamenti culturali ed evoluzione legislativa in Italia*, in *Statoechiense.it*, novembre 2009, 20, il quale osserva che «riti funebri e le sepolture dei defunti sono destinati a diventare in una società multietnica luogo privilegiato di affermazione della propria identità religiosa e culturale e tappa significativa verso la piena integrazione delle nuove popolazioni immigrate».

¹⁷ Prova ne sia che la citata associazione "Difendere la vita con Maria" è inserita dal 2011 nel registro delle organizzazioni di volontariato della regione Piemonte – sezione impegno civile e tutela e promozione dei diritti (ed è iscritta all'elenco degli enti di volontariato 2020 per il 5 per mille).

¹⁸ Sent. 75/1992.

¹⁹ Per una critica all'argomento anti abortista classico cfr. S. FRANCESCUTTO, *L'aborto ostacolato*, in *Il Mulino*, 4, 2017, 615; per la lettura cattolica cfr. F. D'AGOSTINO, *La legge italiana sull'aborto: una valutazione etico-giuridica*, in *Iustitia*, 3, 1996, 299 ss.

²⁰ S. BALDASSARRE, *A come aborto: la "lettera scarlatta" del XXI secolo nel Giardino degli angeli*, in *Statoechiense.it*, 6, 2021; S. BALLESTRA, *Un attacco alle donne che viene dal lontano*, in *Internazionale*, 5 ottobre 2020. Sulla difficile attuazione della legge 194 cfr. 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, *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli, 2009, 815 ss.; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011, 187 ss.; F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2015, 89 ss.; 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.; 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; 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.

Ad ogni modo, il punto non è tanto la legittimità dei fini associativi, quanto se i poteri pubblici devono assecondarne il raggiungimento mettendo a disposizione spazi pubblici.

5. Laicità ed eguaglianza

A questo riguardo, tirando le fila del discorso, si possono fissare due punti.

Il primo riguarda i principi costituzionali che presidiano una questione eticamente sensibile come questa. La scelta dei comuni mal si concilia con i contenuti del principio di laicità indicati dalla Corte costituzionale. Il comune stipulando le convenzioni aderisce alla linea ideologica dell'associazione, e quindi non è imparziale ed equidistante. E così facendo viola altresì il principio di eguaglianza fra le confessioni religiose che pure impone imparzialità ed equidistanza. È vero che secondo la sent. 254/2019 la laicità implica la messa a disposizione degli spazi, ma ciò, come abbiamo visto, vale nella prospettiva di favorire la libertà di culto e a condizione che sia tutelato il pluralismo mediante criteri di imparzialità. Mentre in questo caso siamo in presenza di un'attività volta ad affermare una linea di politica legislativa avversata da altre visioni, culturali ed etiche.

Il secondo punto riguarda i termini del bilanciamento. Se è vero quel che dicevamo, nel bilanciamento non entra la libertà religiosa ma il principio di solidarietà sociale sul quale si fonda il volontariato²¹. E proprio questo principio prevale incondizionatamente sui principi di laicità e di eguaglianza fra le confessioni religiose, dal momento che per mezzo dell'accordo il comune aderisce alla linea ideologica dell'associazione che si estrinseca in atti di volontariato. Per un assetto più equilibrato occorrerebbe che l'associazione non collochi simboli religiosi, ovvero sia non caratterizzi ideologicamente lo spazio pubblico²². Una simile previsione costituirebbe uno di quei criteri di imparzialità funzionali alla tutela del pluralismo di cui parla la Corte. Oltretutto, in questo modo, "depurato" dell'ingombrante riferimento al fattore religioso²³, affiorerebbe più limpidamente il carattere pietoso del gesto compiuto dai volontari delle associazioni²⁴.

²¹ Il volontariato costituisce «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa» (sent. 75/1992).

²² Sui rischi che un approccio ideologico comporta per la tutela effettiva dei diritti cfr. M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *Biolaw Journal*, 3, 2018, 106 ss.

²³ E a condizione che la targa non riporti il nome della donna che ha abortito, come invece accaduto in un recente caso nel quale, oltretutto, sulla lapide campeggiava anche una croce (sulla vicenda cfr. G. SIVIERO, *Perché in Italia si può seppellire un feto all'insaputa della donna che l'ha abortito*, in *Il Post*, 1 ottobre 2020; v. inoltre in questo numero della *Rivista* le riflessioni di A. IANNUZZI, *Il destino dei feti abortiti. Uno sguardo d'insieme su una questione complessa*; B. NERI, *Il seppellimento dei prodotti del concepimento nel silenzio della legge*; G.M. RICCIO, *Sepoltura dei feti e protezione dei dati personali*.

²⁴ Sulle motivazioni di parte cattolica cfr. E. MASINI, *Seppellire i non nati: un'opera di misericordia*, in *Studia Bioethica*, 1, 2017, 52 ss.

Benessere degli animali, libertà religiosa e mercato: la macellazione rituale nella giurisprudenza europea e comparata

Laura Fabiano*

ANIMAL WELFARE, FREEDOM OF RELIGION AND THE MARKET: THE RITUAL SLAUGHTER IN THE EUROPEAN AND COMPARATIVE JURISPRUDENCE

ABSTRACT: Ritual slaughter regulation involves several interests: freedom of religion expression, animal welfare, market freedom and consumer protection. The analysis of the jurisprudence on this item is meaningful of all the problems the Courts and the legislators have to confront balancing different rights. In the European context a progressive attention is arising toward the animal welfare and a consequent limitation of freedom of religion. Recently, the analysis of the European and comparative jurisprudence highlights the increasing importance given to the transparency of the production process and to the role of a well informed consumer.

KEYWORDS: Ritual slaughter, freedom of religion, animal welfare, market regulations, pluralism

SOMMARIO: 1. Pluralismo identitario e bilanciamento di valori e diritti il difficile compromesso sulla macellazione rituale nella disciplina europea – 2. La macellazione rituale nella religione ebraica ed islamica – 3. La progressiva circoscrizione della macellazione rituale nelle precedenti decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea – 4. La decisione *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.* (C-336/19) e le divergenze di vedute della Corte di giustizia rispetto all'avvocato generale Hogan – 5. Secolarizzazione dei precetti e attribuzione alle autorità religiose della sorveglianza sulle regole: il "kosher law food" nella giurisprudenza israeliana, europea e statunitense – 6. La macellazione rituale e il cibo "religiosamente conforme" all'intersezione con i diversi diritti in gioco: la trasparenza in etichetta fra neoliberalismo e diritto alla scelta consapevole.

1. Pluralismo identitario e bilanciamento di valori e diritti il difficile compromesso sulla macellazione rituale nella disciplina europea

Fra le sfide più complesse con le quali si confrontano gli ordinamenti democratici contemporanei figura la capacità degli stessi di sostenere il pluralismo identitario e culturale che connota le loro comunità sociali; difatti, rispetto al modello liberale¹, caratteristica fondamentale degli ordinamenti di matrice democratico sociale è il rifiuto delle politiche di assimilazione delle minoranze identitarie al corpo sociale maggioritario attraverso il riconoscimento della legittima differenza

* Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato; Università degli Studi di Bari Aldo Moro. Mail: laura.fabiano@uniba.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Sul rifiuto del pluralismo nello Stato liberale e sulla crisi dello stesso anche a partire da tale caratteristica si rinvia a F. MAZZARELLA, *La semplicità immaginaria, Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, ed a M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto*, entrambi in *Ars Interpretandi*, 1, 2011, rispettivamente 57 e ss. e 81 e ss.

che caratterizza le minoranze stesse cui consegue necessariamente il tentativo continuo di raggiungere un compromesso di convivenza fra identità differenziate².

La negoziazione per il raggiungimento di tali compromessi si confronta sovente con la necessità di operare un bilanciamento fra valori fondamentali che si rivela tuttavia estremamente complesso e ad esito del quale la compressione di alcuni valori e diritti può essere vissuta da coloro che sono portatori della relativa istanza come eccessiva e finanche ingiusta³. Ciò accade, spesso, perché il bilanciamento passa attraverso la preliminare interpretazione del contenuto e del senso stesso dei diritti da contemperare ed è su tali valutazioni che, di fatto, si consuma il confronto identitario⁴.

Ove il bilanciamento di valori e diritti in sede giurisdizionale (giacché in sede legislativa il principio rappresentativo innesca, o può innescare, altri meccanismi⁵) corrisponde ad una forma di applicazione, da parte del giudice, del principio di proporzionalità⁶ esso, per essere legittimo, deve essere adeguato, necessario e proporzionale ovvero il bilanciamento di un diritto fondamentale deve avvenire per la

² Cfr. su tali temi W. KYMLICKA, *Le sfide del multiculturalismo*, in *Rivista bimestrale di cultura e di politica*, anno XLVI, 370, 2, 1997, 199-217; ID., *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, trad. it. a cura di G. GASPERONI, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999; P. MENGOZZI, *Cittadinanza comune e identità nazionali e culturali*, in L. LEUZZI, C. MIRABELLI (a cura di), *Verso una Costituzione Europea*, Cosenza, 2003, II, 479 ss.; F. SAVONA, *Diritti culturali e società "glocale": una questione di riconoscimento o di giustizia sociale?*, in *Sociol. del dir.*, 3, 2009, 21-38; L. MANCINI, *Società multiculturale e diritto. Dinamiche sociali e riconoscimento giuridico*, Bologna, 2000; F. VIOLA, *Conflitti di identità e conflitti di valori*, in *Ars Interpretandi*, 10, 2005, 61-96. Sul tema si rinvia inoltre all'intero fascicolo 1 del 2012 della rivista *Ars interpretandi* dedicato al tema "Ermeneutica e pluralismo".

³ Cfr. sul tema G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992. A fronte della concezione del bilanciamento come ricerca dell'equilibrio tra principi, diritti o valori in conflitto al fine di rendere possibile la loro armonica coesistenza autorevole dottrina ha sostenuto che ciò che a volte accade realmente, quando le corti operano un "bilanciamento" di diritti o principi, non è assicurare l'armonica convivenza dei valori in conflitto, ma più semplicemente sacrificarne uno a vantaggio dell'altro trasfigurando dunque il bilanciamento (che dovrebbe essere sinonimo di "contemperamento" o "conciliazione") in "accantonamento" o "soppressione" di un diritto a vantaggio di un altro (relativamente ad un caso concreto). Cfr. R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 513 ss.; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.

⁴ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 1, 2006; ID., *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2009, 131 e ss.; ID., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008. Sul bilanciamento si rinvia anche ad A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, II, Milano, 2008, 185-204; G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.

⁵ Sull'istanza giuridica come strumento di mediazione nel processo democratico si rinvia a J. HABERMAS, *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Bari-Roma, 2013; ID., *Morale, Diritto e Politica*, Roma, 2001 spec. 5-78.

⁶ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 7, 2002, 131-144; ID., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, 16, 2003, 433-449; ID., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 10, 2005, 97-123; G. MANIACI, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in *Diritto&Questionipubbliche*, 2, 2002; J. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2000, 121-141; L. PRIETO SANCHÍS, *El juicio de ponderación*, in ID., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2003, 175-216; S. BESSON, *The Morality of Conflict, Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, 2005, 451-453; A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 131-161; G. PARODI, *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. In margine a Diritti e argomenti di Roberto Bin*, in *Diritto pubblico*, 1995, 203-223.

soddisfazione o protezione di un altro diritto fondamentale; la soddisfazione o protezione di un determinato diritto concorrente non può essere realizzata con modalità alternative meno gravose; la compressione di un diritto deve corrispondere proporzionalmente alla necessità di soddisfazione o protezione del diritto bilanciato con lo stesso (fatta salva, peraltro, tutta la più che nota giurisprudenza sul nucleo intangibile dei diritti fondamentali⁷). Tuttavia, la stima dei parametri detti (adeguatezza, necessità e proporzionalità), a propria volta, è posta in capo al giudice che effettua il bilanciamento la legittimazione della cui decisione in termini dispositivi si ancora fortemente all'argomentazione nella parte motiva della stessa. In alcune circostanze, in anni recenti, accade che il giudice faccia spesso utilizzo, in fase argomentativa, del dato scientifico⁸ il quale per propria natura dovrebbe porsi come elemento solido, in quanto razionale⁹, cui agganciare il ragionamento giustificativo della decisione. Tale approccio argomentativo presenta tuttavia delle difficoltà di utilizzo in alcuni ambiti quali ad esempio la disciplina dei margini di ampiezza e dei limiti della libertà di culto: in tali contesti la razionalizzazione scientifica di un'istanza identitaria deve essere effettuata con grande attenzione per non correre il rischio di snaturare il senso delle garanzie poste alla libertà religiosa.

Emblematica vicenda rappresentativa delle difficoltà descritte è quella postasi recentemente dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la quale, il 17 dicembre 2020, nella decisione *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.* (C-336/19), si è pronunciata in tema di protezione degli animali¹⁰ durante l'abbattimento e limiti della macellazione c.d. rituale¹¹.

La questione riguardava l'interpretazione del regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento (GU 2009, L 303, pag. 1)¹², nonché sulla validità di tale disposizione alla luce degli articoli 10 ("libertà di pensiero, coscienza e religione"), 20 (uguaglianza davanti alla legge), 21 (non discriminazione) e 22 (diversità culturale, religiosa e linguistica) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»). L'articolo 13 TFUE [in precedenza Protocollo (n. 33) sulla protezione ed il benessere degli animali (1997) allegato al TCE] sancisce che «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in

⁷ Cfr. nota 4.

⁸ Sul tema, in particolare per una riflessione sui limiti dell'utilizzo del dato scientifico in ambito giurisdizionale, si rinvia alle riflessioni di L. CORSO, *Il diritto come mediazione fra saperi distinti. Perché il diritto non ha fatto un passo indietro di fronte alla scienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 36, 2018 (ultima consultazione 25/02/2021).

⁹ Sul legame fra principio di legalità e razionalità "scientifica" cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 2011.

¹⁰ Sul tema dello status e dei diritti degli animali si rinvia a G. SETTANNI, M. RUGGI, *Diritto animale, diritto degli animali e diritti degli animali. L'auspicio di un intervento riorganizzativo del legislatore tra esigenze sociali e necessità giuridiche di sistema* e F. RESCIGNO, *gli esseri animali quali "res senzienti"*, entrambi in *BioLaw Journal* rispettivamente n. 1/2019 e n. 2S/2019. Di F. RESCIGNO si richiama altresì, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005.

¹¹ La sentenza è stata commentata da M. LOTTINI, *La macellazione rituale senza stordimento e il diritto UE*, in *federalismi.it*, 7, 10/03/2021 (ultima consultazione 11/03/2021).

¹² Sulla disciplina europea in tema di macellazione con particolare riguardo alla macellazione rituale si rinvia a R. BOTTONI, *La macellazione rituale nell'Unione europea e nei paesi membri: profili giuridici*, in A.G. CHIZZONITI, M. TALLACCHINI, *Cibo e religione. Diritto e diritti*, Roma, 2020, 273 e ss.

materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». Sulla base di tale presupposto il regolamento 1099/2009 stabilisce, all'art. 4 comma 1, che gli animali destinati alla macellazione devono essere abbattuti esclusivamente previo stordimento in quanto la perdita di coscienza e di sensibilità dell'animale, prima di qualunque attività che lo conduca alla morte, ne diminuisce il più possibile il dolore l'ansia e la sofferenza.

Il medesimo art. 4, tuttavia, al comma 4 stabilisce una deroga¹³ a tale disposto sancendo che «Le disposizioni di cui al paragrafo 1 non si applicano agli animali sottoposti a particolari metodi di macellazione prescritti da riti religiosi, a condizione che la macellazione abbia luogo in un macello». Al fine di minimizzare la sofferenza degli animali, nonostante la particolarità del tipo di tale tipo di macellazione, l'art. 5 c. 2 del regolamento prosegue affermando che

«Qualora, ai fini dell'articolo 4, paragrafo 4, gli animali siano abbattuti senza essere precedentemente storditi, le persone responsabili della macellazione effettuano controlli sistematici per garantire che gli animali non presentino segni di coscienza o sensibilità prima di essere liberati dal sistema di immobilizzazione e non presentino segni di vita prima di subire la preparazione o la scottatura».

Infine, in relazione specificatamente a tale deroga posta nell'art. 4 al comma 4, l'art. 26 del medesimo regolamento stabilisce che «Gli Stati membri possono adottare disposizioni nazionali intese a garantire una maggiore protezione degli animali durante l'abbattimento diverse da quelle contenute nel presente regolamento»¹⁴.

La questione si è posta in relazione a quanto disposto per la Regione delle Fiandre, con decreto del 7 luglio 2017 recante modifica della legge del 14 agosto 1986 relativa al benessere e alla protezione degli animali, con riguardo ai metodi ammessi per la macellazione degli animali. Il detto decreto ha infatti proceduto a modificare la normativa precedente stabilendo, all'art. 3, un obbligo generalizzato di abbattimento degli animali previo stordimento¹⁵ e specificando, al paragrafo 2 del medesimo articolo, che «Quando gli animali sono macellati secondo metodi speciali prescritti da riti religiosi, lo stordimento deve essere reversibile e la morte dell'animale non può essere causata dallo stordimento».

¹³ Sulla previsione di un regime derogatorio delle norme generali e astratte quale strumento di gestione del pluralismo identitario di matrice religiosa con particolare riguardo alla fede islamica si rinvia a A. RINELLA, *La shari'a in occidente*, Bologna, 2021.

¹⁴ Specificatamente il comma 2 punto c dell'art. 26 del regolamento 1099/2009 si riferisce alla legittimità nell'adozione da parte degli Stati di disposizioni nazionali intese a garantire una maggiore protezione degli animali durante l'abbattimento nell'ambito della «macellazione di animali conformemente all'articolo 4, paragrafo 4, e le operazioni correlate».

¹⁵ L'articolo 3 del decreto impugnato così dispone: «L'articolo 15 della medesima legge (14 agosto 1986) è sostituito dal seguente: «Articolo 15 § 1. Un animale vertebrato può essere abbattuto solo previo stordimento. L'abbattimento deve essere effettuato esclusivamente da una persona in possesso delle conoscenze e delle competenze richieste e mediante il metodo meno doloroso, più rapido e selettivo. In deroga al paragrafo 1, un animale vertebrato può essere abbattuto senza previo stordimento: 1) in caso di forza maggiore; 2) durante attività venatorie o di pesca; 3) nel contesto della lotta ai parassiti».

La detta normativa è stata impugnata da alcune associazioni rappresentative di comunità di fedeli islamici ed ebraici¹⁶ dinanzi alla Corte costituzionale Belga, con dei ricorsi di annullamento, ed il medesimo giudice costituzionale ha adito la Corte di giustizia dell'UE al fine di valutare la portata interpretativa dell'art. 26 comma 2 lettera c del regolamento 1099/2009: la questione posta verteva, in primo luogo, sulla possibilità che tale disposto consentisse l'introduzione nella macellazione rituale dello stordimento "reversibile" (attraverso l'elettronarcosi¹⁷); in caso di risposta affermativa il giudice costituzionale belga chiedeva, inoltre, se tale normativa non potesse essere tuttavia illegittima in quanto lesiva della libertà di culto dei fedeli di religione ebraica ed islamica sia sulla base del loro diritto alla libertà religiosa sancito dagli articoli 10 e 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia in quanto in violazione del principio di eguaglianza e non discriminazione.

2. La macellazione rituale nella religione ebraica ed islamica

Per comprendere il senso della macellazione rituale nella religione ebraica ed islamica occorre prima di tutto sgombrare il campo dal pregiudizio per il quale tale macellazione sia legata ad una scarsa considerazione da parte di tali credo religiosi nei confronti degli animali quali esseri senzienti¹⁸. Tutt'altro che questo, nel credo musulmano gli animali sono considerati a pieno titolo parte della *Umma* secondo quanto stabilito direttamente nel Corano («Non vi sono bestie sulla terra, né uccelli che volino con le ali nel cielo che non formino delle comunità come voi. Noi non abbiamo trascurato nulla nel Libro. Poi saranno tutti raccolti davanti al loro Signore» Cor. VI, 38) così come nella tradizione ebraica gli animali sono *nefesh chaya* (anima vivente) parte del Creato¹⁹.

Le pratiche di macellazione prescritte dai precetti di tali religioni originano, in realtà, nel profondo rispetto nei confronti degli animali i quali, in un periodo storico antecedente alla introduzione nella macellazione delle pratiche di stordimento ovvero in assenza delle competenze scientifiche e tecnologiche concernenti tali possibilità, era previsto che dovessero essere macellati utilizzando delle tecniche che ne minimizzassero le sofferenze.

Entrambe le religioni prevedono che l'animale muoia per iugulazione ovvero attraverso un taglio della gola preciso e profondo effettuato da personale competente con un coltello ben affilato. Lo sgozzamento, se eseguito nel modo corretto, dovrebbe condurre alla riduzione quasi istantanea della pressione sanguigna intracranica dell'animale che dunque perde i sensi²⁰.

¹⁶ I ricorsi sono stati proposti dal *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* (Concistoro centrale israelita del Belgio) e altri, dall'*Unie Moskeeën Antwerpen VZW*, dall'*Islamitisch Offerfeest Antwerpen VZW*, *JG, KH*, dall'*Executief van de Moslims van België* e altri, dal *Coördinatie Comité van Joodse Organisaties van België*, e da *VZW* e altri.

¹⁷ Sugli aspetti tecnici dello stordimento nella macellazione si rinvia a D. FONDA, *Dolore, perdita di coscienza e benessere animale nella macellazione convenzionale e rituale*, in A.G. CHIZZONITI, M. TALLACCHINI, *Cibo e religione. Diritto e diritti*, cit., 225 e ss.

¹⁸ Sul tema diffusamente cfr. CNB, *Macellazioni rituali e sofferenza animale*, 19 settembre 2003.

¹⁹ Genesi (1:21, 1:24).

²⁰ Sulla permanenza dello stato di coscienza dell'animale sottoposto a macellazione rituale sono stati fatti diversi studi sperimentali scientifici, che però hanno portato a conclusioni controverse e discordi. Su tali studi si rinvia a F. PEZZA, P. FOSSATI, *Le macellazioni rituali nella storia normativa*, in A.G. CHIZZONITI, M. TALLACCHINI, *Cibo e religione. Diritto e diritti*, cit., 245 e ss., spec. 253 e ss. Sugli aspetti tecnici della macellazione rituale attraverso iugulazione

Nella religione islamica (così come nella tradizione ebraica) è vietato mangiare carni di animali morti per cause naturali e, in assoluto, cibarsi di sangue (in quanto in esso si ritiene risieda l'anima dell'essere vivente): la probabile origine antropologica di tali precetti è collegata a finalità sanitarie e connessa al fatto che il consumo di tali cibi era veicolo potenziale di malattie oltre che alla maggiore capacità di conservazione della carne dissanguata rispetto a quella sanguinolenta. In realtà numerosi precetti religiosi islamici sono legati alla preservazione del benessere individuale e collettivo²¹: il divieto stesso di consumo di carne di maiale, ad esempio, è probabilmente legato al fatto che le prime comunità musulmane erano nomadi ed essendo invece il maiale un animale stanziale il divieto di alimentarsi con le sue carni corrispondeva allo scoraggiarne l'allevamento con conseguente rischio di limitazione per le comunità mussulmane nei propri spostamenti²².

È tuttavia da rilevare come un approccio interpretativo esclusivamente o prevalentemente igienicosanitario nell'analisi dei precetti religiosi rischia di essere fuorviante²³ giacché altrettanto (se non più) importanti sono le valenze simboliche ed espressive della norma religiosa il cui rispetto, per il fedele, diviene un elemento che ne connota l'identità²⁴.

si rinvia a F. ROGGERO, *Note in tema di macellazione religiosa secondo il diritto islamico*, in *Rivista di diritto alimentare*, anno X, n. 2, 2016 ed a D. FONDA, *Dolore, perdita di coscienza e benessere animale nella macellazione convenzionale e rituale*, cit., spec. 235-240.

²¹ Nel diritto islamico, la *shari'a* guida il fedele e la comunità alla più corretta condotta di vita, disciplinando tanto ciò che riguarda il rapporto tra Dio (*'ibādāt*) e l'uomo tanto quanto attiene alle relazioni intercorrenti tra gli uomini (*mu'āmalāt*). Su tali presupposti, è compito del *faqīh'* [giurisperito] qualificare qualsiasi atto umano (sia esso appartenente alle *'ibādāt* o alle *mu'āmalāt*) in una determinata categoria legale, sulla base delle fonti del diritto musulmano; così è previsto che un atto possa essere doveroso (*farḍ*), raccomandabile (*mustahabb*), permesso (*mubāh*), riprovevole (*makrūh*), proibito (*ḥarām*): Sul punto cfr. F. CASTRO (Autore), G.M. PICCINELLI (cur.), *Il modello islamico*, Torino, 2007; M. OLIVIERO, *I Paesi del mondo islamico*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 554-581.

Sulla base di tale scala di valutazione i rapporti di ogni singolo musulmano con il mondo esterno sono determinati dalla netta distinzione tra ciò che è considerato *ḥarām*, proibito, illecito, e ciò che, al contrario è *ḥalāl*, lecito e la dimensione alimentare del fedele è parte integrante di tale impostazione.

²² Peraltro il maiale è animale coprofago e questo ulteriormente faceva propendere per una valutazione circa i rischi del consumo di tale carne. Sul punto si rinvia a L. ASCANIO, *Le regole alimentari nel diritto mussulmano*, in A.G. CHIZZONITI, M. TALLACCHINI, *Cibo e religione. Diritto e diritti*, cit.

²³ Lo evidenzia con decisione E. Stradella la quale aggiunge che «La tendenza a considerare l'esperienza religiosa (esclusivamente) in questi termini è alla base di un materialismo medico, che rischia di essere particolarmente fuorviante quando le prescrizioni alimentari entrano in contatto con il diritto secolare e chiedono riconoscimento da parte del diritto positivo laico, poiché evidentemente esse assumerebbero una natura completamente diversa, e difficilmente potrebbero trovare una legittimazione pubblica fondata sulla tutela della libertà religiosa o dei diritti culturali», E. STRADELLA, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze del multiculturalismo*, in L. SCAFFARDI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, Roma, 2020, 133 e ss.

²⁴ «L'appartenenza a una confessione non si esaurisce in un moto dell'animo interiore. Non diversamente dall'identità culturale, l'identità religiosa si fonda su dati oggettivi: essa comporta l'esercizio del culto e lo svolgimento di riti e pratiche religiose che identificano quella confessione; si tratta di un fatto collettivo che si manifesta pubblicamente; l'identità di una comunità religiosa è riconosciuta come tale anche da coloro che non vi appartengono», A. RINELLA, *Pluralismo giuridico e giurisdizioni religiose alternative*, in *DPCE online*, 4, 2018, 1006 (ultima consultazione 1/3/2021).

Il nutrimento e la tradizione alimentare costituiscono dei fattori fondamentali nella costruzione dell'identità di qualunque comunità sociale (territoriale, culturale religiosa)²⁵. Il cibo (ed il suo consumo) rappresenta, sotto un certo punto di vista, un elemento profondamente aggregante per una comunità la quale si riconosce in una tradizione alimentare e culinaria e ne condivide le regole; parallelamente, la diversità alimentare (in particolare quando legata al precetto religioso) contribuisce alla costruzione o al rinsaldamento delle differenze fra comunità distinte²⁶.

Nell'approccio islamico all'alimentazione il consumo della carne animale è considerato una necessità legata alla sopravvivenza e dunque è lecito cibarsi delle carni degli animali consentiti dopo averli uccisi ma solo per il naturale sostentamento umano e secondo un attento richiamo etico-religioso dell'atto. In tale ottica (oltre che probabilmente per le ragioni sanitarie già evidenziate) gli animali di cui ci si intende cibare (sia attraverso la macellazione ma anche nella caccia) devono essere abbattuti nella consapevolezza di tale finalità (è vietato il consumo di carne di animali uccisi per ragioni diverse) e colui che è chiamato all'atto della macellazione deve necessariamente formulare l'intenzione (*niyya*) di voler compiere il rituale e deve invocare (*tasmīya*) il nome di Dio²⁷.

Tale approccio alla macellazione si lega peraltro al presupposto tipico nella filosofia islamica per il quale il musulmano, per ottenere una cosa, deve volerla, secondo la sua intenzione, (*al-niyya*) e, a ragione di ciò, ogni buon musulmano deve sempre comportarsi in modo da essere cosciente delle proprie azioni (e a tale principio si collega probabilmente il divieto di consumo di bevande alcoliche).

Vi è dunque, nella tradizione islamica, un fondamento di etica della responsabilità nel consumo alimentare che riguarda anche l'abbattimento degli animali e pertanto risulta evidente come l'origine della macellazione rituale in tale contesto religioso non ha in effetti nulla a che fare con il maltrattamento degli animali.

Riflessioni simili, *mutatis mutandis*, possono essere tratte con riguardo alla tradizione religiosa ebraica. Anche le regole alimentari collegate al consumo di carne poste nella religione ebraica possono essere collegate ad esigenze sanitarie finalizzate alla tutela della salute dell'individuo e della comunità²⁸ ed al rispetto degli animali quali esseri viventi. La liturgia che accompagna la macellazione e la pratica della

²⁵ Sul rapporto fra cultura e alimentazione in prospettiva giuridica si rinvia al volume collettaneo a cura di L. SCAFFARDI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata*, cit. Sul tema si segnalano in particolare in contributi di P. PETRILLO, *Diritti culturali e cibo, la tutela giuridica del patrimonio culturale immateriale e il ruolo dell'UNESCO* (81 e ss.) e C. PICIOCCI, *Le scelte alimentari come manifestazioni d'identità, nel rapporto con gli ordinamenti giuridici: una riflessione in prospettiva comparata* (113 e ss.).

²⁶ Cfr. A. FERRARI, *Cibo, diritto, religione, Problemi di libertà religiosa in una società plurale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15, 2016.

²⁷ «Non mangiate i cibi sui quali non sia stato nominato il nome di Dio; questo sarebbe certo perversità» (Cor. VI, 121.).

²⁸ Anche nel precetto ebraico vige il divieto di consumare carne di animale già morto per cause naturali: «Uomini santi sarete dinanzi a Me; non mangerete carne di animale sbranato nella campagna; gettatelo in pasto ai cani» (Esodo 22, 30). In un altro passo si legge: «Non dovrete mangiare alcun animale morto da sé; li darai allo straniero che abita presso di te e li mangerà, oppure li venderai allo straniero perché tu sei un popolo consacrato al Signore tuo Dio» (Deuteronomio 14.21). Sul tema si rinvia a J. SOLER, *Le ragioni della Bibbia: le norme alimentari ebraiche*, in J.L. FLANDRIN, M. MONTANARI (a cura di), *Storia dell'alimentazione*, Roma, 2016.

caccia nella religione ebraica ha in effetti delle valenze simboliche volte a depurare un atto di per sé illecito quale è uccidere un essere vivente²⁹.

Nella Bibbia si rinviene un'iniziale preferenza per l'alimentazione vegetariana³⁰ e una successiva concessione da parte di Dio agli uomini della possibilità di cibarsi di carni di animale: l'introduzione di un'alimentazione carnivora è documentata soltanto dopo il Diluvio³¹, vale a dire dopo la constatazione dell'istinto al male proprio dell'essere umano. Le norme sul consumo della carne animale si definiscono poi nel Levitico, quando alla separazione tra i popoli, con il riconoscimento da parte di Dio, nel popolo ebraico, attraverso Mosé, del popolo con il quale si conclude l'alleanza, l'unico popolo eletto, corrisponde una separazione tra gli animali, consentiti e proibiti, a livello alimentare³².

La macellazione rituale secondo il precetto ebraico deve avvenire "con rispetto e compassione" per mano di uno *shochet* (un ebreo religioso che abbia ricevuto la rispettiva licenza e sia stato appositamente addestrato) e l'animale sottoposto ad abbattimento deve arrivare al momento della morte per dissanguamento integro ed in piena salute.

Le procedure della macellazione rituale nelle tradizioni religiose islamica ed ebraica hanno dunque fra le proprie ragioni d'origine il tentativo di regolare l'abbattimento animale secondo norme che al

²⁹ Anche alcune regole imposte nell'attività di caccia sarebbero collegabili a tale finalità. Ad esempio e per la cacciagione e per i quadrupedi selvatici per i quali è esclusa la *shechitah*, è previsto il rito della copertura del sangue (*kissùy*), che consiste nell'occultamento del liquido fuoriuscito dall'animale con della terra, perché sia sottratto alla vista dell'uomo. Tale procedura, che simula una sorta di sepoltura simbolica dell'animale, trova una spiegazione nella necessità di celare l'azione non lecita compiuta dall'uomo, qual è l'uccisione di un essere vivente, utilizzando la terra, segno della possibilità di far germogliare, seppure in forma diversa, una nuova vita così da non interrompere il ciclo naturale. Cfr. S. DAZZETTI, *Le regole alimentari nella tradizione ebraica*, in A.G. CHIZZONITI, M. TALLACCHINI, *Cibo e religione. Diritto e diritti*, cit., 87 e ss. Al monito collegato al compimento di un atto empio necessario per procacciarsi la carne si fa risalire anche il divieto di consumare il grasso degli animali e quello di cucinare la carne con il latte «contemplato nella *Toràh*, che per ben tre volte proibisce di cucinare "il capretto nel latte di sua madre" (Libro dell'Esodo, XXIII,19 e XXXIV, 26 e Deuteronomio, XIV, 21). Per molti interpreti la ratio di questa proibizione non è chiara. Secondo taluni prevarrebbe un intento pedagogico, per scongiurare l'aberrazione implicita nell'atto di cucinare il figlio nel latte materno, per altri il significato di condanna per analogia dell'incesto. Non manca poi chi ascrive anche tale proibizione al principio alimentare di carattere generale che prescrive di non mescolare mai generi diversi. A questo stesso proposito si segnala una lettura ebraica di ispirazione mistica che, mentre riconosce nel latte l'alimento per eccellenza reperibile in natura senza azioni violente, al contrario concepisce la carne come il frutto di un processo anche culturale, qual è l'allevamento o la caccia degli animali, ma soprattutto ravvisa in essa quel prodotto di cui è possibile disporre solo in forza di un atto omicida da parte dell'uomo. Nel tener separato il consumo di questi due alimenti si intende allora rimarcare la necessità di non confondere i valori, tenendo sempre distinto quello che è lecito da ciò che non lo è»; cfr. S. DAZZETTI, *Le regole alimentari nella tradizione ebraica*, cit., 100-101.

³⁰ Tale opzione viene fatta risalire al passo della Bibbia nel quale si legge: «Dio disse: "Ecco, io vi do ogni erba che produce seme, che è sulla tutta la terra e ogni albero in cui è il frutto d'albero, che produce seme: saranno il vostro cibo"» (Genesi I, 29). Sul punto si rinvia a S. DAZZETTI, *Le regole alimentari nella tradizione ebraica*, cit., 96.

³¹ Genesi IX, 3-4 "Tutto ciò che si muove e dà vita vi servirà di cibo; io vi do tutto questo come l'erba verde; ma non mangerete carne con la sua vita, cioè il suo sangue".

³² E. STRADELLA, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze del multiculturalismo*, cit. 136 la quale aggiunge «Da questo punto di vista sembra potersi identificare un approccio unitario all'alimentazione che tiene insieme l'elemento della purezza, e quello della distinzione/separatezza, che si traduce nella separazione del popolo (eletto) dagli altri, così come nella separazione delle specie consentite da quelle non consentite, e della individuazione delle prime attraverso la loro netta appartenenza e riconducibilità ad un elemento naturale, ad una modalità con cui l'essere vivente può relazionarsi con il suo habitat».

momento della loro enucleazione garantivano il più possibile il rispetto degli animali stessi. Tuttavia lo scorrere dei secoli e l'evoluzione storica, sociale, scientifico-tecnologica e delle richieste del mercato hanno condotto a che la macellazione rituale allo stato odierno sia considerata meno garantista nei confronti della tutela degli animali rispetto alla macellazione non rituale.

Il contrasto fra tali valori ha condotto nella dimensione europea a diverse pronunce giurisdizionali le quali hanno condotto ad una progressiva limitazione della portata della libertà religiosa a favore di una legislazione maggiormente garantista nei confronti del benessere animale.

3. La progressiva circoscrizione della macellazione rituale nelle precedenti decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di macellazione rituale si snoda attraverso due fondamentali decisioni assunte dalla *Grande Chambre* nel 2018 (Sentenza nella causa C-426/16 *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e a. / Vlaams Gewest*) e nel 2019 (causa C-497/17 *Oeuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA) contro Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation e a.*)³³.

La decisione C-426/16 origina anch'essa da una questione sorta dinanzi ad un giudice belga, il *Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel* (Tribunale di primo grado).

Nella regione delle Fiandre ogni anno, e per tre giorni consecutivi, veniva (e viene tuttora) celebrata la festa musulmana del sacrificio (*Aid-el-Adhain*) che vede i fedeli adempiere al dovere religioso di macellare o far macellare, preferibilmente il primo giorno della festa, un animale, la cui carne viene poi consumata in famiglia e distribuita tra i poveri, i vicini e i familiari più lontani. A partire dal 1998, con l'aumento della richiesta di animali macellati ritualmente le competenti autorità nazionali erano solite autorizzare, nei giorni della festa, l'uccisione rituale senza stordimento in locali solo temporaneamente adibiti alla macellazione. Tuttavia, il 12 settembre 2014, il Ministro delle Fiandre competente per il benessere degli animali aveva assunto una decisione in base alla quale, a partire dal 2015, non sarebbero più state rilasciate autorizzazioni riguardanti i locali temporaneamente adibiti alla macellazione rituale durante la festa. Ciò in quanto tali autorizzazioni erano considerate contrarie alla normativa europea in base alla quale gli animali sottoposti in via derogatoria alla macellazione rituale devono essere abbattuti esclusivamente in macelli che soddisfino i requisiti definiti nel regolamento n. 853/2004.

³³ Cfr. S. PITTO, *La compatibilità tra macellazione rituale e indicazione di origine biologica fra libertà religiosa e tutela dei consumatori*, in *Dpce on line*, 2, 2019; C. FINCARDI, *Divieto di macellazioni rituali senza previo stordimento per il settore biologico*, in *Eurojus*, 2, 2019, 97 e ss.; R. SALJA, *Macellazione rituale e produzione biologica in un caso deciso dalla Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto alimentare*, Anno XIII, 4, ottobre-dicembre 2019, 64 e ss. In generale sul tema del benessere animale nell'industria agroalimentare si rinvia all'intero fascicolo 1 del 2018 della Rivista Agricoltura Istituzioni Mercati di cui si segnalano in particolare i contributi di I. CANFORA, *Irene Canfora, (Editoriale). Le imprese alimentari e la protezione del benessere animale nelle società multiculturali*, 5 e ss.; M TALLACCHINI, *Animal welfare: un percorso tra scienza, mercato, etica, diritto e democrazia*, 11 e ss.; G. BOZZO, R. BARRASSO, I. CANFORA, G. TANTILLO, *Animal treatments during slaughter and reflections on food characteristics (I trattamenti degli animali durante la macellazione e i riflessi sulle caratteristiche degli alimenti)*, 83 e ss.; G.V. FICCO, *I controlli sul benessere animale nell'industria delle carni*, 99 e ss.

Nella decisione *Liga van Moskeeën* La Corte di giustizia ha stabilito che il vicolo posto dalla normativa europea per la macellazione rituale consistente nel richiede che essa avvenga esclusivamente nei macelli che rispondano a requisiti di idoneità non si traduce in alcun modo in un divieto della prassi della macellazione rituale nell'Unione, quanto, al contrario, rappresenta concreta attuazione all'impegno positivo del legislatore dell'Unione di consentire la prassi della macellazione di animali senza previo stordimento.

La Corte ha posto in evidenza come l'obbligo di effettuare la macellazione rituale in un macello riconosciuto ha come fine esclusivo organizzare e regolamentare, da un punto di vista tecnico, il libero esercizio della macellazione senza previo stordimento a fini religiosi e dunque tale regolamentazione tecnica non può essere, di per sé, considerata limitazione del diritto alla libertà di religione dei musulmani praticanti.

Nella sentenza viene inoltre sottolineato come la normativa europea sia una forma di bilanciamento fra l'esigenza di rispettare l'osservanza dei metodi particolari di macellazione prescritti dai riti religiosi con quella delle principali norme stabilite dai regolamenti dell'Unione riguardo alla protezione del benessere degli animali durante l'abbattimento e della salute dei consumatori di carne animale³⁴.

Tali considerazioni della Corte non erano condivise, per la maggior parte, dall'avvocato generale Wahl il quale, in più punti delle proprie conclusioni, aveva invece evidenziato come non fosse provato che la macellazione non rituale con stordimento potesse in effetti garantire una morte meno dolorosa o spaventosa per gli animali sottoposti ad abbattimento³⁵. L'avvocato generale era tuttavia anch'egli approdato alla conclusione per la quale «non emerge alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della normativa europea» ma sulla base di ragioni diverse da quelle cui sarebbe giunta la Corte ovvero in quanto

³⁴«Come già rilevato dalla Corte, l'importanza del benessere degli animali ha dato luogo, in particolare, all'adozione da parte degli Stati membri del protocollo n. 33, a norma del quale l'Unione e gli Stati membri devono tenere pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione (v., in tal senso, sentenze del 19 giugno 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers e Andibel*, C-219/07, EU:C:2008:353, punto 27, nonché del 23 aprile 2015, *Zuchtvieh-Export*, C-424/13, EU:C:2015:259, punto 35). È in tale contesto che il legislatore dell'Unione ha ritenuto che, per evitare sofferenze eccessive e inutili agli animali abbattuti senza previo stordimento, ogni macellazione rituale debba essere effettuata in un macello che rispetti i requisiti tecnici previsti dal regolamento n. 853/2004. Infatti, come enunciano in sostanza i considerando 43 e 44 del regolamento n. 1099/2009, è soltanto in tale tipo di macello che è possibile, in particolare, immobilizzare tali animali individualmente e con strumenti meccanici adeguati e tener conto dei progressi «in ambito scientifico e tecnico» compiuti in materia, riducendo al minimo le loro sofferenze» (Sentenza C-426/16, 64-65).

³⁵ «Nulla consente di escludere che una macellazione senza stordimento effettuata in buone condizioni possa rivelarsi meno dolorosa per gli animali rispetto ad una macellazione con previo stordimento effettuata in condizioni in cui, per evidenti ragioni di redditività e tenuto conto della considerevole industrializzazione del settore della produzione di alimenti di origine animale, lo stress e la sofferenza subiti dagli animali al momento dell'abbattimento vengono aggravati. Con il rischio di dover ricordare una cosa ovvia, tutte le forme di abbattimento sono per natura violente e, di conseguenza, problematiche dal punto di vista della sofferenza animale. Sulla scorta di numerosi studi e indagini, personalmente, non sono convinto che il ricorso ai macelli riconosciuti costituisca sempre una protezione assai efficace contro la sofferenza animale, che, di per sé, giustificherebbe una limitazione della libertà di religione», Conclusioni dell'avvocato generale Nils Wahl, Causa C-426/16, 107-109.

«pare che i ricorrenti nel procedimento principale intendano in realtà rivendicare un'attenuazione delle norme e dei requisiti sanitari applicabili nel settore degli alimenti di origine animale, poiché essi sono restii ad accollarsi i costi che comporta il rispetto di tali requisiti»³⁶.

Nel 2018 la Corte di giustizia e l'avvocato generale Wahl tornano a confrontarsi con il tema della macellazione rituale (senza stordimento preventivo) in una causa la quale, tuttavia, è meno centrata sulla libertà religiosa³⁷ quanto verte invece sui temi della tutela del consumatore e della trasparenza del processo produttivo.

La decisione veniva resa ad esito di una domanda di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 TFUE promossa dalla *Cour administrative d'appel de Versailles* nell'ambito di un procedimento instaurato da un'associazione francese specializzata nella promozione della tutela degli animali da abbattimento. Detta associazione sostanzialmente contestava la pubblicità e la vendita di un celebre marchio francese di carni bovine certificate «*halal*» recante altresì la dicitura di prodotto biologico UE.

La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte verteva sul quesito se, sulla base della normativa europea rilevante, fosse possibile autorizzare o meno il rilascio dell'etichetta europea di provenienza da «Agricoltura Biologica» (AB) per le carni ottenute con macellazione rituale senza stordimento preliminare.

Il corretto inquadramento della problematica sottoposta alla Corte richiede di porre in evidenza il fatto che se vi è una diretta corrispondenza (secondo la disciplina in vigore) tra carne ottenuta con abbattimento senza stordimento previo e macellazione rituale (ex art. 4 c. 4 reg 1099/2009), tuttavia non è vero l'inverso ovvero non tutta la carne prodotta secondo i riti della macellazione rituale è necessariamente ottenuta con abbattimento senza stordimento preventivo e questo vale in particolare per la carne halal giacché mentre la macellazione ebraica sembra più rigida sul punto³⁸, il rito islamico ammette, secondo alcune correnti religiose, la possibilità di alcune forme di stordimento preventivo degli animali (quale ad esempio l'elettronarcosi).

La decisione assunta dalla Corte si appunta dunque non sulla macellazione rituale di per sé quanto solo su quella ove non si utilizza lo stordimento preventivo.

Nella motivazione della sentenza la Corte parte dal presupposto per il quale la normativa europea prescrive una tutela rinforzata del benessere animale nel settore "AB"³⁹ e, sulla base di questo, stabilisce che la fiducia dei consumatori rispetto agli alimenti biologici e ai loro standard di qualità (del

³⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Nils Wahl, Causa C-426/16, 139.

³⁷ Come evidenzia l'avvocato generale Wahl «se si dovesse concludere che la macellazione rituale in assenza di stordimento sia vietata nel contesto dell'agricoltura biologica, i cittadini di confessione ebraica o musulmana potrebbero sempre procurarsi carne kasher o halal e, pertanto, non sarebbe colpita l'essenza stessa del diritto di religione», punto 40 delle Conclusioni dell'avvocato generale, Causa C-497/17.

³⁸ Secondo il precetto ebraico gli animali sottoposti a macellazione rituale devono essere integri al momento dell'abbattimento. Lo stordimento è considerato pertanto un'alterazione di tale condizione.

³⁹ «[S]ottolineando più volte la propria volontà di assicurare un elevato livello di benessere animale nel contesto dell'agricoltura biologica, il legislatore dell'Unione ha inteso mettere in evidenza che tale modo di produzione agricola è caratterizzato dall'osservanza di norme rinforzate in materia di benessere degli animali in tutti i luoghi e in tutte le fasi di detta produzione in cui sia possibile migliorare ulteriormente tale benessere»; punto 38, causa C-497/17.

prodotto e del processo produttivo)⁴⁰ richiede che agli stessi non possa essere venduta della carne che, eventualmente a loro insaputa, è stata sottoposta a macellazione rituale senza stordimento preventivo⁴¹.

Di parere discorde è l'avvocato generale Wahl il quale sottolinea, nelle proprie conclusioni, come nella normativa inerente il processo produttivo biologico non si faccia alcun riferimento alla macellazione rituale o a quella senza stordimento e ritiene che tale circostanza non vada interpretata come una sorta di lacuna normativa da colmare in via interpretativa (come infine fa la Corte) ma come una scelta consapevole del legislatore europeo di non escludere tale tipologia di prodotti dal mercato biologico⁴². Ciò tuttavia partendo dal presupposto, che la Corte chiaramente dimostra di non condividere, per il quale il regime derogatorio applicabile alla macellazione rituale non implica che esso ignori il benessere animale⁴³.

La decisione della Corte è stata criticata in quanto esplicitando in via esegetica «un ulteriore requisito del processo produttivo per l'accesso alla certificazione "AB" rappresenta un'indubbia discriminazione nei confronti della produzione religiosamente orientata e rischia di produrre un disincentivo nel mercato alimentare alla produzione di alimenti *kosher* e *halal* e dunque, indirettamente, una limitazione

⁴⁰ Cfr. considerando 3, Regolamento (CE) n. 834/2007 del Consiglio, del 28 giugno 2007, relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici e che abroga il regolamento (CEE) n. 2092/91.

⁴¹ Il tema dell'informazione al consumatore sul metodo di macellazione utilizzato riguarda peraltro anche il mercato non biologico. Cfr. a proposito la relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni alimentari ai consumatori (COM(2008)0040 – C6-0052/2008 – 2008/0028(COD)) ove l'emendamento 205 propone l'etichettatura specifica riguardante tale tipo di macellazione. Con la motivazione «La normativa UE consente di macellare gli animali senza stordirli in precedenza, al fine di fornire prodotti alimentari a determinate comunità religiose. Una percentuale di tali carni non è venduta a musulmani o ebrei, ma immessa sul mercato generale e può essere acquistata accidentalmente da consumatori che non vogliono comprare carne ottenuta da animali non sottoposti a stordimento. Nel contempo, gli aderenti a determinate comunità religiose chiedono esplicitamente carne macellata in conformità ai propri principi. È quindi opportuno informare i consumatori che determinate carni provengono da animali che non sono stati storditi, in modo da consentir a ciascuno di operare una scelta informata in base alle proprie convinzioni etiche». Più recente è la Petizione n. 0039/2017, presentata da Götz Solmos, cittadino tedesco, sull'introduzione dell'obbligo di etichettatura per le carni provenienti da animali macellati senza essere stati prima storditi. La risposta di diniego della Commissione a tale petizione motivava facendo riferimento ai costi aggiuntivi e dunque all'innalzamento dei prezzi connessi a tale tipo di etichettatura.

⁴² «Tuttavia, si deve constatare che, sebbene la normativa di riferimento sia relativamente dettagliata per quanto attiene alle condizioni di stabulazione [...] e di allevamento [...] degli animali che l'agricoltura biologica deve soddisfare, in quanto enuncia norme che vanno ben al di là delle norme europee applicabili alla cosiddetta agricoltura convenzionale, essa rimane relativamente silenziosa sulle norme applicabili alla macellazione degli animali. In particolare, nessuna disposizione di detto regolamento vieta in quanto tale la macellazione in assenza di stordimento. L'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), sub viii), del regolamento n. 834/2007 si limita ad enunciare che "agli animali sono risparmiate il più possibile le sofferenze, comprese le mutilazioni, nel corso dell'intera vita dell'animale, anche al momento della macellazione". Un simile silenzio del regolamento n. 834/2007 nonché del suo regolamento di applicazione n. 889/2008 sulle modalità di macellazione, a mio avviso, non può che essere interpretato come indicante che, in proposito, è fatto rinvio alle norme generali che disciplinano l'abbattimento degli animali, in particolare a quelle applicabili agli animali allevati o detenuti per la produzione di alimenti previste dal regolamento n. 1099/2009»; punti 67-69 opinioni avvocato generale Wahl, causa C-497/17.

⁴³ Punto 78 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl, causa C- 497/17.

della libertà religiosa nella sua manifestazione attraverso l'osservanza dei precetti religiosi alimentari»⁴⁴.

Diversamente, a parere di chi scrive, pur nella consapevolezza che la decisione costituisca una forma di limitazione nell'accesso al mercato biologico per le carni "religiosamente prodotte" (spingendo indirettamente almeno la produzione *halal* verso l'introduzione di sistemi di stordimento) si ritiene che, se si condivide con la Corte il presupposto per il quale la macellazione preceduta dallo stordimento rappresenta una forma di tutela del benessere animale, è conseguenza intrinseca che tale requisito sia richiesto per un processo produttivo che richiede i più alti standard di qualità di produzione.

4. La decisione *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (C-336/19)* e le divergenze di vedute della Corte di giustizia rispetto all'avvocato generale Hogan

La complessità della decisione correlata alla causa *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*⁴⁵ è evidenziata dal fatto che in tale vicenda giurisdizionale la Corte di Giustizia e l'Avvocato generale (Gerard Hogan) approdano a conclusioni opposte⁴⁶ giacché la Corte di Giustizia ha concluso per la legittimità della scelta normativa del legislatore belga a fronte dell'opinione dell'avvocato generale Hogan il quale ha ritenuto che il decreto impugnato, prevedendo una forma di stordimento degli animali precedente all'abbattimento (qualunque essa sia), disponga delle misure incompatibili con la deroga posta nell'art. 4 c. 4 del regolamento 1099/2009 a tutela della libertà di espressione religiosa di alcune comunità di fedeli.

Nella vicenda processuale in oggetto il giudice adito si trova a dover interpretare il bilanciamento di valori adottato dal legislatore UE nel regolamento sulla protezione degli animali durante l'abbattimento: la natura compromissoria della deroga circa la macellazione rituale posta nel comma 4 dell'art. 4 del detto regolamento è insita nella sua stessa previsione quale contemperamento fra tutela del benessere animale ed esigenze di credo di alcune comunità religiose.

Nella sentenza⁴⁷ la Corte di Giustizia richiama quanto disposto dalla Corte Edu nella decisione *Sas v France*⁴⁸ ove il giudice di Strasburgo afferma che nelle questioni ove la divergenza di opinioni è particolarmente significativa il punto di vista del decisore nazionale dovrebbe essere particolarmente valorizzato in quanto maggiormente in grado di interpretare il compromesso possibile sul proprio territorio. Questo approccio "in sussidiarietà" è, del resto, quello che già ha guidato, a suo tempo, l'autorità

⁴⁴ E. STRADELLA, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze del multiculturalismo*, cit., 133 e ss. spec. 152.

⁴⁵ *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, C-336/19 del 17 dicembre 2020.

⁴⁶ Se tale circostanza costituisce una spia della complessità dei casi sottoposti alla Corte risulta evidente come l'intera questione attinente alla macellazione rituale costituisca un ambito di difficile bilanciamento ove si consideri che anche nelle vicende precedenti, come si è già evidenziato, si sono registrate delle divergenze di vedute fra Corte e avvocato generale in termini di dispositivo o di motivazione. presenta dei tratti così peculiari da non avere in realtà veri e propri equivalenti negli Stati membri. Su ruolo e funzioni dell'avvocato generale cfr. F.G. JACOBS, *Advocates General and Judges in the European Court of Justice: Some Personal Reflections*, in D. O'KEEFE, *Liber Amicorum Slynn*, The Hague, 2000, 17 ss.; cfr. altresì C. IANNONE, *L'avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, 1, 129.

⁴⁷ Punto 67 della decisione C-336/19.

⁴⁸ Corte EDU, 1 luglio 2014, *S.A.S. c. Francia*, CE:ECHR:2014:0701JUD004383511, §§ 129 e 131.

legislativa che aveva adottato il regolamento 1099/2009: ciò è sottolineato al considerando 18 del regolamento ove si afferma che

«Poiché le norme [del diritto dell'Unione] in materia di macellazioni rituali sono state recepite in modo diverso a seconda del contesto nazionale e considerato che le normative nazionali tengono conto di dimensioni che vanno al di là degli obiettivi del presente regolamento, è importante mantenere la deroga allo stordimento degli animali prima della macellazione, concedendo tuttavia un certo livello di sussidiarietà a ciascuno Stato membro. Il presente regolamento rispetta di conseguenza la libertà di religione e il diritto di manifestare la propria religione o la propria convinzione mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti, come stabilito dall'articolo 10 della [Carta]».

Sulla scorta di tale considerando la Corte interpreta il tessuto normativo posto nel regolamento 1099/2009 come un articolato di norme che pone una regola (divieto di abbattimento animale senza previo stordimento) ed una "possibile" eccezione (la deroga per le macellazioni rituali) dalla quale tuttavia uno Stato può sottrarsi, qualora sia in grado di adottare norme in grado di contemperare il principio di libertà di religione e la tutela degli animali in modo più efficace. La valorizzazione del principio di sussidiarietà nell'interpretazione del regolamento consente così alla Corte di valutare la normativa Belga chiedendosi se essa sia legittima in quanto non oppressiva sproporzionatamente rispetto al diritto alla libertà religiosa delle comunità che utilizzano la macellazione rituale.

L'avvocato generale interpreta diversamente il margine di sussidiarietà concesso agli Stati membri (sulla base del considerando 18) ove considera che il regolamento sia da considerare una normativa che pone una regola ed una eccezione e ritiene che la possibilità per gli Stati di adottare normative più garantiste nei confronti degli animali non può derogare a tale rigoroso schema.

Dunque, secondo la Corte la valutazione in termini di bilanciamento fra i valori contemperata nell'art 4 c. del regolamento 1099/2009 può trascenderne il compromesso posto che il medesimo regolamento autorizza gli Stati a prevedere soluzioni diverse mentre l'avvocato generale considera che l'opera di bilanciamento fra diritti contrapposti è materia di valutazione del legislatore ed è nel rispetto dello schema regola/eccezione posto dal regolamento che gli Stati possono introdurre soluzioni migliorative per la tutela degli animali (esemplificativamente l'avvocato generale ipotizza che gli Stati possano prevedere l'obbligo della presenza di un veterinario durante la macellazione rituale o l'obbligo della messa a disposizione degli operatori di un coltello di riserva qualora il primo, in qualche modo, si riveli inefficace per lo sgozzamento dell'animale).

Una volta valutata la legittimità dell'azione statale nel prendere in considerazione strade alternative al bilanciamento posto nel regolamento dell'Unione la Corte procede a stimare la legittimità delle scelte del legislatore nazionale entrando nel merito del bilanciamento da questi effettuato. Anche su tale tema si consuma il contrasto in termini esegetici fra la Corte di Giustizia e l'avvocato generale nella misura in cui la Corte valuta la normativa impugnata come rispettosa della libertà religiosa di musulmani ed ebrei (i quali esigono di nutrirsi di carne macellata con animali morti per dissanguamento)⁴⁹ e

⁴⁹ «dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che, per i ricorrenti nel procedimento principale, la macellazione rituale risponde a specifici precetti religiosi che richiedono sostanzialmente che i credenti consumino soltanto carne di animali macellati senza previo stordimento, al fine di garantire che essi non siano sottoposti ad alcun processo tale da comportare la morte prima della macellazione e che si svuotino del sangue» punto 54 sentenza C- 336/19.

richiama, in relazione a questo, quanto già valutato dal legislatore fiammingo nei lavori preparatori alla normativa impugnata ovvero che evidenze scientifiche dimostrano che lo stordimento “reversibile” non conduce alla morte dell’animale sottoposto a tale trattamento e dunque non interferisce nella sua morte per dissanguamento⁵⁰. Nell’effettuare tale percorso argomentativo la Corte effettua uno sforzo estremo di razionalizzazione delle esigenze religiose delle comunità interessate alla macellazione rituale; ciò al fine di raggiungere “tecnicamente” il compromesso più efficiente possibile fra libertà di osservanza dei riti e del culto di tali comunità religiose e diritto al benessere degli animali⁵¹. La Corte supporta tale percorso argomentativo osservando che il benessere animale è un valore che nel corso del tempo ha acquisito progressiva importanza nelle società democratiche contemporanee e dunque il suo bilanciamento con altri diritti può subire una altrettanta evoluzione⁵² e che la normativa fiamminga «non vieta né ostacola la messa in circolazione, nel territorio in cui essa si applica, di prodotti di origine animale provenienti da animali macellati ritualmente e senza previo stordimento in un altro Stato membro»⁵³ e dunque non impedisce di per sé il consumo e l’approvvigionamento in assoluto di carne macellata secondo senza stordimento preventivo⁵⁴. La decisione cui approda la Corte suscita tuttavia qualche perplessità. In primo luogo è da osservare che se lo stordimento “reversibile” è soluzione tecnica ipoteticamente accettabile rispetto alla macellazione rituale in relazione all’esigenza che l’animale muoia con certezza

⁵⁰ «il legislatore fiammingo si è basato su ricerche scientifiche che hanno dimostrato l’infondatezza del timore secondo cui lo stordimento pregiudicherebbe negativamente il dissanguamento. Inoltre, da questi stessi lavori risulta che l’elettronarcosi è un metodo di stordimento non letale e reversibile, di modo che, se l’animale viene sgozzato subito dopo essere stato stordito, la sua morte sarà dovuta esclusivamente all’emorragia» punto 75 della sentenza.

⁵¹ È interessante osservare, peraltro, che il riferimento alle “nuove prove scientifiche” nel regolamento 1099/2009 è presente all’art. 26 comma 3 ove si afferma che «Qualora sulla scorta di nuove prove scientifiche uno Stato membro ritenga necessario adottare misure intese a garantire una maggiore protezione degli animali durante l’abbattimento per quanto riguarda i metodi di stordimento di cui all’allegato I, esso notifica alla Commissione le misure previste. La Commissione le porta all’attenzione degli altri Stati membri». Tuttavia la Corte considera dirimente la prova scientifica anche con riguardo al possibilità di trovare un nuovo punto di equilibrio nel bilanciamento fra libertà di culto e tutela degli animali nella macellazione rituale.

⁵² «la Carta è uno strumento vivente da interpretare alla luce delle attuali condizioni di vita e delle concezioni prevalenti ai giorni nostri negli Stati democratici (v., per analogia, Corte EDU, 7 luglio 2011, *Bayatyan c. Armenia* [GC], CE:ECHR:2011:0707JUD002345903, § 102 e giurisprudenza ivi citata), cosicché occorre tener conto dell’evoluzione dei valori e delle concezioni negli Stati membri, sia sul piano sociale sia su quello normativo. Orbene, il benessere animale, in quanto valore al quale le società democratiche contemporanee attribuiscono un’importanza maggiore da un certo numero di anni, può, alla luce dell’evoluzione della società, essere preso maggiormente in considerazione nell’ambito della macellazione rituale e contribuire così a giustificare il carattere proporzionato di una normativa come quella di cui al procedimento principale» punto 77 della sentenza.

⁵³ Punto 78 della sentenza.

⁵⁴ Tale osservazione richiama alla mente quanto stabilito dalla Corte Cedu nella decisione *Cha’are Shalom Ve Tsedek v. France*, 27 June 2000, *application* n. 27417/95 ove il giudice di Strasburgo ha la Corte EDU ha ritenuto che sussisterebbe un’ingerenza nella libertà di professare la propria religione soltanto qualora il divieto di effettuare legalmente una macellazione rituale rendesse impossibile il consumo di carne proveniente da animali macellati secondo le pertinenti prescrizioni religiose. Pertanto, secondo la Corte EDU, non sussiste violazione della libertà di professare la propria religione se una persona può facilmente ottenere da un altro Stato carni compatibili con le prescrizioni religiose. Paradossalmente la Corte EDU in quella circostanza si riferiva alla possibilità per le comunità ebraiche francesi di approvvigionarsi di carne *glatt* (un particolare tipo di carne *Karshut*) proprio dal Belgio.

per dissanguamento, la stessa soluzione sembra comunque continuare a porsi in contrasto con un'altra esigenza

che giustifica, nel precetto religioso, il rifiuto dello stordimento previo ovvero la regola (soprattutto di matrice ebraica) per la quale gli animali da sottoporre a macellazione devono essere integri e intatti. Nei casi di macellazione non rituale l'animale viene immobilizzato e stordito con un colpo di pistola a proiettile captivo (se è un bovino) che penetra nella corteccia cerebrale e poi ucciso mediante recisione di almeno una delle due carotidi o dei vasi sanguigni da cui esse dipartono; per altre specie animali vengono usati altri metodi di stordimento come l'elettronarcosi per volatili e suini. Entrambe le tecniche di stordimento (colpo di pistola e scarica elettrica) sono giudicate lesive dell'integrità animale e pertanto respinte dalla comunità ebraica e, con qualche variante di posizione a proposito dell'ammissibilità della scarica elettrica, dalla comunità musulmana⁵⁵.

Sotto altro profilo, non meno importante, è da osservarsi che l'ancoraggio della decisione della Corte alla razionalità della prova scientifica pur conferendo solidità al percorso argomentativo della Corte lascia probabilmente insoddisfatte le comunità religiose interessate alla decisione in quanto le stesse si vedono sottratte la possibilità di valutare autonomamente i confini della loro libertà di espressione religiosa e le esigenze connesse alla stessa.

In questo senso la decisione della Corte di Giustizia nella causa C-336/19 sembra porsi fuori da una corrente giurisprudenziale (di matrice CEDU), dalla medesima Corte di Lussemburgo pur condivisa, per la quale l'obbligo di neutralità impedisce alle autorità pubbliche di valutare la validità e la legittimità delle credenze religiose o delle modalità di espressione delle medesime⁵⁶. A tale paradigma interpretativo la Corte di Giustizia si era attenuta, ad esempio, nella già illustrata decisione C-426/16: in quella circostanza nelle proprie conclusioni l'avvocato generale Wahl aveva analizzato con cura il tema della competenza della Corte circa l'interpretazione della portata del precetto religioso coinvolto nella decisione. In quella circostanza l'avvocato generale⁵⁷ aveva evidenziato come fosse stato sostenuto nell'ambito della causa in discussione che la macellazione senza stordimento, e più specificamente l'obbligo di macellazione in occasione della festa musulmana del sacrificio, non doveva essere necessariamente percepito come un obbligo intoccabile della religione musulmana e che, pertanto, la questione pregiudiziale si basava su una premessa erronea. Era stato posto difatti in evidenza che taluni rappresentanti della comunità musulmana fossero del parere che l'elettronarcosi⁵⁸ potesse essere una tecnica di stordimento considerata conforme alle prescrizioni della religione musulmana giacché, secondo alcuni studi, risultava che il 95% degli studiosi musulmani concorda sul fatto che uno stordimento che non comporta la morte dell'animale da macellare sia *halal*⁵⁹. Analogamente, veniva rilevato

⁵⁵ Cfr. CNB, *Macellazioni rituali e sofferenza animale*, 19 settembre 2003, 8-9.

⁵⁶ *Vartic c. Romania*, sentenza del 17 dicembre 2013, CE:ECHR:2013:1217JUD001415008, § 34, e la giurisprudenza ivi citata.

⁵⁷ Cfr. punti 51-57 Conclusioni avvocato generale Nils Wahl, causa C-426/16.

⁵⁸ «[O] qualsiasi altro procedimento analogo di stordimento preliminare alla macellazione che non abbia effetto sulle funzioni vitali dell'animale, e in particolare sul drenaggio del sangue dell'animale (il che implica che quest'ultimo potrebbe tornare cosciente qualora non avvenisse il dissanguamento)» (punto 52 Conclusioni avvocato generale Wahl causa C-426/16).

⁵⁹ A. FUSEINI, *The Perception and Acceptability of Pre-Slaughter and Post-slaughter Stunning for Halal Production: the Views of UK Islamic Scholars and Halal Consumers*, in *Meat Science* 123, 2017, 143 – 153.

che un certo numero di paesi musulmani importa e produce carne con l'etichetta «*halal*» proveniente dalla macellazione di animali effettuata previo stordimento. Infine, e per quanto riguarda più specificamente l'obbligo religioso di macellare un animale in occasione della festa musulmana del sacrificio, veniva parimenti affermato che numerosi studiosi e praticanti musulmani ritengono che tale macellazione non debba necessariamente avere luogo il primo giorno di tale festa. Vi sarebbe stata parimenti una tendenza crescente a considerare, segnatamente fra i praticanti musulmani più giovani, che la macellazione di un animale in occasione di tale festa possa essere sostituita da un dono.

Nonostante tutte queste osservazioni l'avvocato generale Wahl evidenziava come non spetti comunque alla Corte pronunciarsi sulla questione se il ricorso allo stordimento degli animali sia effettivamente vietato dalla religione musulmana oppure se, al contrario esso sia preso in considerazione soltanto da certe correnti religiose. Ne deduceva dunque che dal momento che, secondo il fascicolo messo a disposizione della Corte, sembrava esistere, nella specie, un consenso all'interno della maggioranza dei musulmani in Belgio, espresso dal Consiglio dei teologi in seno all'Esecutivo dei musulmani di tale Stato, nel senso di ritenere che la macellazione rituale dovesse avere luogo senza stordimento, sia quest'ultimo reversibile o meno, la Corte doveva semplicemente prenderne atto in quanto

«Non pare neppure opportuno stabilire se tale requisito sia percepito da tutti i musulmani come un obbligo religioso fondamentale oppure se esista un'alternativa possibile all'adempimento di tale obbligo. Come rilevato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, non possiamo che prendere atto dell'esistenza di talune correnti religiose. Non spetta alla Corte pronunciarsi sul carattere ortodosso o eterodosso di determinate massime o determinati precetti religiosi»⁶⁰.

Tale paradigma interpretativo è condiviso oltre che, come già evidenziato, nella giurisprudenza Cedu, anche nella giurisprudenza degli Stati membri UE: in particolare, con riguardo specificatamente al tema della macellazione rituale il richiamo è ad una decisione adottata nel 2002 dal Tribunale costituzionale tedesco. In quella circostanza, con sentenza del 15 gennaio 2002, n.1 BvR 1783/99, il Tribunale costituzionale federale si pronunciò sul diritto a praticare la macellazione rituale da parte di un macellaio di fede islamica sunnita al quale era stata negata l'applicazione della deroga (pur prevista per le macellazioni rituali) alla regola generale sullo stordimento previo all'abbattimento degli animali. Nella decisione detta il tribunale tedesco sottolineò il fatto che il rispetto per la libertà religiosa passa dal riconoscimento alle comunità dei fedeli della capacità di definire la portata dei propri precetti religiosi e dalla necessità che lo Stato non interferisca con percezione di sé della comunità religiosa⁶¹.

⁶⁰ punto 57 Conclusioni avvocato generale Wahl causa C-426/16

⁶¹ Al punto 57 della sentenza la Corte afferma «Dabei reicht es aus, dass derjenige, der die Ausnahmegenehmigung nach § 4 a Abs. 2 Nr. 2 Alternative 2 TierSchG zur Versorgung der Mitglieder einer Gemeinschaft benötigt, substantiiert und nachvollziehbar darlegt, dass nach deren gemeinsamer Glaubensüberzeugung der Verzehr des Fleisches von Tieren zwingend eine betäubungslose Schlachtung voraussetzt (vgl. BVerwGE 94, 82 <87 f.>). Ist eine solche Darlegung erfolgt, hat sich der Staat, der ein solches Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft nicht unberücksichtigt lassen darf (vgl. BVerfGE 24, 236 <247 f.>), einer Bewertung dieser Glaubenserkenntnis zu enthalten (vgl. BVerfGE 33, 23 <30>)». La decisione tedesca è importante anche perché in essa il Tribunale inquadrò la questione rilevando che nel bilanciamento dei valori sottesi alla vicenda dovesse essere garantito oltre che il diritto all'espressione religiosa anche il diritto al lavoro del ricorrente che era inserito in una filiera specifica di produzione (quella della vendita della carne macellata attraverso il metodo rituale). A distanza di pochi anni, nel luglio del 2002, anche sulla scorta del dibattito alimentato da questa vicenda processuale il legislatore costituzionale tedesco ha approvato una revisione della Legge Fondamentale introducendo con una modifica all'art. 20

Nella decisione del 2020 tale approccio interpretativo sembra abbandonato ove la Corte, nel tentativo di raggiungere un compromesso fra libertà religiosa e tutela del benessere animale pare attribuirsi l'autorità di valutare ciò che per la religione musulmana o ebraica è accettabile in tema di macellazione.

Nella decisione C-336/19 la differenza fondamentale che caratterizza l'opinione della Corte ed il parere dell'Avvocato generale (e che conduce gli stessi a raggiungere due conclusioni divergenti) è proprio nel fatto che l'Avvocato generale ritiene che sia la comunità religiosa stessa, anche a volte con divergenze interne, a dover valutare i limiti di ciò che per la medesima comunità religiosa è necessario perché un'attività sia conforme al proprio precetto⁶² mentre la Corte decide di valutare in termini razionalizzanti tali esigenze e stabilisce inoltre di utilizzare, nel caso in oggetto, rigorose valutazioni mediche e scientifiche per suffragare l'idea che ciò che il precetto religioso esige sia garantito.

5. Secolarizzazione dei precetti e attribuzione alle autorità religiose della sorveglianza sulle regole: il “*kosher law food*” nella giurisprudenza israeliana, europea e statunitense

Lo sforzo di razionalizzazione compiuto dalla Corte di Giustizia UE nella decisione C-336/19 corrisponde ad una sorta di tentativo di secolarizzazione del precetto religioso che non è nuovo nella giurisprudenza delle Corti che devono confrontarsi con il tema del bilanciamento fra libertà religiosa e diritti altri (non solo benessere degli animali ma anche libertà commerciale, tutela del consumatore e diritto dell'antidiscriminazione)⁶³.

Ciò è collegato al fatto che il cibo religiosamente conforme viene venduto sul libero mercato e partecipa dunque alle sue dinamiche che possono essere duplici: sotto un primo importante punto di vista risulta difatti evidente come il mercato (alimentare) sia inevitabilmente influenzato e condizionato dall'esistenza di precetti religiosi i quali possono quindi modificare le dinamiche concorrenziali

a la tutela degli animali fra le finalità dei poteri pubblici tedeschi. La sentenza e la detta revisione costituzionale sono commentate da E.H. HAUPT, *Free Exercise of Religion and Animal Protection: A Comparative Perspective on Ritual Slaughter*, in *George Washington International Law Review* 39, 4, 2007, 839-886.

⁶² Al punto 47 delle sue conclusioni l'Avvocato generale afferma espressamente «Inoltre, vi è stato un dibattito, dinanzi alla Corte, sulla questione se il previo stordimento reversibile che non comporti la morte di un animale o lo stordimento post-taglio degli animali vertebrati soddisfi i particolari metodi di macellazione rituale previsti dalla fede islamica ed ebraica. A tal riguardo, sembrerebbe che vi siano divergenze di vedute sul tema in entrambe le religioni. Come ho rilevato nelle mie conclusioni nella causa C-243/19A/Veselibas Ministrija, un giudice laico non può compiere scelte in materia di ortodossia religiosa: è sufficiente, a mio avviso, constatare che esiste un numero considerevole di fedeli islamici ed ebraici per i quali la macellazione di animali senza stordimento è considerata un elemento essenziale di un rito religioso necessario. Propongo, pertanto, di procedere su tale base».

⁶³ Sul tema in generale Cfr. R. HIRSCHL, *Constitutional Courts as Religion-Harnessing Agents. Lessons from Israel and Malaysia*, in *Revue française de science politique*, 64, 4, 2014, 735-757. Sull'intreccio dei rapporti fra libertà religiosa (con riguardo al tema dell'alimentazione religiosa) e tutela del libero commercio e difesa del consumatore, nella vasta bibliografia, ci si limita a rinviare a i numerosi contributi presenti nel volume curato da L. SCARFARDI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata*, cit. e nel volume curato da A.G. CHIZZONITI, M. TALLACCHINI, *Cibo e religione. Diritto e diritti*, cit.; si rimanda inoltre a FERRARI, *Cibo, diritto, religione, Problemi di libertà religiosa in una società plurale*, cit.; Sul tema dell'antidiscriminazione si rinvia invece a P. LERNER, A. M. RABELLO, *Il divieto di macellazione rituale e la libertà religiosa delle minoranze*, Trento, 2010, con presentazione di R. Toniatti.

orientando le scelte commerciali dei fedeli; d'altra parte il mercato stesso si conforma altresì alle richieste dei consumatori facendo dell'alimentazione "religiosamente certificata" (quella *kosher* o *halal*) un'occasione commerciale che propone una sorta di corrispondenza tra certificazione di conformità alle regole religiose e qualità del prodotto⁶⁴.

La certificazione diviene o può divenire, dunque, qualcosa in più che semplicemente processo di attestazione della conformità del prodotto al precetto religioso: ricontestualizzando il tema della certificazione religiosa rispetto alle dinamiche di mercato diviene evidente come l'attribuzione all'autorità religiosa della certificazione di conformità del cibo o la secolarizzazione delle relative norme rappresenta un terreno sul quale si giocano interessi che riguardano il rispetto dell'identità religiosa da una parte ma anche, come già osservato, la tutela del libero mercato e la difesa del consumatore.

In tale ambito esiste in particolare una vasta giurisprudenza di Corti supreme o sovranazionali ove si affronta il tema del ruolo delle autorità religiose nella definizione delle regole sulla certificazione del cibo *kasherut* o *halal*.

Significativa in tal senso è la giurisprudenza israeliana in tema di qualificazione della funzione e delle prerogative del Gran Rabinato nella definizione dei certificati di *kasherut*⁶⁵ ("adatto, giusto, appropriato").

Tale giurisprudenza si inserisce nella più ampia questione del ruolo giocato dalla Corte suprema israeliana nel sistema dei poteri dello Stato israeliano "ebraico e democratico"⁶⁶ ed ha avuto origine a partire dal frequente rifiuto da parte del Gran Rabinato di dare certificati di *kasherut* per soggetti che commercializzavano sia cibi *kosher* sia cibi non *kosher*, o che pur vendendo soltanto cibi *kosher*, violavano altre norme religiose (ad esempio erano attivi nel *Sabbath*, erano coinvolti in atti considerati indecorosi, o in altri commerci che non erano ritenuti *kosher*)⁶⁷. In tale modo il *Chief Rabbinate* riusciva di fatto a condizionare la libertà religiosa degli aspiranti produttori di cibo *Kosher* attraverso l'esercizio di un'attività di natura di tipo commerciale, ampliando in tal modo la finalità della propria funzione la quale avrebbe dovuto essere, invece, strettamente legata alla valutazione del rispetto della norma religiosa attinente al processo produttivo del cibo su cui apporre il certificato *kasherut*. La giurisprudenza delle Corti israeliane volta a sanzionare tale comportamento si è sviluppata nel corso degli anni novanta⁶⁸ ed ha raggiunto il proprio apice nel 2001 quando, nella decisione *Aviv Osoblanski Ltd. v. the*

⁶⁴ Cfr. E. TOSELLI, *Kosher, Halal, bio: regole e mercati*, 2ª ed., Milano, 2018; A. FUCILLO, *Saziare le anime nutrendo il pianeta? Cibo, Religione, Mercati*, ed F. LEONINI, *La certificazione del rispetto delle regole alimentari confessionali: norme statuali e libertà religiosa*, entrambi in A.G. CHIZZONITI (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, cit., rispettivamente 27 e ss. e 335 e ss.; N. VIALES, *Légitimités et légalités. A propos des viandes rituelles*, in S. NIZARD, S. MATHIEU, A. KANAFANI-ZAHAR (a cura di), *A croire et à manger. Religions et alimentations*, Paris, 2007, 226.

⁶⁵ Cfr. E. STRADELLA, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze del multiculturalismo*, cit. spec. 139 e ss.

⁶⁶ Cfr. T. GROPPI, *La Corte suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giur. Cost.*, 5, 2000, 3543 e ss.

⁶⁷ Cfr. ad esempio *Marbek Slaught House v. Chief Rabbinical Council, High Court of Justice (HCJ)*, 195/64 (27 settembre 1964) nella quale il ricorrente, un'azienda di macellazione la quale produceva sia carne con macellazione rituale sia carne non *kasherut*, contestava il fatto di non aver ottenuto la certificazione *Kosher* per le proprie carni dal gran Rabinato il quale chiedeva alla detta azienda che supervisionasse la distribuzione della loro carne non *Kosher* nel mercato in modo da garantire che non potesse essere immessa con certezza nel mercato *Kosher*.

⁶⁸ Cfr. ad es. *High Court of Justice 465/1989 Raskin v. Religious Council of Jerusalem (May 27, 1990)* ove l'Alta Corte di giustizia ha stabilito che non si può negare che un locale serva cibo *Kosher* per sanzionare che il fatto che nello stesso locale si svolgano spettacoli di danza non approvati dall'autorità di certificazione.

*Council of the Chief Rabbinate of Israel*⁶⁹ la Corte suprema ha duramente sanzionato il comportamento del Gran Rabbinate ed ha sottolineato che il sistema delle corti rabbiniche, in quanto disciplinato dalle leggi dello Stato che gli conferisce autorità, deve rispettare le norme statali di rango ordinario e costituzionale anche quando queste dovessero essere in contrasto con le norme religiose.

Il tema del ruolo dell'autorità religiosa nella definizione di ciò che può essere considerato *Kosher* è stato affrontato anche dalla Corte Cedu nella nota decisione *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*⁷⁰. La questione nasceva da un ricorso proposto da una associazione rappresentativa di un movimento di minoranza ultraortodossa ebraica in Francia la quale si era dissociata dal concistoro rabbinico di Parigi e aveva chiesto al ministero degli interni francese l'autorizzazione a macellare con modalità rituali la propria carne ed ottenere la certificazione *kosher*. La detta associazione sosteneva di non poter consumare la carne *Kosher* certificata dal Concistoro ebraico in quanto la comunità di cui sosteneva di essere rappresentativa riconosceva come *kasherut* solo la carne *glatt* (la quale richiede delle verifiche nella qualità del prodotto finito più stringenti rispetto alla macellazione finalizzata alla produzione di carne *kosher* non *glatt*). La detta autorizzazione era stata rifiutata sulla base della considerazione per la quale l'associazione ricorrente non era considerata rappresentativa della comunità ebraica francese e non rientrava fra le associazioni religiose secondo quanto disposto nella legge del 1905 sulla separazione fra Stato e Chiesa. Nella propria decisione la Corte allineò il proprio approccio interpretativo alla proposta difensiva del governo francese la quale sottolineava il ruolo del Concistoro e del Capo Rabbino nella regolazione della macellazione *kosher*. Ciò comportava una sorta di approvazione dell'atteggiamento protezionistico del governo dello Stato resistente nei confronti del sistema concistoriale e finiva per comprimere la tutela e la valorizzazione delle libertà religiose individuali che sarebbero stati invece assolutamente meritevoli di protezione a parere dei giudici dissenzienti⁷¹. L'opinione dissenziente alla decisione *Cha'are Shalom* parte difatti dal presupposto che la scelta da parte del consumatore circa la carne *kosher* che intende consumare rappresenterebbe un'espressione di fede mentre ritiene minoritario il problema, sotteso all'intera vicenda, legato all'intreccio fra la dimensione religiosa e gli aspetti commerciali connessi alla concessione della possibilità di macellare ritualmente la carne e

⁶⁹ HCJ 7203/00 *Aviv Osoblanski Ltd. v. the Council of the Chief Rabbinate of Israel*, 56(2) P.D. 196(2001). Su tale giurisprudenza si rinvia a E. Stradella, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze del multiculturalismo*, cit. e R. HIRSCHL, *Constitutional Courts as Religion-Harnessing Agents. Lessons from Israel and Malaysia*, cit.

⁷⁰ *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, 27 June 2000, application n. 27417/95. La sentenza è commentata da E.H. HAUPT, *Free Exercise of Religion and Animal Protection: A Comparative Perspective on Ritual Slaughter*, cit.

⁷¹ Sul tema si rinvia ancora a P. LERNER, A. M. RABELLO, *Il divieto di macellazione rituale e la libertà religiosa delle minoranze*, cit. La difesa francese nella vicenda giurisprudenziale di cui si dà conto si pone in linea con la tradizione di *laïcité de combat* del Paese molto diversa dal modo di intendere il principio di laicità secondo la Corte costituzionale italiana, ovvero come tutela pro-attiva del pluralismo religioso, valorizzazione delle diversità religiose all'interno di un sistema costituzionale che non esprime indifferenza verso le fedi, ma anzi le considera nutrimento dell'ordinamento pluralistico e incentrato sulla dimensione della soggettività, personale e collettiva. L'interpretazione del concetto stesso di laicità è del resto il presupposto sulla base del quale vengono adottate le soluzioni che riguardano la tutela della libertà religiosa. Cfr. A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, in *forumcostituzionale.it* (ultima consultazione 3/3/2021); M. BARBIER, *La Laïcité*, Paris, 1995; P. BELLINI, *Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica*, in AA. VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, 1973; C. CARDIA, *Pluralismo (diritto ecclesiastico)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIII, 1983; Id., *Religione (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornam., II, 1998; Id., *Stato e Confessioni religiose*, Bologna, 1988; P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza italiana ed esperienza francese a confronto*, ed. A.V.E., Roma, 1998.

di certificarla come *glatt* (qualcosa che in ambito commerciale è considerato più pregiato che semplicemente *kosher*).

Sul medesimo tema è significativa l'analisi della giurisprudenza statunitense sulla questione della legittimità delle c.d. "*kosher food laws*", ovvero sulle norme che, negli Stati Uniti, mirano a tutelare l'affidamento del consumatore nella designazione di un alimento come *kosher*. La problematica in relazione a tale tema è tuttavia legata al fatto che, per lo meno nelle loro prime formulazioni, la detta normativa si è spinta a definire, o a tentare di definire, che cosa fosse effettivamente *kosher*, ponendo un problema di interferenza fra diritto religioso e diritto politico, con le conseguenti criticità emerse, e a più riprese affrontate dalle Corti, in relazione all'*Establishment clause* del *Bill of Rights*⁷².

Nel mercato alimentare statunitense la distribuzione e la vendita del cibo *kosher* rappresenta un business particolarmente importante giacché questa tipologia di cibi è consumata non solo dalla popolazione ebraica ma anche da moltissimi non ebrei che considerano gli standard *kosher* particolarmente di qualità. L'attività normativa statale volta a prevedere la definizione e i controlli sui procedimenti di produzione del *kosher* risale alla fine dell'ottocento primi del novecento⁷³ ed origina, dunque, nel primigenio intento di garantire il consumatore nei propri acquisti e nell'evitare e sanzionare le attività di frode.

Secondo il test di costituzionalità definito nella giurisprudenza *Lemon v Kurtzman*⁷⁴ una legge per essere considerata rispettosa dell'*Establishment clause* deve avere una finalità normativa secolare, il suo effetto primario non deve essere tale da favorire o mortificare una confessione religiosa, e l'intervento legislativo non deve essere tale da causare una commistione eccessiva tra pubblici poteri e religione⁷⁵. Posto che l'obiettivo e l'effetto primario delle *kosher food laws* è di tipo secolare (in quanto collegate alla tutela del consumatore) tuttavia le dette normative hanno più volte suscitato dei dubbi di costituzionalità in relazione al fatto che esse rappresentano una forma di ingerenza statale nella dottrina religiosa giacché tanto il legislatore che adotta queste normative quanto i giudici che le applicano si spingono a interpretare cosa, secondo il precetto religioso ebraico, può essere considerato *kosher* o meno.

Tale aspetto è stato sanzionato nei primi anni novanta sia da parte di Corti statali sia da Corti federali in vicende ove i giudici hanno sottolineato che le scelte normative poste nelle leggi sulla certificazione *kosher* finivano per favorire alcune correnti interne all'ebraismo (principalmente quelle ultraortodosse).

⁷² Cfr. E. STRADELLA, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze del multiculturalismo*, cit. spec. 157 e ss.

⁷³ Risale al 1881 la prima *kosher law* di New York, al 1882 quella adottata nel Massachusetts, e del 1922 la prima *kosher fraud law* dello Stato di New York. Cfr. E. STRADELLA, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze del multiculturalismo*, cit.

⁷⁴ *Lemon v. Kurtzman*, 403 US 602 (1971).

⁷⁵ «The test for determining whether a law meets the requirements of the Establishment clause is whether it has a legitimate secular purpose, does not have the primary effect of either advancing or inhibiting religion, and does not result in an excessive entanglement of government and religion», *Primary holding, Lemon v Kurtzman*. Sul tema della laicità nell'esperienza USA si rinvia a V. BARSOTTI, N. FIORITA, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti Stato Chiesa*, Torino, 2008.

La prima pronuncia in tal senso è della Corte Suprema del New Jersey nel caso *Ran-Dav's County Kosher, Inc. v. State of New Jersey*, 129 N.J. 141 (1992)⁷⁶. L'anno successivo in *Barghout v. Mayor of Baltimore*, US District Court of Maryland 833F. Supp. 540(D. Md. 1993) è una Corte federale a disapplicare un'ordinanza della città di Baltimora sulla base della considerazione che la detta ordinanza coinvolge direttamente e sostanzialmente il governo in questioni religiose in due modi fondamentali: in primo luogo, i regolamenti impongono uno standard interamente religioso per la valutazione di conformità dei prodotti; in secondo luogo, i regolamenti impongono il coinvolgimento eccessivo di specifiche organizzazioni e figure religiose nell'interpretazione e nell'applicazione di questi standard.

Nella decisione *Ran-Dav's County Kosher, Inc. v. State of New Jersey*, 129 N.J. 141 (1992) la Corte suprema del New Jersey, nell'invalidare le norme sul *kosher food* in vigore pone in evidenza come lo Stato possa tutelare i consumatori dalle frodi sulla produzione del cibo religiosamente conforme imponendo la trasparenza nell'etichettatura⁷⁷ ed in effetti questa giurisprudenza (statale e federale) condurrà ad una evoluzione normativa in ambito di *kosher food* per la quale il legislatore più che verificare il rispetto di particolari parametri (di origine religiosa) al fine di prevenire le frodi opererà per una legislazione prevalentemente volta a garantire la trasparenza del processo di produzione e l'adempimento degli obblighi informativi nei confronti del consumatore.

6. La macellazione rituale e il cibo “religiosamente conforme” all'intersezione con i diversi diritti in gioco: la trasparenza in etichetta fra neoliberalismo e diritto alla scelta consapevole

L'analisi della giurisprudenza comparata evidenzia come il problema del temperamento fra diritto al culto, tutela del benessere degli animali, difesa del consumatore e tutela della concorrenza abbia nella trasparenza del processo produttivo in etichetta una sorta di minimo comune denominatore.

È facendo sostanzialmente richiamo ad un problema di trasparenza che la Corte di Giustizia nega la certificazione di provenienza da Agricoltura Biologica alle carni macellate senza stordimento preventivo: nella decisione relativa alla causa C-497/17 il tema della tutela del benessere degli animali viene dalla Corte strettamente collegato alla problematica dell'informazione al consumatore in una

⁷⁶ Nel caso del New Jersey, era accaduto che a seguito di un'ispezione dei funzionari del *Bureau of Kosher Enforcement* in New Jersey era stato chiamato a giudizio il proprietario di una macelleria kosher per aver violato le regole statali in materia di cibo *kosher*. Il macellaio, infatti, era stato trovato in possesso di carne che non risultava correttamente trattata secondo le regole del *kasherut* e di lingue, non considerate *kosher*. Il macellaio aveva negato la violazione e aveva proposto ricorso contro la stessa. La sua ditta, *Ran-Dav County Kosher*, aveva sostenuto in sede di giudizio la violazione del Primo Emendamento, e in particolare dell'*Establishment Clause*, contenuta peraltro anche nella costituzione del New Jersey, in quanto la supervisione statale si sarebbe tradotta nell'imposizione di uno standard di osservanza religiosa, con la conseguente esclusione di tutti gli altri possibili standard. Un aspetto problematico della questione si sostanziava in particolare nel fatto che l'Agenzia per il *Kosher Enforcement* affidava ad un rabbino ortodosso l'esercizio delle funzioni amministrative previste dalla legge cosa che, ad avviso del ricorrente, avrebbe peraltro compromesso la sua situazione a causa degli attriti, di natura religiosa, intercorrenti tra il rabbino certificatore presso la sua ditta e l'ispettore individuato dallo stato. La Corte d'appello in prima istanza rigetta la questione e tuttavia la Corte Suprema statale riscontra invece l'incostituzionalità della legislazione in quanto produce un'eccessiva commistione tra affari dello Stato e questioni religiose.

⁷⁷ «The State unquestionably has a valid interest in preventing fraud in the sale of any foods, including kosher foods. There are effective ways to achieve that end that will not offend constitutional strictures against state involvement in religion. The State can regulate the advertising and labeling of kosher products».

particolare fetta di mercato dove quest'ultimo ripone delle particolari attese in termini di qualità dei prodotti e dei processi produttivi.

Peraltro, nell'esperienza europea il tema della trasparenza in etichetta circa la produzione con macellazione senza stordimento è questione ampiamente aperta al dibattito se si considera che ad essa fa esplicitamente riferimento il considerando 50 del Regolamento UE 1169 del 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori⁷⁸ e che su tale tema si sono avvicendate proposte del Parlamento europeo e petizioni avanzate da singoli cittadini europei e parlamentari⁷⁹. Risale da ultimo al 7 dicembre 2020 l'approvazione delle Conclusioni del Consiglio UE su un marchio europeo relativo al benessere degli animali⁸⁰ ove ancora una volta i temi del benessere animale e delle esigenze di informazione per i consumatori in relazione alle loro scelte di acquisto sono considerate strettamente intrecciate.

Nell'esperienza statunitense, come evidenziato, le problematiche sorte in relazione al *kosher law food* sono state risolte attraverso l'evoluzione di tali normative da disposizioni antifrode in normative sulla trasparenza nell'etichettatura.

Infine, anche nell'esperienza israeliana il dibattito sul monopolio del Gran Rabbinate nella concessione della licenza per la produzione di cibo *kosher* si è sviluppato di recente valutando la possibilità di consentire il commercio di cibi non dotati di certificazione attestata dall'autorità religiosa ma con etichettature dettagliate sui processi di produzione con l'unico limite del divieto di utilizzo della parola *kosher* in etichetta⁸¹.

La questione si collega alla tendenza per la quale i consumatori nel mercato globale, nell'effettuare le proprie scelte di acquisto, sono spesso mossi da intenti di natura etica, morale e politica, e dunque le loro opzioni, frequentemente, possono essere collegate a significati ulteriori rispetto al mero soddisfacimento delle esigenze individuali⁸². Si tratta di un fenomeno, questo, ben noto agli operatori ed alle aziende produttrici nel mercato alimentare i quali, di rimando, con una certa frequenza modulano la propria offerta collegandola all'impatto delle scelte di acquisto in termini ambientali, sociali, economici, ecc. Si tratta altresì di un tema ben noto anche agli attori istituzionali del mercato, i legislatori in

⁷⁸ «I consumatori dell'Unione mostrano crescente interesse all'applicazione della normativa dell'Unione in materia di benessere animale al momento della macellazione, compresi i metodi di stordimento prima della macellazione. A tal riguardo uno studio dell'opportunità di fornire ai consumatori informazioni sullo stordimento degli animali dovrebbe essere inserito nel contesto di una futura strategia dell'Unione sulla protezione e il benessere degli animali».

⁷⁹ Cfr. nota 40.

⁸⁰ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13691-2020-INIT/it/pdf> (Ultima consultazione 11/03/2021).

⁸¹ Cfr. S. FRIEDMAN, *Is the Chief Rabbinate Monopoly on Kashrut Over?*, (September 17, 2017), *The Israel Democracy Institute* (<https://en.idi.org.il/articles/18710>), ultima consultazione 8/03/2021).

⁸² Cfr. sul punto L. BAIRATI, *L'etica del consumatore nella governance globale del cibo*, in *Rivista di diritto alimentare*, Anno XIV, 4, ottobre-dicembre 2020; S. LANNI, *Front-of-package food labels and consumer's autonomous decision making*, in *Rivista di diritto alimentare*, Anno XIV, 1, gennaio-marzo, 2020; S. MASINI, *Sulle fonti dell'obbligo di informazione degli alimenti: etichettatura, comunicazione e responsabilità*, in *Rivista di diritto alimentare*, Anno XIII, 3, luglio-settembre 2019.

primo luogo, i quali devono sostanzialmente bilanciare la disciplina in termini di sostenibilità ed efficacia del diritto all'informazione dei consumatori⁸³.

In un ambito ove il bilanciamento degli interessi in gioco è particolarmente complesso coinvolgendo, da una parte, il tema del benessere animale, e dall'altro, il diritto all'espressione religiosa la soluzione evidenziata (il favorire una politica di trasparenza informativa in etichetta), pare in linea con gli obiettivi generali tipici del diritto all'informazione dei consumatori secondo le tendenze più recenti⁸⁴ anche se richiede che nella sua eventuale attuazione si tenga sempre ben presente che la consapevolezza del consumatore non coincide con la semplice informazione in etichetta e che a volte, un'insufficiente supervisione sulla percezione delle informazioni giunte al consumatore possono produrre importanti distorsioni nel mercato non coincidenti con gli iniziali obiettivi in termini di trasparenza sul prodotto e sul processo produttivo⁸⁵.

⁸³ Del resto è facendo riferimento ai costi aggiuntivi e dunque all'innalzamento dei prezzi connessi ad una nuova etichettatura che renda conto della macellazione senza stordimento che la Commissione europea ha risposto con un diniego alla Petizione n. 0039/2017, presentata da Götz Solmos, cittadino tedesco, sull'introduzione dell'obbligo di etichettatura per le carni provenienti da animali macellati senza essere stati prima storditi. Cfr. nota 40.

⁸⁴ Si segnala ad esempio che i considerando 1 e 2 del regolamento (UE) n. 1169/2011 del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, sanciscono rispettivamente che «La libera circolazione di alimenti sicuri e sani costituisce un aspetto essenziale del mercato interno e contribuisce in modo significativo alla salute e al benessere dei cittadini, nonché alla realizzazione dei loro interessi sociali ed economici» e che «Per ottenere un elevato livello di tutela della salute dei consumatori e assicurare il loro diritto all'informazione, è opportuno garantire che i consumatori siano adeguatamente informati sugli alimenti che consumano. Le scelte dei consumatori possono essere influenzate, tra l'altro, da considerazioni di natura sanitaria, economica, ambientale, sociale ed etica».

⁸⁵ Cfr. L. BAIRATI, *Protezione del consumatore di alimenti e disinformazione per eccesso*, in L. SCAFFARDI, V. ZENOVICH, *Cibo e diritto: un prospettiva comparata*, cit., 633 e ss.; cfr. anche L. BAIRATI, E. GRASSO, *Indicazioni in etichetta e messaggi fuorvianti nell'informazione del consumatore di alimenti*, in *Rev. Bioética y Derecho*, 42, 2018, 33 e ss.

La giustizia e i criteri etici per la distribuzione dei vaccini nell'ambito della pandemia Covid-19: linee della discussione bioetica

Laura Palazzani *

JUSTICE AND THE ETHICAL CRITERIA FOR DISTRIBUTION OF VACCINES IN THE CONTEXT OF COVID-19 PANDEMICS: ASPECTS OF THE BIOETHICAL DISCUSSION

ABSTRACT: The need to vaccinate large numbers of individuals to obtain herd immunity and the scarcity of available vaccines opens up the problem of ethical criteria for defining the priority of distribution both at the macro-allocation and micro-allocation level. There are several theories in the pluralistic context (libertarian, utilitarian, egalitarian, personalist, communitarian theory) applying different concepts of justice and equity between the market and the common good, with concrete implications in the identification of the priority of phases and categories. Vaccine distribution inevitably calls into question also the global dimension of distribution (global justice), as we will never fully emerge from the pandemic if we do not all come out of the pandemic. The voice of ethics plays an essential role in this area both through the recommendations of experts and interdisciplinary committees and through the possible consultation of the citizens.

KEYWORDS: Vaccination; ethics; justice; equity; common good

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La macro-allocazione dei vaccini: le politiche sanitarie – 3. La micro-allocazione dei vaccini: le fasi e le priorità – 4. La distribuzione globale – 5. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Nell'ambito della diffusione della pandemia Covid-19, in mancanza di una cura di provata efficacia nonostante gli sviluppi della ricerca, con la difficoltà di un'adeguata prevenzione mediante test diagnostici, dispositivi di protezione e distanziamento fisico e data l'insostenibilità economico-sociale oltre che psicologica di un confinamento restrittivo prolungato nel tempo, i vaccini rappresentano l'unica via d'uscita dalla pandemia. La ricerca ha consentito e sta consentendo di rendere disponibili diversi vaccini, con differenti livelli di efficacia e di durata di efficacia prevedibile e di effetti avversi, ancora incerti soprattutto a lungo termine.

L'argomento della distribuzione dei vaccini, su scala nazionale, continentale ed internazionale, è stata oggetto di confronto tra diverse visioni etiche e argomentazioni, che hanno dato origine anche a linee di azione da parte dei governi differenziate, seppur alla ricerca di minimi condivisi a livello internazionale. Il tema della distribuzione dei vaccini si articola su due piani: il piano della macrodistribuzione nel

* *Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Università Lumsa di Roma. Mail: palazzani@lumsa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

contesto della definizione di politiche da parte degli Stati finalizzate ad ottenere i vaccini per renderli disponibili alla popolazione e il piano della microdistribuzione, ossia l'identificazione delle categorie di priorità all'interno della popolazione.

Partendo dall'assunto indiscusso che tutti hanno in linea di principio diritto a ricevere il vaccino e dalla constatazione di fatto che i vaccini non si possono dare a tutti contestualmente e simultaneamente (considerando anche l'enorme sforzo organizzativo per distribuirlo), la discussione bioetica si è concentrata sui principi e i criteri per la definizione delle priorità. Il tema della distribuzione è analogo al tema sollevato dal triage o allocazione delle risorse scarse per malati Covid-19 (accesso a terapie intensive, uso di ventilatori ecc.), seppur con una diversa urgenza: in quel contesto si trattava di decidere chi curare e chi non curare con una maggiore drammaticità della scelta, in quanto non curare poteva significare anche morte immediata o dovere di accompagnamento palliativo verso la morte dei pazienti gravi; nel caso dei vaccini la scelta può apparire meno drammatica ma certamente ha una particolare crucialità, in quanto ritardare il vaccino - essendo posticipato nella lista - significa prolungare l'esposizione al rischio del contagio, con la possibilità di infezione e di contrarre la malattia in modo anche grave e mortale.

La discussione bioetica è stata condotta e si sta conducendo in un contesto di incertezza sul piano scientifico: l'incertezza, che caratterizza epistemologicamente la scienza, diviene più evidente nel contesto pandemico per la "novità" del virus e di conseguenza del vaccino, ma anche per il contrasto con le attese di sicurezza da parte dei cittadini di fronte al pericolo della pandemia¹. Per quanto la ricerca sia riuscita ad ottenere in tempi brevi diversi vaccini, le conoscenze acquisite lasciano aperti margini di problematicità con riferimento ad alcune categorie di soggetti (es. minori e donne in gravidanza) esclusi dalla sperimentazioni², alla durata ed efficacia dell'immunizzazione (visti i tempi ristretti della sperimentazione), alla capacità del vaccino anche di impedire, oltre che infezione e malattia, anche la trasmissione del virus, e alle incertezze sulla copertura vaccinale a fronte del diffondersi di varianti.

2. La macro-allocazione dei vaccini: le politiche sanitarie

Nell'ambito della discussione pluralista sono emerse diverse posizioni etiche contrastanti.

La teoria libertaria, sulla base di una concezione della giustizia identificata con la tutela dell'autodeterminazione individuale, interpreta "non danneggiare" nel senso di "non restringere la libertà dell'altro" (il soggetto in grado di esercitare la libertà) e "dare a ciascuno il suo" nel senso di attribuire ad ogni individuo libero risorse e beni secondo i meriti, le capacità, il contributo che fornisce, la libera iniziativa. L'argomento alla base di questo modello di giustizia è la considerazione che i risultati della "lotteria

¹ La distribuzione dei vaccini è stata oggetto di ampia discussione, oltre che nella letteratura scientifica, anche nell'ambito di organismi istituzionali, quali i Comitati di bioetica internazionali, europei e nazionali. Si tratta di Comitati costituiti a livello nazionale dai governi (come il Comitato Nazionale per la Bioetica in Italia) e costituiti da organismi internazionali (come Unesco, Organizzazione Mondiale della Sanità, Commissione europea, Consiglio d'Europa). Nell'ambito di questi comitati la discussione sulla distribuzione dei vaccini è avvenuta in un contesto multidisciplinare (tra esperti con competenze scientifiche in particolare biomediche, ma anche di esperti di etica, scienze umane, diritto, economia) e pluralista.

² Spesso le case farmaceutiche hanno comunicato alla stampa la fase raggiunta della sperimentazione, senza ulteriori dettagli, pubblicati solo alla fine dello studio e in fase di approvazione del vaccino.

naturale" (ossia dei cambiamenti imprevedibili della sorte di un individuo a causa di forze naturali, danni naturali o malattie, come il caso della pandemia) e della "lotteria sociale" (ossia dei cambiamenti imprevedibili dovuti ad azioni sociali, dunque la distribuzione di vantaggi/svantaggi nella società) sono "sfortunati", non iniqui o ingiusti. Pertanto la società non è tenuta a compensare le differenze o a riparare i danni, non essendoci un obbligo diretto di aiutare i bisognosi. E' questa la visione filosofica alla base di una concezione politico-economico-sociale libertaria ispirata allo "Stato minimo-mercato massimo", con la minimizzazione dell'interferenza dello Stato nella libertà individuale e la massimizzazione del libero scambio tra individui.

Su tali basi teoriche questa visione ha avanzato specifiche proposte rispetto ai vaccini sul piano della macroallocazione³, ritenendo legittima la politica del raggiungimento della 'immunità di gregge o di comunità' (*herd immunity*) mediante il 'laissez-faire', ossia la libera circolazione del virus, senza alcuna restrizione dei comportamenti o con una restrizione minimale, con la conseguente selezione naturale dei più deboli e sopravvivenza dei più forti e resistenti al virus. Inoltre questa concezione ammette la libera contrattazione economica dei Paesi con le aziende farmaceutiche, ispirata alla competitività dei brevetti, alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale e al monopolio, guidati dalla logica del profitto che premia la capacità di pagare (ottiene i vaccini chi paga di più) e l'autonomia delle scelte sia sul piano pubblico che sul piano privato dei governi e dei cittadini.

La teoria utilitarista⁴, basandosi sul criterio di convenienza, efficienza e produttività orientata all'utile, ossia dare al maggior numero di individui massimizzando i benefici e minimizzando i danni/costi, segue la logica della massimizzazione del mercato che mira al profitto collettivo ed individuale, basato sulla cost/effectiveness, al fine di garantire come obiettivo prioritario la qualità della vita del maggior numero di individui che la desiderano. Nell'ambito della visione utilitarista, la giustizia assume il significato di "non danneggiare" nel senso di non procurare o aumentare la sofferenza dell'"altro" riferito all'individuo avente interessi, nel senso di garantire un certo livello di qualità della vita, intesa come benessere nel bilanciamento piacere e dolore. La distribuzione mira a dare al maggior numero possibile di individui la soddisfazione dei loro interessi, per garantire il prevalere di benefici sui costi. L'assegnazione delle risorse va orientata al raggiungimento, a parità di spesa, del miglior risultato pragmatico possibile in rapporto alla produttività sociale. Nella visione utilitarista ogni obbligazione sociale è giustificata in vista del raggiungimento del vantaggio collettivo: se i trattamenti sono inutili o futili, ossia il potenziale beneficio è poco probabile o comunque molto limitato a fronte di elevati costi (in termini di sofferenza e di costi economici), essi non sono dovuti, anzi è obbligatorio non attivarli o sospenderli per il vantaggio sociale.

In questa prospettiva, la definizione delle politiche sanitarie dei vaccini dipende dal bilanciamento costi/benefici per il maggior numero, optando per l'acquisto e la distribuzione solo se i costi sono inferiori ai benefici ottenibili per la collettività, privilegiando il soggetto con migliore prospettiva in termini di quantità e qualità di vita. Tale strategia è espressa dalla formula "*quality adjusted life years*" (QALY), ossia numero di anni di vita tenuto conto della qualità e dei costi, per il maggior numero di individui.

³ E' la teoria che si ispira al pensiero di R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia. I fondamenti dello Stato minimo*, Firenze, 2000, ripresa in bioetica da M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Roma 1996, p. 92; H.T. ENGELHARDT jr., *Manuale di bioetica*, Milano, 1999, 391 e ss.

⁴ P. SINGER, *Etica pratica*, Napoli, 1991; J. HARRIS, *The Value of Life*, London, 1985.

L'assegnazione dei vaccini, a fronte di risorse, è ritenuta giusta quando raggiunge, a parità di spesa, il miglior risultato pragmatico possibile in rapporto alla convenienza, dunque al numero di pazienti che si possono vaccinare con la prospettiva di anni di vita da vivere, con qualità. Tale scelta, se espressa in termini radicali, porta inevitabilmente alla emarginazione dei soggetti più deboli (anziani, persone con disabilità) e la prioritizzazione dei giovani⁵.

In contrapposizione alla teoria libertaria e alla teoria utilitarista, emergono altre linee di pensiero, che pur con diversità argomentative, riconoscono il principio di giustizia come uguaglianza, equità e solidarietà nei confronti dei soggetti più vulnerabili.

La teoria dell'egualitarismo sociale riconosce la priorità del valore dell'uguaglianza. E' la teoria che si ispira a J. Rawls che, immaginando l'ipotesi fittizia di una "posizione originaria" dietro un "velo di ignoranza", ritiene che si possa raggiungere un accordo intersoggettivo razionale sulla giustizia⁶, articolato in due principi: il principio di uguaglianza nell'assegnazione dei diritti/doveri, ove la protezione della libertà è limitata dal riconoscimento dell'uguale libertà a tutti, e il principio di differenza o compensazione delle ineguaglianze mediante la regola del "maximin", secondo la quale la distribuzione è giusta se produce benefici compensativi per i meno avvantaggiati. È la teoria del "mercato minimo" e dello "Stato massimo", che, riducendo gli spazi della libera iniziativa, intende garantire standard minimi di cura e assistenza a tutti. L'argomento alla base di questa prospettiva è la necessità che la società si faccia carico delle disuguaglianze derivanti dalla "lotteria naturale" e dalla "lotteria sociale": le disuguaglianze naturali e sociali vanno corrette e riparate in quanto ritenute ingiuste, nel continuo sforzo di compensazione delle differenze⁷.

La teoria comunitaria, nella convinzione che l'etica si incarni nelle pratiche o azioni sociali delle comunità, che definiscono i valori collettivi condivisi di "vita buona", è una prospettiva che rivaluta cooperazione e responsabilità del gruppo per l'individuo e dell'individuo per il gruppo, affermando la giustizia come bene comune nella solidarietà. In questo senso l'etica biomedica, basata su valori comunitari, porta a ritenere che nella distribuzione di risorse scarse non si debba tenere conto solo della durata della vita di qualità e l'efficacia tecnologica, ma anche del dovere di "umanizzazione" della cura con una medicina equa e sostenibile che sappia combinare il mercato con le cure necessarie a tutti, con particolare attenzione a chi ha più bisogno⁸.

La teoria personalista pone al centro il riconoscimento della dignità intrinseca dell'essere umano⁹ e intende la giustizia nel significato di "non danneggiare alcuno", come proteggere (in senso negativo) e

⁵ A. GIUBILINI, J. SAVULESCU, D. WILKINSON, *COVID-19 Vaccine: Vaccinate the Young to Protect the Old*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 7, 1, January-December 2020, 26 June 2020.

⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982; Id., *La giustizia come equità (saggi 1951-1969)*, Napoli, 1995.

⁷ N. DANIELS, *Health Care Needs and Distributive Justice*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1981, 10, pp. 146-179; R. GREEN, *Health Care and Justice in Contract Theory Perspective*, in R. VEATCH, R. BRANSON (eds.), *Ethics and Health Policy*, Cambridge, 1976, 111-126.

⁸ La visione comunitaria è esemplificata in un documento della President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical Research, *Securing Access to Health Care*, ove si scrive: «la profondità della sollecitudine di una società per l'assistenza sanitaria può essere vista come misura del senso di solidarietà di fronte alla sofferenza e alla morte» (Washington D.C., 1983). D. CALLAHAN, *The Troubled Dream of Life*, New York 1993; Id., *Setting Limits: Medical Goals in an Aging Society*, New York 1987.

⁹ Cfr. E. SGRECCIA, *Economia e salute: considerazioni etiche*, in *Medicina e Morale*, 1, 1986, 31-46; A. BOMPIANI, *Economia ed etica nello sviluppo del sistema sanitario italiano*, in *Medicina e Morale*, 1996, 5, 923-932; L.

rispettare (in senso positivo) la vita di ogni essere umano e nel significato di “dare a ciascuno il suo”, come riconoscere ad ogni essere umano ciò che gli “spetta” ontologicamente, in forza della stessa natura umana. Secondo questo modo di intendere la giustizia, ogni essere umano ha sostanzialmente gli stessi diritti di qualsiasi altro essere umano pur nella diversità di condizioni. In questo ambito si riconosce il dovere diretto della società di salvaguardare il “bene comune”, come l’insieme delle condizioni che promuovono e difendono la dignità umana.

Le teorie egualitaria, comunitaria e personalista si inscrivono nell’orizzonte della dottrina dei diritti umani e del riconoscimento del diritto fondamentale alla salute espresso nella Dichiarazione universale dei diritti umani, nelle Costituzioni, nei codici deontologici. E’ una linea di pensiero, articolata nelle diverse teorie, che si è espressa in modo fortemente critico nei confronti della ‘*herd immunity*’ teorizzata nel contesto libertario-individualistico e della convenienza sociale degli utilitaristi, ritenendo che tale teoria - istituendo due categorie di individui, quelli fragili che si lasceranno morire e quelli forti che sopravviveranno - non riconosce la dignità di ogni essere umano¹⁰.

Nell’orizzonte di pensiero egualitario, comunitario e personalista, si ritiene la vaccinazione una priorità nell’ambito delle politiche sanitarie per la tutela della salute individuale e sociale. Emerge, su tali basi teoriche, la proposta dell’eliminazione del brevetto, anche se rischia di rallentare significativamente la ricerca e di diminuire i competitori: qualora, comunque, sia ammesso il brevetto, se ne potrebbe prevedere la sospensione e la concessione di licenze obbligatorie, sulla base di accordi internazionali, considerando i vaccini un “bene comune”¹¹ sottratto alle leggi del mercato. Questa prospettiva richiede una condivisione globale obbligatoria relativamente alle conoscenze, dati e tecnologie su Covid-19 per assicurare che ogni nazione possa produrre o comprare sufficienti dosi di vaccini, trattamenti e test; l’istituzione rapida di una produzione e distribuzione globale equa dei vaccini, trattamenti e test, fondata da nazioni ricche, che garantisca trasparenza e forniture, in accordo con i bisogni concreti, secondo il principio della uguaglianza sostanziale; una garanzia che i vaccini contro Covid-19, trattamenti e test siano forniti gratuitamente a tutti e dappertutto¹².

In questa prospettiva, forte è il richiamo della bioetica alla responsabilità dei governi, oltre alla responsabilità sociale collettiva dell’industria farmaceutica: il richiamo è all’integrazione nelle loro pratiche di una visione collettiva, andando oltre la considerazione strettamente economica¹³. La salute va

PALAZZANI, *Teorie della giustizia e allocazione delle risorse sanitarie*, in F. D’AGOSTINO (a cura di), *Valori giuridici fondamentali*, Roma, 2012, 111-131; H. DOUCET, *The Concept of Person in Bioethics. Impasse and Beyond*, in D.C. THOMASMA, D. WEISSTUB, C. HERVÉ (eds.), *Personhood and Health Care*, Dordrecht 2001, 121-128.

¹⁰ C. ASCHWANDEN, *The False Promise of Herd Immunity for COVID-19*, in *Nature*, 587, 2020, 26-28.

¹¹ L’Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) che rientra negli accordi della Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), lascia in ogni caso agli Stati cosa sia brevettabile, stabilendo solo alcuni standard comuni. Gli accordi dell’OMC pongono limiti all’autonomia degli Stati di definire i flussi di beni, tuttavia gli Stati conservano pur sempre il diritto di proteggere le proprie comunità in situazioni di emergenza.

¹² Tra queste l’iniziativa Unaid, *The People’s Vaccine: Available to all, in all countries, free of charge*, lettera aperta 14 maggio 2020.

¹³ Cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, 27 novembre 2020; cfr. anche la mozione del CNB, *Urgenza vaccinale: aspetti bioetici*, 12 marzo 2021; European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*, 2020; Committee for Bioethics of the Council of Europe (DH-

riconosciuta come un bene comune globale. Queste soluzioni debbono essere assunte congiuntamente, tenendo in considerazione sia le necessità di tutti gli Stati indistintamente, sia le esigenze e tutele delle imprese che produrranno e distribuiranno i vaccini, in un quadro globale in cui le imprese e gli Stati lavorino in sinergia con trasparenza, partecipazione, condivisione (il c.d. *benefit sharing*)¹⁴.

3. La micro-allocazione dei vaccini: le fasi e le priorità

Nell'ambito della discussione bioetica sulla microallocazione delle risorse, sull'identificazione delle fasi e dei criteri di priorità nella distribuzione dei vaccini emerge la difficoltà di identificare un piano in modo completo e definitivo. Molti sono i livelli che si intersecano nella definizione, che esige un approccio multidisciplinare sulla considerazione delle categorie a rischio, date anche le incertezze e l'imprevedibilità dell'evoluzione della pandemia (con le varianti, che modificano anche le categorie dei soggetti a rischio), della disponibilità di vaccini e della loro efficacia e delle conoscenze relative alla trasmissibilità del virus anche da parte dei soggetti vaccinati¹⁵.

E' indispensabile evidenziare la rilevanza della riflessione etica in questo ambito: non si tratta di una decisione amministrativa o politica, ma è indispensabile che sia eticamente giustificata nel contesto di un quadro di riferimento di principi e criteri¹⁶. Anche in questo ambito il pluralismo etico incide sulle proposte distributive¹⁷.

Nel contesto della visione libertaria, l'autodeterminazione, la capacità di pagare e la posizione sociale sono considerati criteri applicabili nella scala di priorità. La visione utilitarista, secondo il criterio costi/benefici, ritiene prioritaria la distribuzione per i giovani, con maggiori aspettative di vita (intermini di numero di anni da vivere) e qualità di vita¹⁸. Nel contesto della visione ispirata ai diritti umani, la scelta di priorità nella distribuzione dei vaccini deve rifarsi al principio morale e giuridico generale di uguaglianza e di assenza di ogni discriminazione, al principio morale integrativo dell'equità e dell'uguaglianza sostanziale di fronte a condizioni diseguali di partenza, con la considerazione della vulnerabilità

BIO), *Statement in the Context of the COVID-19 Crisis*, 2020; Unesco, International Committee for Bioethics and COMEST, *Statement on Covid-19: Ethical Considerations from a Global Perspective*, 2020.

¹⁴ Accademia Nazionale dei Lincei, *Accesso equo ai vaccini*, 1 giugno 2020.

¹⁵ G. PERSAD, M.E. PEEK, E.J. EMANUEL, *Fairly Prioritizing Groups for Access to COVID-19 Vaccines*, in *JAMA*, 324, 16, October 27, 2020, 1601-1602.

¹⁶ Il Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, 27 novembre 2020, richiama l'importanza e l'imprescindibilità della riflessione etica nell'ambito delle scelte di distribuzione, affinché queste avvengano nel rispetto di principi bioetici fondamentali e secondo criteri chiari e ben definiti.

¹⁷ J.H. WU, S.D. JOHN, ELI Y. ADASHI, *Allocating Vaccines in a Pandemic: The Ethical Dimension*, in *The American Journal of Medicine*, 6 July 2020, 1241-1242; E.J. EMANUEL, G. PERSAD, R. UPSHUR et al. *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, in *New England Journal of Medicine*, 382, 21, 2020, 2049-2055; S.J. ISMAEL, K. HARDY, M.C. TUNIS, K. YOUNG, N. SICARD, C. QUACH, *A Framework for the Systematic Consideration of Ethics, Equity, Feasibility, and Acceptability in Vaccine Program Recommendations*. *Vaccine*, 38, 36, Aug 10, 2020, 5861-5876; T.J. BOLLKY, L.O. GOSTIN, M.A. HAMBURG, *The Equitable Distribution of COVID-19 Therapeutics and Vaccines*, in *JAMA*, May 7, 2020, 2462-2463; F.M. RUSSELL, B. GREENWOOD, *Who should be Prioritised for COVID-19 Vaccination?*, in *Hum Vaccin Immunother*, 2020, 1-5; WHO, *Cadre de valeurs du SAGE de l'OMS pour l'attribution des vaccins anti-COVID-19 et la détermination des groupes à vacciner en priorité*, 14 septembre 2020.

¹⁸ A. GIUBILINI, J. SAVULESCU, D. WILKINSON, *COVID-19 Vaccine: Vaccinate the Young to Protect the Old?*, in *Journal of Law and Bioscience*, cit.

per specifici bisogni. In questa visione ogni persona deve essere trattata in modo uguale a patto che non ci siano ragioni per giustificare una differenza¹⁹. In questo senso sono irrilevanti le caratteristiche specifiche individuali. Ogni persona ha diritto a ricevere il vaccino a prescindere da età, sesso, stato socioeconomico, provenienza geografica e nazionalità, etnia, abilità, educazione e livello di cultura, credo religioso, ideologia politica.

E' questa la visione prioritaria che si è delineata ed espressa nei piani vaccinali dei diversi Paesi, e che ha visto predominare la teoria personalista, egualitaria e comunitaria, ossia la visione etica ispirata al riconoscimento dei diritti umani fondamentali basati sul principio di uguaglianza, giustizia e solidarietà verso i soggetti più vulnerabili.

Il principio di giustizia esclude sul piano etico il ricorso a scelte basate su lotterie che essendo casuali non considerano le vulnerabilità e esclude il criterio temporale (*first come, first served*) che finirebbe con l'agevolare²⁰, in modo discriminatorio, chi ha più facilità di accesso ai vaccini, per ragioni logistiche o di possibilità di acquisire informazioni.

Nell'orizzonte di uguaglianza, giustizia ed equità, la priorità deve inevitabilmente partire da una considerazione del rischio medico. Obiettivo dei vaccini è raggiungere l'immunità di comunità nel più breve tempo possibile, e, al tempo stesso, salvare persone che altrimenti morirebbero. E' particolarmente complesso definire i rischi, nell'ambito dei vaccini, che rimandano a diverse dimensioni, da un lato i rischi della salute individuale (etica clinica) e dall'altro i rischi della salute sociale (etica della salute pubblica)²¹. Sulla base di questa distinzione si giustificano diverse priorità.

¹⁹ World Health Organization (WHO): «Each person's interest should count equally unless there are good reasons that justify the differential prioritization of resources», reference number: WHO/RFH/20.2. This policy brief was developed by the WHO Working Group on Ethics and COVID-19. Si tratta di un documento 'vivente' (living document) aggiornato a fronte di nuove informazioni emergenti <https://www.who.int/blueprint/priority-diseases/key-action/EthicsCOVID-19resourceallocation.pdf> (ultimo accesso 9 maggio 2021).

²⁰ WHO, *A Global Framework to Ensure Equitable and Fair Allocation of COVID-19 Products and Potential Implications for COVID-19 Vaccines*, 18 June 2020; WHO, *Pandemic Influenza Preparedness Framework for the Sharing of Influenza Viruses and Access to Vaccines and other Benefits*, 2011; WHO, *Concept for Fair Access and Equitable Allocation of COVID-19 Health Products*. Final working version, October 2020; WHO, *SAGE Values Framework for the Allocation and Prioritization of COVID-19 Vaccination*, 14 September 2020; WHO, *Coronavirus Disease (COVID-19): Vaccine Access and Allocation*, 2020; WHO, *Ethics and Covid 19: Resource Allocation and Priority Setting*, 2020; WHO, *Global Leaders Unite to Ensure Everyone Everywhere can Access New Vaccines, Tests and Treatments for COVID-19*, April 2020; Health Policy Watch (8 May 2020), *World Health Assembly Resolution on COVID-19 Response: the Stark Choices Faced in a Polarized World of Global Health*. Cfr. anche CNB *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, 27 novembre 2020; cfr. anche la mozione del CNB, *Urgenza vaccinale: aspetti bioetici*, 12 marzo 2021.

²¹ Il CNB non ha esplicitamente trattato il tema delle 'categorie' essendosi espresso in un momento in cui ancora non vi erano i vaccini disponibili (il parere è stato approvato il 27 novembre 2020), la riflessione interna al Comitato non era sufficientemente matura, a causa anche dei tempi stretti imposti dall'agenda politica, che necessitava di una consulenza sul tema. Per queste ragioni il Comitato si è limitato ad identificare alcune linee riportate in nota al parere: «Fin da ora, e in via generale, fra le diverse fasce di cittadini da vaccinare è possibile ritenere che in via prioritaria nel perdurare delle gravi vicende pandemiche siano indicate: = Persone che nello svolgere la propria attività di lavoro si trovano a diretto contatto con soggetti malati Covid-19 con rischi diretti e indiretti (medici, infermieri, operatori sanitari, personale ausiliario, autisti di ambulanze, ricercatori, ecc.); = Persone indispensabili al mantenimento dei servizi essenziali di pubblica utilità e necessari al mantenimento dell'ordine pubblico e della funzionalità sociale (esercito, polizia, trasporti, insegnanti, fornitori di cibo, imprenditori, ecc.); = Anziani, ma anche adulti e minori, con gravi vulnerabilità e con elevato rischio di prevedibile aggravamento

La considerazione dei rischi diretti per la salute fonda la priorità per chi ha la probabilità di ammalarsi più gravemente e di morire, con l'obiettivo di ridurre la morbilità e mortalità, evitare la pressione sulle strutture sanitarie e sui reparti intensivi e difendere il diritto alla vita e alla salute. La considerazione dei rischi indiretti per la società identifica la rilevanza delle condizioni di maggiore esposizione a rischi a causa del luogo di vita/lavoro che impedisce il distanziamento fisico o a causa di abitudini o condizioni di vita/lavoro che non consentono l'igiene necessaria o l'uso di dispositivi di prevenzione. Tra i rischi indiretti rientra anche la probabilità di trasmettere il contagio. I rischi non vanno intesi in senso solo medico, ma anche nel senso ampio di rischi psicologici e socio-economici con riferimento ai determinanti della salute.

Nella definizione delle priorità nella distribuzione dei vaccini i rischi di malattia/morte, esposizione al virus, trasmissione al virus devono essere primariamente correlati all'età nella prima fase di distribuzione (essendo i due fattori, età e rischio, strettamente connessi), ma devono successivamente essere correlati anche alle condizioni psico-sociali²².

Il criterio medico del rischio porta all'identificazione prioritaria per i vaccini della categoria degli operatori sanitari pubblici e privati più esposti al contagio, con elevato rischio di contrarre la patologia e probabilmente trasmetterla in contesti sanitari e sociali. È stato però osservato che i rischi, per quanto alti, non sono così elevati come per altre categorie di individui per gli operatori sanitari: la mortalità è stata inferiore ad altre categorie di persone come gli individui affetti da multimorbilità, ospiti di residenze sanitarie assistite o residenze sanitarie per anziani (RSA). La motivazione che ha spinto ad identificare questa categoria come prioritaria è anche il "principio di reciprocità" (come ha stabilito l'Organizzazione Mondiale della Sanità)²³: la reciprocità si riferisce al dovere di compensare coloro che hanno compiuto gesti di generosità in passato, analogamente alla condizione in cui si può trovare chi ha donato un organo e successivamente ottiene una priorità. A questo argomento è stata aggiunta la

delle condizioni di salute se si infettassero con il virus Sars-Cov-2» (CNB, *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, 27 novembre 2020).

²² Va considerato che le priorità a volte possono sovrapporsi a causa della diversa disponibilità di vaccini indicate per fasce di popolazioni. Nell'ambito del piano vaccinale italiano, ad esempio, si è decisa in una certa fase l'attivazione del "doppio binario", dove accanto alla vaccinazione dei soggetti a rischio per età e per patologia si procedeva contemporaneamente alla vaccinazione di altri soggetti, non a rischio con altri vaccini. E' quanto avvenuto in Italia nella distribuzione di Pfizer, Moderna e Astrazeneca. Il "doppio binario" ha anticipato l'accesso di categorie professionali di persone senza patologie, rispetto ai soggetti fragili. Astrazeneca ha subito varie modifiche: la definizione della indicazione del vaccino per età 18-55, successivamente elevata a 65 anni, ulteriormente elevata oltre i 65 anni (in quanto rimaneva esclusa la fascia 65-70, sia da Astrazeneca che dal criterio anagrafico di Pfizer e Moderna, producendo di fatto una situazione di ingiustizia). Successivamente, a causa di episodi di eventi avversi su soggetti sotto i 60 anni, è stata raccomandata per i soggetti sopra i 60 anni. Peraltro gli sforzi organizzativi hanno inevitabilmente rallentato la prosecuzione delle priorità del canale dei soggetti particolarmente fragili, introducendo altre forme di ingiustizia.

²³ L'Organizzazione mondiale della sanità ha istituito un gruppo di lavoro "Strategic Advisory Group of Experts on Immunization" (SAGE) sul tema della distribuzione dei vaccini, che ha pubblicato vari documenti. WHO SAGE *values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination* (14 September 2020). In questo documento la reciprocità è definita: «honor obligations of reciprocity to those individuals and groups within countries who bear significant additional risks and burdens of COVID-19 response for the benefit of society » (<https://apps.who.int/iris/handle/10665/334299>, ultimo accesso 9 maggio 2021).

considerazione del bisogno sociale di proteggere il personale sanitario per curare i malati in generale, e in particolare in pandemia²⁴.

La priorità sulla base del rischio medico porta anche all'identificazione dei grandi anziani, come gruppo prioritario, perché costituiscono una categoria ad alto rischio di malattia grave e di morte nell'ambito della pandemia, essendo i grandi anziani generalmente in condizioni di comorbidità ossia compresenza di patologie. In questo senso i vaccini dovrebbero essere distribuiti prima agli anziani nelle RSA, in quanto in una condizione di particolare esposizione a rischi, vivendo in spazi ristretti e necessitando di assistenza quotidiana continua, di personale che nell'aiutarli non può mantenere la distanza richiesta per la prevenzione. Sono poi considerati anche gli anziani a domicilio, comunque in contatto con personale sanitario a rischio, badanti o caregiver. Tale visione è criticata nella prospettiva utilitarista che ritiene i vaccini (data anche la loro scarsa disponibilità) da destinarsi prioritariamente ai giovani, con una aspettativa di vita maggiore e probabilità di migliore qualità di vita, garantendo una massimizzazione complessiva del beneficio, salvando un maggior numero di vite con maggiori aspettative e migliore qualità. Perplesità sono emerse anche in visioni non utilitariste, sulla base della considerazione secondo la quale chi ha posto la priorità dei grandi anziani per i vaccini, non ha considerato che l'età non dovrebbe essere un criterio 'a priori' includente, così come nemmeno escludente, ma dovrebbe essere valutata in rapporto alla effettiva condizione di salute (alcuni anziani potrebbero essere in migliori condizioni di salute rispetto ai giovani)²⁵. L'età come fattore anagrafico a priori non tiene conto delle variabilità individuale.

Seppur comprensibile l'esigenza, per ragioni organizzative, di definizione di criteri generali, senza entrare nelle casistiche, va comunque rilevato che la priorità della vaccinazione di grandi anziani in RSA o strutture sanitarie o a domicilio ha portato alla posticipazione di persone con gravi patologie, a rischio di aggravamento e di morte in caso di infezione²⁶. Molte sono state le istanze di Società scientifiche e Associazioni di pazienti per evidenziare tale lacuna, con la richiesta di definire le priorità in base alla gravità delle patologie, a rischio per la vita, a prescindere dal criterio anagrafico²⁷. Rimanere in lista,

²⁴ WHO in *Ethics and COVID-19: Resource Allocation and Priority-setting*: «Prioritize those tasked with helping others. This principle can be used to justify the allocation of resources to those who have certain skills or talents that can save many other people, or because something is owed to them on account of their participation in helping others. May be most appropriate to guide the allocation of resources to health care workers, first responders, etc. ».

²⁵ Inoltre per le persone anziane si pone il problema della autonomia libertà e competenza, e in molti casi l'esigenza di una persona di fiducia o amministratore di sostegno o rappresentante legale.

²⁶ Questa la linea definita sin dall'inizio dal piano pandemico del Ministero della Salute (cfr. *Vaccinazione Anti-Sars-Cov-2/Covid-19*. Piano strategico. Elementi di preparazione e di implementazione della strategia vaccinale, 2 dicembre 2020, aggiornato il 12 dicembre 2020 (Decreto 2 gennaio 2021 - Adozione Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19) <https://bit.ly/3cabGfn> (ultimo accesso 9 maggio 2021).

²⁷ Nel piano pandemico vaccinale in Italia sono state identificate dal Consiglio Superiore della Sanità alcune patologie come rientranti nell'ambito della particolare vulnerabilità: insufficienza respiratorie, malattie cardiache, neurologiche, endocrine (diabete), fibrosi cistica, HIV, insufficienza renale, ipertensione arteriosa, malattie autoimmuni gravi (curate con immunosoppressori e cortisonici), epatiche, cerebrovascolari, oncologiche e talassemia, sindrome di Down, trapianto di organo, grave obesità. Le persone estremamente vulnerabili sono affette da condizioni che per danno d'organo pre-esistente, o che in ragione di una compromissione della risposta immunitaria a SARS-CoV-2 hanno un rischio particolarmente elevato di sviluppare forme gravi o letali di COVID-19. Cfr. *Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19 Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti-*

per queste persone, significa esporsi ad un elevato rischio di contrarre il virus, di non avere sufficienti cure continuative, di morire. In questo senso la discussione delle priorità con l'applicazione del criterio del rischio clinico ha posto l'attenzione sull'esigenza di anticipare la considerazione dei malati gravi, anticipandola nel contesto della vaccinazione degli operatori sanitari o dei grandi anziani nelle RSA. Successivamente il piano vaccinale è stato ulteriormente rielaborato sulla base di criteri di alternanza età e gravità (con comorbidità moderata) con una graduazione del rischio, progressivamente in funzione dell'età e della comorbidità da più grave a meno grave²⁸.

Altre problematicità emergono nella definizione di priorità successive, con particolare riferimento alla trasmissione dei contagi e all'esposizione al virus, oltre ai rischi psico-sociali di persone vulnerabili, per ragione di condizione sociale, di vita e/o di occupazione.

In questo contesto il piano vaccinale aveva anche considerato il riferimento ai lavoratori di servizi pubblici essenziali²⁹ con priorità per coloro che sono esposti maggiormente a rischi a causa della professione, che non possono lavorare in smart working o lavoro in remoto online e che svolgono una funzione non sostituibile o non facilmente sostituibile nella società. In questo contesto sono state indicate lacune categorie. La categoria degli insegnanti delle scuole (personale universitario e scolastico, docente e non docente), con riferimento alla scuola primaria e secondaria e successivamente alle scuole superiori e alle università: tale scelta di priorità è stata motivata dall'esigenza sociale dell'educazione, gravemente ostacolata dalla pandemia per ragioni di salute e sicurezza. Un peso particolare è stato sostenuto dai bambini più piccoli, che hanno più difficoltà di apprendimento e concentrazione on line, necessitando per un adeguato apprendimento di un contesto di relazione con gli insegnanti e i compagni (peraltro l'educazione da remoto, per i piccoli, costituisce un aggravio per le famiglie in cui entrambi i genitori lavorano). Sul piano etico è emerso inoltre il problema dell'impossibilità della didattica a distanza per ragioni di disagio socio-economico: il 'divario digitale' a causa dell'assenza di computer, connessione e competenze digitali, ha aumentato le disuguaglianze.

Altra categoria considerata è quella delle forze dell'ordine (forse armate, forse di polizia, guardia di finanza, capitaneria di porto e soccorso pubblico, con vigili del fuoco e protezione civile), in quanto necessarie per la pubblica sicurezza sociale ed esposte al contagio, spesso non potendo lavorare da remoto e dovendo garantire la presenza sul territorio. In aggiunta il piano prevedeva anche le vaccinazioni per i servizi penitenziari (polizia penitenziaria, personale carcerario, detenuti) e altre comunità

SARS-CoV-2/COVID-19, 10 marzo 2021 (Decreto 12 marzo 2021 - Approvazione del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 costituito dal documento recante «Elementi di preparazione della strategia vaccinale», di cui al decreto 2 gennaio 2021 nonché dal documento recante «Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti SARS-CoV-2/COVID-19» del 10 marzo 2021).

²⁸ *Campagna vaccinale, firmata l'Ordinanza n. 6/2021 del Commissario per l'emergenza Covid-19*, 9 Aprile 2021 (<https://bit.ly/2SP2ere>, ultimo accesso 9 maggio 2021). L'ordinanza, in linea con il Piano nazionale del Ministero della Salute approvato con decreto 12 marzo 2021, dispone il seguente ordine di priorità ai fini della vaccinazione: con il completamento delle persone di età superiore agli 80 anni e delle persone con elevata fragilità, includendo anche familiari conviventi, caregiver, genitori/tutori/affidatari, le persone di età compresa tra i 70 e i 79 anni e, a seguire, di quelle di età compresa tra i 60 e i 69 anni.

²⁹ *Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19 Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19*, 10 marzo 2021.

residenziali (socio-sanitarie, civili e religiose)³⁰, quali luoghi ove non è possibile osservare il distanziamento. Ma anche in questo ambito andrebbero menzionate le famiglie numerose e multigenerazionali, che vivono in case non spaziose, dove il contagio si può rapidamente diffondere a molte persone contestualmente.

Nell'ambito di alcuni documenti internazionali³¹ sono emerse altre categorie essenziali per la società: coloro che lavorano nell'ambito della produzione e distribuzione di cibo e dell'acqua, trasporti, aziende farmaceutiche, operatori ecologici, giornalisti, imprenditori e lavoratori ecc. Difficile, in questo ambito, definire la priorità di occupazioni sulla base della maggiore o minore essenzialità. Tutte le categorie hanno un ruolo nella società; ogni lavoro contribuisce alla comunità, seppur in pandemia alcune categorie di lavoro possano assumere un ruolo di particolare significatività. Per lavori essenziali si intende i lavori che consentono l'esistenza della società e la cui sospensione a lungo termine o la loro sparizione provocherebbe la distruzione del senso stesso della società. Di fatto il criterio delle categorie essenziali per la società, nell'ambito dell'applicazione nel piano vaccinale italiano, ha dato luogo ad una diversità di interpretazioni e realizzazioni in diversi contesti, oltre che ad abusi da parte di individui non appartenenti alle specifiche categorie professionali³².

Nell'ambito delle priorità emerge la categoria della particolare vulnerabilità psico-sociale o socio-demografica e culturale. Con questa espressione si indicano le categorie che a causa dei determinanti sociali della salute si trovano maggiormente esposti al rischio del contagio in pandemia. È nota la correlazione tra condizioni socio-economiche e condizioni di salute: precisamente, le condizioni socio-economiche sfavorevoli sono inversamente proporzionate alla salute³³. Lo status sociale ed economico basso (i più poveri) incide sul livello di istruzione, sulle condizioni abitative, sulla difficoltà di accesso ai servizi sanitari, oltre alla difficoltà di gestire il lavoro da casa in remoto (per mancanza di computer, connessione e competenze tecnologiche come detto), con la conseguenza di doversi muovere con

³⁰ Su questo punto il CNB è ulteriormente intervenuto sui criteri distributivi, alla luce della discussione emersa sul piano vaccinale, con la mozione su *Urgenza vaccinale: aspetti bioetici* (12 marzo 2021). Il CNB condivide il Piano vaccinale, valutando la vulnerabilità, in relazione alle patologie, con connotazione più o meno grave, all'età anagrafica, all'esposizione al virus, con riferimento ai luoghi e alle attività a maggior rischio. Tra le integrazioni del Piano, certamente condivisibili: «la vaccinazione dei conviventi e dei caregiver che forniscono assistenza continuativa in forma gratuita o a contatto ai disabili gravi»; e la vaccinazione dei genitori/tutori/affidatari «nel caso di minori che rientrano nella definizione di estremamente vulnerabili e che non possono essere vaccinati per mancanza di vaccini indicati per la loro fascia di età». Il Comitato sottolinea alcune criticità relative alle difficoltà di accesso vaccinale per gli anziani nelle regioni che consentono l'accesso solo digitalmente, e alle difficoltà procedurali per i soggetti particolarmente fragili.

³¹ Cfr. in particolare WHO, *SAGE Values Framework for the Allocation and Prioritization of COVID-19 Vaccination*, 14 September 2020; National Academy of Sciences. *A Framework for Equitable Allocation of Vaccine for the Novel Coronavirus*, August 2020.

³² CNB, *Urgenza vaccinale: aspetti bioetici*, 12 marzo 2021. Il Comitato ha sottolineato come sia necessaria una "particolare attenzione nell'informare i cittadini, affinché tutti possano aderire in modo consapevole alla campagna vaccinale. La possibilità di procedere "in parallelo" nell'utilizzo dei vaccini disponibili (considerando età, gravità e ruoli sociali) rischia, se non è chiarita nella comunicazione ai cittadini, di creare sospetti di disegualanze in chi è stato vaccinato e chi è in attesa di essere vaccinato".

³³ I. SOMMER, U. GRIEBLER, P. MAHLKNECHT et al., *Socioeconomic Inequalities in Non-communicable Diseases and their Risk Factors: an Overview of Systematic Reviews*, in *BMC Public Health*, 15, 2015, 914.

trasporti pubblici e lavorare a contatto con persone, con maggiore esposizione a rischi³⁴. I residenti nelle case popolari e le popolazioni a basso reddito sono a maggior rischio durante una pandemia per alloggi inadeguati, scarsa igiene, difficoltà di distanziamento, impossibilità di procurarsi mascherine. Anche sul piano del lavoro, occupazioni che implicano una prossimità fisica (lavori di cura, lavoro domestico, lavoro pubblico), e che a loro volta sono prevalenti fra le fasce di popolazione con risorse economiche più limitate, rappresentano un elemento di forte esposizione e di accresciuto rischio di contagio. Altri fattori di vulnerabilità che la pandemia fa emergere sono legati alla preparazione culturale e all'educazione alla salute (la c.d. *health literacy*), che costituisce una barriera all'accesso ai servizi sanitari. Il livello generale di istruzione e la capacità di utilizzare le tecnologie dell'informazione è importante per avere un'adeguata preparazione. Nell'ambito della pandemia chi vive in condizioni socio-demografiche sfavorevoli, è predisposto a contrarre in modo grave il virus. In questo senso il criterio etico di equità deve compensare le ineguaglianze³⁵, con particolare attenzione alle minoranze etniche, ai migranti in condizioni di irregolarità, ai richiedenti asilo, alle fasce sociali con più basso reddito. Una specifica considerazione va riservata per le persone con disabilità cognitiva e motoria, per l'incapacità di osservare le regole di prevenzione e l'esigenza di avere persone vicine che li accudiscono. Tali persone dovrebbero essere coinvolte in modo attivo per comprendere le barriere critiche e garantire un'inclusione nel programma vaccinale.

I giovani sono una categoria che è collocata in genere per ultima nell'ordine di priorità perché ha meno rischi di gravità, anche se aumenta il rischio di trasmettere il contagio. Su questo punto i dati sono incerti: sulla trasmissione del virus da parte dei giovani emergono situazioni variabili nei diversi contesti sociali. Risulta generalmente che i giovani abbiano meno attenzione a dispositivi di prevenzione e più conseguenze psicologiche per le misure di contenimento³⁶. I minori non sono ancora considerati nel piano vaccinale in quanto non è stata avviata ancora una sperimentazione su di loro, che risulta invece necessaria. Altra categoria non esplicitamente considerata è quella delle donne in gravidanza, escluse dalla sperimentazione: emerge l'esigenza di estrapolazione dei dati per verificare condizioni sufficienti di sicurezza ed efficacia³⁷.

4. La distribuzione globale

Sta sempre più emergendo la consapevolezza che la giusta distribuzione non può limitarsi al contesto nazionale ma deve estendersi alla considerazione globale di ogni Paese, soprattutto nei Paesi a basso e medio reddito. Non usciranno mai completamente dalla pandemia se non usciamo tutti dalla

³⁴ B. BURSTRÖM, TAO, *Social Determinants of Health and Inequalities in COVID-19*, in *European Journal of Public Health*, 30, 4, 2020, 617–618.

³⁵ Comité de Bioéthique Conseil de l'Europe, DH-BIO, *Covid-19 and Vaccines: Ensuring Equitable Access to Vaccination during the Current and Future Pandemics*, 22 January 2021.

³⁶ Cfr. CNB, *Covid-19 e bambini: dalla nascita all'età scolare*, 23 ottobre 2020, dedicato solo ai bambini. Il CNB sta elaborando anche un documento dedicato alle problematiche per gli adolescenti.

³⁷ CNB, *Urgenza vaccinale: aspetti bioetici* (12 marzo 2021) sollecita alla sperimentazione sui minori e le donne in gravidanza, per un completamento delle vaccinazioni nella popolazione.

pandemia. Emerge l'esigenza di cooperazione internazionale per sostenere i paesi più poveri nell'ottenere le dosi di vaccini sia per ragioni utilitaristiche che solidaristiche³⁸.

L'iniziativa Covax, coordinata dal GAVI54 e posta sotto l'egida della CEPI (Coalition for Innovations in Epidemic Preparation, fondata nel 2017) e dell'OMS, va in questa direzione, includendo una strategia di distribuzione dei futuri vaccini contro il Covid-19. Il Covax è una garanzia di mercato (AMC, Advanced Market Commitment), vale a dire un meccanismo in cui i Paesi partecipanti uniscono il loro potere d'acquisto al fine di creare un sistema di produzione su larga scala e garantire un rapido accesso a dosi di vaccini sicuri ed efficaci previa approvazione. Prevede un meccanismo di allocazione tra Paesi (dosi per il 20% della popolazione), insieme a un meccanismo di allocazione supervisionato dall'OMS per aiutare a proteggere i gruppi più a rischio in tutti i Paesi partecipanti, compresi quelli che non possono permettersi di finanziarli. Sfruttando il peso rappresentato dalla partecipazione finanziaria delle economie ad alto reddito, lo strumento Covax negozia e mira a garantire l'accesso ai vaccini per tutti. La Commissione Europea ha fornito un sostegno consistente a questa iniziativa.

La strategia del Covax Facility si basa sull'idea che una pandemia globale non può essere superata se i meccanismi di allocazione sono basati esclusivamente sulla concorrenza tra nazioni e accordi di mercato bilaterali, che non possono garantire l'approvvigionamento a tutti. Tale ragionamento si basa sia su considerazioni di giustizia che su considerazioni pragmatiche-utilitaristiche poiché «nessuno è al sicuro finché tutti non sono al sicuro» e risponde in modo parziale ma comunque significativo alle obiezioni sollevate contro il "nazionalismo predatorio"³⁹. Altre iniziative, come l'iniziativa dei cittadini europei "Non Profit on Pandemic", utilizzano la nozione di "bene pubblico globale" per affermare, in considerazione dell'enorme finanziamento pubblico nella ricerca e nello sviluppo di vaccini, i principi del libero accesso ai vaccini, del controllo pubblico sui risultati della ricerca (proprietà intellettuale) e dei costi per i sistemi sanitari, nonché della trasparenza sui contratti tra Stati e industrie. Tutte le iniziative, a diversi livelli, implicano innovazione sociale, economica e giuridica, offrendo un nuovo approccio alle risposte collettive da costruire in una situazione pandemica. Tali considerazioni vanno poste al centro del dibattito pubblico, sia per le loro potenzialità innovative, sia per le risposte, anche se parziali, comunque di altro rilievo morale.

Nel solco dei Sustainable Development Goals (SDGs) e del Global Compact è urgente concepire nuovi approcci e dare inizio immediatamente a negoziati per il raggiungimento di un patto che contemporaneamente permetta la realizzazione e la produzione dei vaccini, nei modi più possibile efficienti e sostenuti dai necessari investimenti, e ne garantisca l'accesso a tutti a condizioni eque⁴⁰.

³⁸ E.J. EMANUEL, G. PERSAD, A. KERN et al., *An Ethical Framework for Global Vaccine Allocation*, in *Science*, 11 September 2020, 1309-1312.; G. BROCK, *Theories of Global Justice*. In: J. LINARELLI (ed.), *Research Handbook on Global Justice and International Economic Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK 2013; Y. LIU, S. SALWI, B.C. DROLET, *Multivalue Ethical Framework for Fair Global Allocation of a COVID-19 Vaccine*, in *Journal of Medical Ethics*, 46, 8, Aug 2020, 499-501; United Nations, *Quick, Equal, Affordable Access to COVID-19 Vaccine Must Be Considered Global Public Good, Secretary-General Says in Remarks to Africa Dialogue Series*, 20 May 2020.

³⁹ Accademia dei Lincei, *A Global Strategy for Coordinated Production and Equitable Distribution of Vaccines*, Statement by the Lincei Committee on Covid, 20 novembre 2020 (<https://bit.ly/3wNyM3j>, ultimo accesso 9 maggio 2021).

⁴⁰ Joint Statement by the UNESCO International Bioethics Committee (IBC) and the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), *Call for Global Vaccines Equity and Solidarity*, 24 February 2021.

5. Riflessioni conclusive

Anche sul tema della pianificazione della distribuzione vaccinale emerge in modo forte l'esigenza di una riflessione etica, preliminare e in itinere dinamicamente, sia nazionale che globale. Molti comitati hanno istituito apposite commissioni interdisciplinari presso o in collaborazione con il Ministero della Salute per elaborare documenti dinamici ('viventi'), flessibili in base al mutarsi delle circostanze per una discussione interdisciplinare, ove l'elaborazione dell'etica fosse tematizzata⁴¹.

Un elemento emerso in modo unanime è anche la esigenza che i criteri di distribuzione siano definiti con trasparenza e comunicati con chiarezza alla società, per fare comprendere che non ci sono arbitri e privilegi indebiti, ma che la giustizia esige un ordine nelle diverse fasi distributive non stabilendo gerarchie di valore, ma evidenziando le esigenze specifiche sulla base di argomenti e motivazioni. È emersa l'esigenza, oltre che di una riflessione di scienziati ed esperti multidisciplinari, anche di una consultazione sociale "dal basso" per la definizione delle priorità, ma i tempi stretti dell'emergenza pandemica, non lo hanno reso concretamente possibile⁴². Sarebbe stato rilevante poter ascoltare anche le voci dei cittadini mediante un coinvolgimento pubblico ("*public engagement*"), esperienza già presente in molti Paesi, e che avrebbe anche consentito di meglio articolare talune applicazioni considerando i bisogni concreti (difficoltà organizzative, fragilità non adeguatamente considerate, ecc.).

L'elemento che più conta sotto il profilo etico è che la giustizia, seppur complessa da realizzare non può e non deve in alcun modo dimenticare l'esigenza di una giustizia globale, unica vera condizione per raggiungere l'obiettivo finale di una immunizzazione indotta collettiva e l'effettivo contenimento della circolazione del virus in modo definitivo. La pandemia fa emergere la consapevolezza dei limiti dell'individualismo e della strutturale relazionalità ed interdipendenza di ogni essere umano rispetto a qualsiasi altro essere umano, una consapevolezza che ognuno di noi dovrebbe acquisire per un'autentica difesa della salute come "bene pubblico globale" oltre che come "bene individuale", per una promozione dell'uguaglianza senza discriminazioni.

⁴¹ Comité Nationale d'Étique (Francia), Enjeux éthiques d'une politique vaccinale contre le SARS-COV-2. Réponse du CCNE à la saisine du ministre des solidarités et de la santé, 18 décembre 2020; Deutscher Ethikrat and the National Academy of Sciences Leopoldina, Position Paper of the Joint Working Group of Members of the Standing Committee on Vaccination, How should Access to a COVID-19 Vaccine be Regulated?, 2020; Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique, Avis n° 75 du 11 décembre 2020 relatif aux repères éthiques en vue du déploiement de la vaccination anti-COVID-19 au bénéfice de la population belge, Avis n° 75 du 11 décembre 2020; Nuffield Council on Bioethics, Fair and Equitable Access to COVID-19 Treatments and Vaccines, 29 May 2020; Cyprus Committee for Bioethics, Opinion on Vaccinations against Covid-19, January 2021; Estonia, Ethical Framework for Covid-19 Vaccination, 10 December 2020; Comitato Sammarinese di Bioetica, Vaccine Coverage against SARS-COV-2. The Bioethical Bases for a Health Pact, 13 gennaio 2021; United State, The Hastings Center, Ethical Challenges in the Middle Tier of Covid-19 Vaccine Allocation: Guidance for Organizational Decision-Making, 15 January 2021; The Advisory Committee on Immunization Practices, Interim Recommendation for Allocating Initial Supplies of COVID-19 Vaccine, United States, 2020; National Academy of Sciences, A Framework for Equitable Allocation of Vaccine for the Novel Coronavirus, August 2020.

⁴² J.H. WILLIAMS, A. DAWSON, *Prioritising Access to Pandemic Influenza Vaccine: A Review of the Ethics Literature*, in *BMC Medical Ethics*, 21, 2020, 40. Si tratta di temi già emersi anche in precedenti pandemie.

Le proposte di Regolamento UE sul Certificato COVID digitale UE tra tutela della salute, libertà di circolazione e protezione dei dati personali

Chiara Angiolini *

THE PROPOSALS FOR A REGULATION ON THE EU DIGITAL COVID CERTIFICATE, BETWEEN HEALTH PROTECTION, FREEDOM OF MOVEMENT AND PERSONAL DATA PROTECTION

ABSTRACT: The article analyses the most relevant aspects of the proposal for a regulation on the EU Digital COVID Certificate. Firstly, it describes the framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery. Then, the article focuses on three main aspects: (1) the role of the system of the EU Digital COVID Certificate with respect to the exercise of freedom of movement within the EU; (2) the intersections between certification, scientific knowledge and restrictions on freedom of movement adopted by the Member States; (3) data processing related to the certificates' systems

KEYWORDS: COVID-19; Certificate; EU Regulation; proportionality; freedom of movement

SOMMARIO: 1. Il «Certificato COVID digitale UE»: libertà di circolazione, gestione della pandemia, protezione dei dati personali – 2. Il sistema delineato nella proposta di regolamento – 3. Segue. Utilizzo dei certificati e libertà di circolazione all'interno dell'UE – 4. Sistema dei certificati e divieto di discriminazione nelle restrizioni alla libera circolazione – 5. «Certificato COVID digitale UE», valutazione delle evidenze scientifiche e proporzionalità delle restrizioni alla libertà di circolazione – 6. I profili connessi alla protezione dei dati personali alla luce del parere congiunto reso dal CEPD e dal GEPD – 6.1 Le categorie di dati personali oggetto di trattamento – 6.2. L'applicazione dell'art. 9 Reg. UE 2016/679 in materia di categorie particolari di dati personali e la base giuridica utilizzata – 6.3. La definizione dei ruoli relativi al trattamento dei dati personali – 6.4. Finalità del trattamento e futuri usi dei certificati – 6.5. La conservazione – 6.6. Misure a tutela dei diritti fondamentali e relative all'esercizio dei diritti degli interessati – 6.7. Il trasferimento dei dati personali verso paesi terzi – 7. Il sistema del Certificato COVID digitale UE in un contesto di incertezza scientifica.

* *Assegnista di ricerca in diritto privato; Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Trento. Mail: chiara.angiolini@unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Il «Certificato COVID digitale UE»: libertà di circolazione, gestione della pandemia, protezione dei dati personali

Il 17 marzo 2021 la Commissione UE ha adottato una proposta di regolamento relativa al Certificato COVID digitale UE¹, applicabile ai cittadini europei e ai loro familiari e una seconda proposta con cui si estende tale disciplina ai cittadini dei paesi terzi che risiedono o soggiornano regolarmente nei territori degli Stati Membri e hanno il diritto di spostarsi in altri paesi UE². Le proposte sono accompagnate dalla Comunicazione *Un percorso comune per una riapertura in sicurezza e duratura*, che le inquadra nella strategia europea di gestione della crisi sanitaria. Per quanto riguarda la protezione dei dati, la Commissione il 17 marzo ha richiesto, sulla base dell'art. 42, paragrafo 2 del Reg. UE 2018/1725, un parere congiunto al Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (CEPD) e al Garante Europeo per la Protezione dei Dati (GEPD) relativo ad entrambe le proposte. Il parere 4/2021 è stato adottato dalle due autorità il 31 marzo 2021³.

In questo contributo si svolgerà un'analisi critica degli aspetti più rilevanti della proposta di regolamento che istituisce il sistema del Certificato COVID digitale UE, il cui esame, alla data in cui si scrive (5 giugno 2021) è in corso: il 21 maggio è stato pubblicato il testo che è esito dei negoziati fra le istituzioni europee di entrambe le proposte appena menzionate e che a breve sarà sottoposto all'approvazione del Parlamento Europeo e del Consiglio⁴. In particolare, dopo l'esame del sistema disegnato dalla proposta nel testo pubblicato il 21 maggio 2021 si prenderanno in esame tre profili: (1) il ruolo del sistema del Certificato COVID digitale UE rispetto all'esercizio della libertà di circolazione; (2) l'intreccio fra

¹ Si tratta della *Proposta di regolamento su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di COVID-19*, COM/2021/130 final, 17 marzo 2021. La proposta, nella versione iniziale redatta dalla Commissione, è consultabile all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0130> (ultima consultazione: 5 giugno 2021).

² *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per i cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti o regolarmente residenti nel territorio degli Stati membri durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale)*, COM(2021) 140 final 2021/0071(COD), 17 marzo 2021. La proposta, nella versione iniziale redatta dalla Commissione, è consultabile all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=COM:2021:140:FIN> (ultima consultazione: 5 giugno 2021).

³ Il parere 4/2021 è consultabile all'indirizzo: https://edps.europa.eu/system/files/2021-04/21-03-31_edpb_edps_joint_opinion_digital_green_certificate_en_0.pdf (ultima consultazione: 5 giugno 2021).

⁴ Nel momento in cui si scrive, il 5 giugno 2021, il testo frutto dei negoziati fra le istituzioni europee è accessibile, in inglese, a questo indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9038_2021_INIT&from=IT (ultima consultazione: 5 giugno 2021). Per quanto riguarda le informazioni sull'esito dei negoziati si veda: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2593 (ultima consultazione: 5 giugno 2021) rispetto alla posizione del Consiglio: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/05/21/covid-19-coreper-endorses-political-agreement-on-the-eu-digital-covid-certificate-to-facilitate-free-movement/> (ultima consultazione: 24 maggio 2021) e rispetto alla posizione del Parlamento: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210517IPR04111/eu-digital-covid-certificate-provisional-deal-between-parliament-and-council> (ultima consultazione: 24 maggio 2021). Inoltre è del 26 maggio l'endorsement del Comitato per le Libertà Civili, su cui: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210517IPR04111/eu-digital-covid-certificate-provisional-deal-between-parliament-and-council> (ultima consultazione: 5 giugno 2021).

certificazione, conoscenze scientifiche e restrizioni in materia di libertà di circolazione adottate dagli Stati Membri; (3) gli aspetti connessi alla protezione dei dati personali.

2. Il sistema delineato nella proposta di regolamento

La proposta di Regolamento, secondo quanto dispone l'art. 1, definisce un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati di vaccinazione, di test e di guarigione, denominato «Certificato COVID digitale UE», volto ad agevolare l'esercizio del diritto di libera circolazione durante la pandemia di COVID-19 da parte dei loro titolari.

Tale sistema dovrebbe permettere il rilascio, la verifica e l'accettazione transfrontaliera di tre diversi certificati, «di vaccinazione», «di test», «di guarigione», concepiti come sicuri e interoperabili⁵. Occorre sottolineare che la proposta definisce ciascuno dei tre eventi medici oggetto dei certificati in modo dettagliato⁶.

Tali certificati sarebbero rilasciati, a scelta dell'interessato, in formato cartaceo o digitale, o in entrambe i formati, nelle lingue o nella lingua ufficiale dello Stato Membro e in inglese e dovrebbero

⁵ L'art. 3 della proposta delinea il sistema del «Certificato COVID digitale UE». I certificati di vaccinazione, di test e di guarigione sono descritti come sicuri e interoperabili rispettivamente agli artt. 5, par. 3, 6, par. 3 e 7, par. 3, che fanno riferimento all'art. 3, par. 2 che fornisce alcune indicazioni sui caratteri di tali certificati. Il riferimento all'interoperabilità è onnipresente: si rinvia ad esempio, nella definizione dell'oggetto della proposta di Regolamento (art. 1), nella nozione di Certificato COVID digitale UE di cui all'art. 2, paragrafo 1, n. 2 della proposta, nell'art. 3.

⁶ In particolare, il certificato di vaccinazione (art. 5 della proposta), rilasciato automaticamente o su richiesta da ciascuno Stato Membro concerne l'avvenuta somministrazione di un vaccino anti-COVID nello Stato Membro di rilascio del certificato e dovrebbe contenere anche l'informazione relativa al numero delle dosi di vaccino ricevute, e al completamento del ciclo vaccinale. Il certificato di test, anch'esso rilasciato automaticamente o su richiesta dell'interessato da ciascuno Stato Membro, attesterebbe il risultato di un test molecolare o di un test antigenico rapido fra quelli contenuti nell'elenco comune stabilito sulla base della raccomandazione 2021/C 24/01 del Consiglio. I test sono definiti nell'art. 2, paragrafo 1, nn. 4 e 5 della proposta di regolamento e nell'art. 3 e devono essere svolti da personale sanitario o da personale qualificato nello Stato Membro che rilascia il certificato. Per la lista dei test si veda il documento *EU health preparedness: A common list of COVID-19 rapid antigen tests, including those of which their test results are mutually recognised, and a common standardised set of data to be included in COVID-19 test result certificates*, concordato nell'ambito dell'*Health Security Committee* il 17 febbraio 2021 e aggiornato, per quanto riguarda l'allegato II, il 19 marzo 2021, e per quanto riguarda l'allegato I, il 10 maggio 2021. Il documento è consultabile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/preparedness_response/docs/covid-19_rat_common-list_en.pdf (ultima consultazione: 21 maggio 2021). Il riferimento al tipo di test è molto preciso, in quanto la norma fa riferimento a un test NAAT, definito dall'art. 2, par. 1, n. 4 come test molecolare di amplificazione dell'acido nucleico (NAAT), quali le tecniche di reazione a catena della polimerasi-trascrittasi inversa (RT-PCR), amplificazione isotermica mediata da loop (LAMP) e amplificazione mediata da trascrizione (TMA), utilizzato per rilevare la presenza dell'acido ribonucleico (RNA) del SARS-CoV-2 e il test antigenico rapido a cui si fa riferimento sono definiti dall'art. 2, par. 1, n. 5 come metodo di test basato sull'individuazione di proteine virali (antigeni) mediante immunodosaggio a flusso laterale che dà risultati in meno di 30 minuti. Infine, il certificato di guarigione è definito come un certificato comprovante che il titolare risulta guarito da un'infezione da SARS-CoV-2 successivamente a un test molecolare (NAAT) positivo svolto da personale sanitario o da personale qualificato nello Stato Membro che rilascia il certificato (Art. 3, par. 1, lett. c. della proposta). Tale certificato può essere rilasciato al più presto undici giorni dopo la data in cui la persona è stata sottoposta per la prima volta a un test NAAT per l'infezione SARS-COV 2 che ha dato risultato positivo (art. 7, par 1, della proposta). Su tale ultimo aspetto si veda anche il § 5.

contenere un codice a barre interoperabile, che consentirebbe di verificarne l'autenticità, la validità e l'integrità⁷. Nel disegnare il sistema dei certificati la proposta presta attenzione a possibili discriminazioni nell'accesso a questi, contribuendo ad evitarle attraverso la previsione dell'obbligo degli Stati Membri di rilasciare i certificati gratuitamente, salvo nel caso perdita ripetuta del certificato da parte del titolare⁸.

Occorre anche considerare che il Comitato Europeo per la Protezione dei dati (CEPD) e il Garante Europeo per la Protezione dei dati (GEPD), nel parere congiunto 4/2021 hanno preso in esame diversi aspetti di carattere generale relativi al sistema dei certificati. Si legge nel parere che in ragione del principio della protezione dei dati *by default* dovrebbero essere impiegati processi di verifica che non implicino il trattamento dei dati personali, ove tecnicamente possibile⁹. Infine, in relazione alla procedura di rilascio dei certificati il CEPD e il GEPD hanno affermato che nella proposta dovrebbe essere chiarito se il certificato verrebbe creato automaticamente ma fornito solo su richiesta dell'interessato, o se questo sarebbe generato solo su domanda di quest'ultimo¹⁰.

Tornando alla proposta, il quadro di fiducia – e cioè in pratica l'infrastruttura e le regole per il rilascio e la verifica dei risultati necessarie per la gestione del sistema dei certificati – sarebbe messo a punto e mantenuto dalla Commissione e dagli Stati Membri¹¹. Nel considerando 15 si legge che il punto di partenza per istituire detto quadro dovrebbe essere costituito dallo schema sull'interoperabilità dei certificati sanitari, adottato il 12 marzo 2021 dalla rete *eHealth*¹². È del 1 giugno 2021 l'annuncio della Commissione dell'operatività, in alcuni Stati Membri, dell' «EU gateway», definito come «*a digital infrastructure connecting national databases that contain public signature keys*»¹³.

L'infrastruttura digitale dovrebbe essere definita in modo da garantire, per quanto possibile, l'interoperabilità con i sistemi tecnologici istituiti a livello internazionale¹⁴. In proposito, è importante richiamare le iniziative dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Infatti, il gruppo di lavoro in tema di «*Smart Vaccination Certificate*», costituito in seno all'OMS il 19 marzo 2021, ha pubblicato il documento *Interim guidance for developing a Smart Vaccination Certificate*, dove si propone un certificato relativo alla vaccinazione, immaginando di utilizzarlo per garantire la continuità della cura e per fornire la prova della vaccinazione¹⁵.

⁷ Art. 3, par. 2 della proposta. La previsione della possibilità di scelta degli interessati circa il formato dei certificati, assente nella versione della proposta presentata dalla Commissione, è stata caldeggiata, al fine di garantire l'inclusione di tutti i cittadini, dal Comitato Europeo per la protezione dei dati e dal Garante Europeo per la Protezione dei dati nel parere congiunto 4/2021 (§ 32).

⁸ Art. 3; tale norma è volta anche a non ostacolare la libera circolazione, come sottolineato dal considerando 14.

⁹ Si veda il § 35 del parere 4/2021.

¹⁰ Si veda il § 31 del parere 4/2021.

¹¹ Art. 4, par. 1.

¹² Tale schema è consultabile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/ehealth/docs/trust-framework_interoperability_certificates_en.pdf (ultima consultazione: 5 giugno 2021). La rete *eHealth* è stata istituita a norma dell'articolo 14 della direttiva 2011/24/UE.

¹³ Si veda, anche per ulteriori informazioni relative alla struttura del gateway: https://ec.europa.eu/commision/presscorner/detail/en/QANDA_21_2781 (ultima consultazione: 5 giugno 2021).

¹⁴ Art. 4.

¹⁵ L'*interim guidance* è consultabile all'indirizzo: https://cdn.who.int/media/docs/default-source/documents/interim-guidance-svc_20210319_final.pdf?sfvrsn=b95db77d_11&download=true (ultima consultazione: 5 giugno 2021).

Inoltre, rispetto alla costruzione dell'infrastruttura del Certificato COVID digitale UE è da segnalare il forte ruolo che la Commissione ricoprirebbe, attraverso l'adozione di atti di esecuzione concernenti vari aspetti, fra cui il rilascio e la verifica dei certificati e la sicurezza dei dati personali¹⁶.

Oltre a disegnare il sistema di certificati con riguardo agli Stati Membri, la proposta detta alcune regole relative ai certificati nei rapporti con i paesi terzi.

In primo luogo, si prevede che qualora un certificato sia stato rilasciato da un paese terzo e riguardi un vaccino che corrisponde a uno dei vaccini di cui all'art. 5 par. 5 della proposta e le autorità di uno stato membro abbiano ricevuto tutte le informazioni necessarie, inclusa una affidabile prova della vaccinazione, dette autorità potranno, su richiesta, rilasciare un certificato di vaccinazione ai sensi del Regolamento¹⁷. L'articolo 7a della proposta precisa anche che uno Stato Membro non può essere obbligato a rilasciare un certificato relativo a un vaccino non autorizzato sul suo territorio.

In secondo luogo, si prevede che la Commissione debba valutare se adottare un atto di esecuzione in base al quale sono considerati, al fine dell'esercizio del diritto di libera circolazione all'interno dell'UE, come i certificati rilasciati dagli Stati Membri i certificati emessi da paesi terzi che abbiano determinate caratteristiche. In particolare, la Commissione dovrà valutare se i) i certificati sono adottati in conformità con un sistema tecnologico e di standard che è interoperabile con il quadro di fiducia stabilito dal regolamento che permette la verifica dell'autenticità, della validità e dell'integrità del certificato, ii) che i certificati contengano tutti i dati definiti nell'allegato alla proposta¹⁸.

Infine, si prevede che la Commissione adotti un atto di esecuzione in base al quale sono accettati i certificati equivalenti a quelli rilasciati in conformità con le regole del «Certificato COVID digitale UE» da un paese terzo qualora i) quest'ultimo abbia concluso con l'Unione europea e i suoi Stati membri un accordo sulla libera circolazione delle persone che consente alle parti contraenti di limitare in modo non discriminatorio la libera circolazione per motivi di sanità pubblica e che non contiene un meccanismo di incorporazione degli atti dell'Unione europea e ii) la Commissione valuti, nella procedura di comitato di cui all'art. 13, par 2, della proposta, che tale paese terzo rilascia certificati equivalenti a quelli rilasciati in conformità con la proposta e che ha fornito garanzie formali che accetterà i certificati rilasciati dagli Stati membri¹⁹.

3. *Segue.* Utilizzo dei certificati e libertà di circolazione all'interno dell'UE

La proposta di Regolamento ha come obiettivo primario quello di favorire l'esercizio della libertà di circolazione, come risulta evidente già nel suo art. 1. Tale scopo si concretizza nella disciplina dell'utilizzo dei certificati, frutto anche della ripartizione delle competenze fra UE e Stati Membri nel quadro giuridico europeo. Infatti, questi ultimi decideranno del ruolo dei certificati – e degli eventi medici ivi descritti – rispetto alla definizione delle restrizioni alla libertà di circolazione necessarie per ragioni di

2021). Informazioni sul gruppo di lavoro sono consultabili all'indirizzo: <https://www.who.int/groups/smart-vaccination-certificate-working-group> (ultima consultazione: 5 giugno 2021).

¹⁶ Art. 8.

¹⁷ Art. 7a.

¹⁸ Art. 7a.

¹⁹ Si veda l'art. 3, par. 5.

sanità pubblica, secondo lo schema di competenze delineate dagli artt. 168 e 21 del Trattato sul Funzionamento dell'UE e dalla dir. 2004/38/CE²⁰.

Al contempo, le limitazioni alla libertà di circolazione dovranno rispettare i diritti fondamentali e i principi generali dell'UE. In proposito, vengono *in primis* in rilievo il divieto di discriminazione di cui all'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (CDFUE) e il principio di proporzionalità, anche in ragione dell'operare dell'art. 45 CDFUE, che sancisce la libertà di circolazione e soggiorno e dell'art. 52 CDFUE, che definisce le condizioni per la limitazione dell'esercizio delle libertà previsti dalla Carta²¹.

In tale contesto normativo, la proposta ribadisce il quadro delle competenze UE e l'importanza della libertà di movimento, prevedendo al contempo due meccanismi relativi alle restrizioni alla libertà di circolazione applicate dagli Stati Membri con riguardo ai titolari di un Certificato COVID digitale UE.

Sotto il primo profilo, l'art. 3, par. 3b della proposta prevede che il possesso di un Certificato COVID digitale UE non deve essere una preconditione per esercitare le libertà di movimento. Inoltre, secondo quanto dispone l'art. 3, par. 3a all'interno del certificato dovrebbe essere contenuta una frase in cui si precisa che questo non è un documento di viaggio, che le evidenze scientifiche relative alla vaccinazione contro il COVID-19, i test e la guarigione continuano a evolvere, anche rispetto delle varianti del virus e che prima di viaggiare è necessario controllare le misure di salute pubblica applicabili e le relative restrizioni attuate nel luogo di arrivo.

Venendo alle specifiche disposizioni relative al rapporto fra certificati e restrizioni alla libertà di circolazione, in primo luogo si prevede che qualora uno Stato Membro disponga che la prova di avvenuta vaccinazione, del risultato di un test molecolare o antigenico rapido o di guarigione siano la base per non applicare le restrizioni alla libertà di circolazione, allora lo stesso regime dovrà essere previsto per i corrispondenti certificati rilasciati dagli Stati Membri nel quadro del sistema del Certificato COVID digitale UE²². Occorre precisare che in relazione ai certificati di vaccinazione questo meccanismo è previsto con riguardo ai vaccini che abbiano ottenuto un'autorizzazione all'immissione in commercio ai sensi del reg. CE 726/2004. È poi lasciata agli Stati Membri la scelta se accettare Certificati COVID digitali UE di vaccinazione relativi a un vaccino anti COVID-19 che abbia ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio dall'autorità competente di uno Stato membro a norma della direttiva 2001/83/CE, un vaccino anti COVID-19 la cui distribuzione sia stata temporaneamente autorizzata ai

²⁰ In particolare, viene in gioco l'art. 29 della dir. 2004/38 che, com'è noto, prevede le limitazioni alla libertà di circolazione che gli Stati Membri possono adottare per ragioni di sanità pubblica, che sono anche quelle relative a malattie con potenziale epidemico, definite dall'Organizzazione mondiale della sanità. Come è impossibile non sapere, varie limitazioni sono state adottate nel contesto dell'attuale pandemia, dichiarata come tale l'11 marzo 2020 dall'OMS. Su tale dichiarazione, si veda il discorso del direttore generale dell'OMS: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (ultima consultazione: 2 aprile 2021). Per una descrizione delle varie misure si veda: I. GOLDNER LANG, «Laws of Fear» in the EU: The Precautionary Principle and Public Health Restrictions to Free Movement of Persons in the Time of COVID-19, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, spec. 4.

²¹ L'intreccio dei diversi piani emerge anche nei considerando della proposta, che in chiave generale ribadiscono, anche citando la Raccomandazione del Consiglio 2020/1475, che tutte le restrizioni alla libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione attuate per limitare la diffusione della COVID-19 non dovrebbero andare al di là di quanto strettamente necessario per tutelare la salute pubblica e devono essere applicate nel rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione. Si vedano i cons. 4 e 6 della proposta. Si veda anche la relazione di accompagnamento alla proposta, 6.

²² Si vedano rispettivamente gli artt. 5, par. 5, 6, par. 5, 7, par. 5 della proposta.

sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2001/83/CE o un vaccino anti COVID-19 che figurino nell'elenco per l'uso di emergenza dell'OMS²³. Inoltre, si prevede che qualora uno Stato Membro accetti, al fine di non applicare le restrizioni alla libera circolazione, un certificato relativo a un vaccino il cui riconoscimento è facoltativo ai sensi dell'art. 5(2) della proposta, allora dovrà accettare anche i certificati per lo stesso vaccino contro il COVID-19 rilasciati da uno Stato Membro²⁴. Rispetto all'applicazione pratica di tale meccanismo, con un esempio, se uno Stato Membro prevedesse che chi è vaccinato possa entrare nel paese, allora anche chi avesse un certificato che attestasse quella condizione, rilasciato da altro Stato membro, dovrebbe poter entrare nel primo paese. Questo sistema di riconoscimento è volto a costruire un coordinamento fra Stati Membri rispetto al sistema di certificazione di alcuni eventi medici rilevanti, con l'obiettivo di agevolare l'esercizio della libertà di circolazione all'interno dell'UE²⁵. Lo sviluppo di un approccio comune agli Stati Membri rispetto al sistema dei certificati è visto infatti come antidoto rispetto ai rischi per la libertà di circolazione che potrebbero derivare dalla proliferazione di diversi modelli di certificati o attestati relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione previsti unilateralmente e dunque in modo frammentario da ciascuno Stato Membro²⁶.

Un secondo strumento, che riguarda il rapporto fra certificati e restrizioni alla libertà di circolazione, è previsto dall'art. 10 ed è stato oggetto di varie riformulazioni. Nella versione del testo frutto dei negoziati fra le istituzioni europee è delineato un duplice meccanismo. In primo luogo si prevede che, fatta salva la competenza degli Stati membri di imporre restrizioni per motivi di salute pubblica, qualora questi accettino i certificati di vaccinazione, test o guarigione, essi si astengono dall'imporre ulteriori restrizioni ai viaggi (es. test, quarantena o autoisolamento), a meno che tali restrizioni siano necessarie e proporzionate per salvaguardare la salute pubblica in risposta alla pandemia di COVID-19, tenendo conto anche delle prove scientifiche disponibili, compresi i dati epidemiologici pubblicati dal Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie in base alla raccomandazione 1475/2020 del Consiglio. Il secondo paragrafo dell'art. 10 prevede poi che se uno Stato membro richiede, in conformità con il diritto dell'Unione, che i titolari dei certificati siano sottoposti, dopo l'ingresso nel suo territorio, a quarantena, autoisolamento o a un test per l'infezione da SARS-CoV-2, o se impone altre restrizioni ai titolari di tali certificati, esso ne deve informare gli altri Stati membri e la Commissione, se possibile 48 ore prima dell'introduzione delle nuove misure. In tali ipotesi lo Stato Membro fornisce informazioni relative ai motivi di tali restrizioni, alla loro portata di tali restrizioni, alla data e alla durata delle restrizioni. Si legge nell'art. 10 che un caso potrebbe essere quello in cui la situazione epidemiologica in uno Stato membro o in una sua regione si aggravi rapidamente, a causa di una variante del SARS-CoV-2.

²³ Si veda in proposito l'art. 5, par. 5 della proposta.

²⁴ Si veda l'art. 7a, par. 4.

²⁵ Si legge infatti nei considerando che la proposta ha l'obiettivo di costruire un approccio comune agli Stati Membri nella messa a punto di un sistema affidabile di certificati – ad esempio rispetto alla loro autenticità e alla loro attendibilità – che possano essere usati efficacemente in un contesto transfrontaliero in cui i cittadini esercitano i diritti di libera circolazione. Cons. 8 della proposta. Si veda anche il cons. 10. Sull'autenticità e sull'attendibilità dei certificati si vedano i cons. 12 e 13 della proposta. In proposito, nella relazione di accompagnamento (ivi, 5) si legge, con riguardo alla proporzionalità dell'azione dell'UE, che l'adozione di misure unilaterali o non coordinate riguardanti i certificati potrebbe portare a restrizioni alla libera circolazione incoerenti e frammentarie, a dunque ad incertezza per i cittadini dell'Unione nell'esercizio dei diritti conferiti loro dal diritto dell'Unione.

²⁶ Si vedano a tal proposito i cons. 8-9 della proposta.

Il meccanismo appena descritto mostra come la costruzione del sistema di certificazione si intrecci nella proposta con un altro piano, quello delle decisioni relative alle restrizioni alla libertà di circolazione e al loro controllo, in un quadro istituzionale, come noto, di per sé complesso, in cui gli Stati Membri hanno adottato misure di diverso tenore²⁷. Nel proseguo ci si concentrerà sulla rilevanza della proposta rispetto ai due profili del divieto di discriminazione e della proporzionalità delle restrizioni alla libera circolazione.

4. Sistema dei certificati e divieto di discriminazione nelle restrizioni alla libera circolazione

Aspetto di sicura importanza è la rilevanza dei certificati – e degli eventi medici ivi descritti – rispetto al divieto di discriminazioni. A tal riguardo, un aspetto di particolare complessità è quello della possibile discriminazione di chi, ad esempio, non abbia potuto avere accesso al vaccino, per motivi medici o per ragioni legate all'organizzazione del piano vaccinale, o non abbia voluto vaccinarsi²⁸. La questione è particolarmente delicata, ed a più riprese menzionata nella proposta. In particolare, l'art. 3, par. 3c, prevede che il rilascio dei certificati non debba produrre una discriminazione sulla base del possesso di uno specifico certificato. Inoltre, in diversi considerando si fa riferimento all'applicazione del principio di non discriminazione; ad esempio, si legge nel considerando 26 che, al fine di evitare discriminazioni dirette o indirette, il possesso di un certificato di vaccinazione non dovrebbe costituire una condizione preliminare per esercitare i diritti di libera circolazione, né per usare servizi di trasporto passeggeri transfrontalieri.

Inoltre, nella relazione di accompagnamento alla proposta presentata dalla Commissione si legge che il possesso del Certificato COVID digitale UE non dovrebbe essere considerato una *condicio sine qua non* per l'esercizio della libertà di circolazione e che dunque chi non è vaccinato, perché non può accedere al vaccino, oppure perché non vuole vaccinarsi, «deve poter continuare ad esercitare il diritto fondamentale alla libera circolazione, ove necessario assoggettandosi a restrizioni come un test obbligatorio e un periodo di quarantena/autoisolamento»²⁹. Tale impostazione è ribadita – e chiarita, almeno in parte – dalla Commissione nella comunicazione *Un percorso comune per una riapertura in sicurezza e duratura* del 17 marzo 2021, in cui si afferma che secondo quanto previsto nella proposta tutti gli Stati membri accetterebbero il certificato come prova sufficiente al fine della non applicazione, se del caso, delle restrizioni alla libera circolazione – quali la quarantena o i test – e che però il certificato non è condizione necessaria all'esercizio della libertà di circolazione³⁰. In questa prospettiva la

²⁷ Per un quadro, seppur parziale, si vedano gli interventi al webinar Covid-19. Supernational, national and regional responses. Building resilience through comparison of experiences, tenutosi il 5 marzo 2021, alcuni dei quali disponibili all'indirizzo: https://www.globalpandemicnetwork.org/news_events/webinar-5th-march-2021/ (ultima consultazione: 14 aprile 2021). È recente in Italia l'introduzione delle «certificazioni verdi COVID», i cui titolari sono soggetti a misure meno restrittive rispetto a quelle previste per la generalità delle persone: si vedano il d.l. 22 aprile 2021, n. 52 e il d.l. n. 65, del 18 maggio 2021.

²⁸ Sul punto, fra gli altri: C. DYE, M.C. MILLS, *Covid-19 vaccination passports*, in *Science*, 371, 19 Mar 2021, 1184.

²⁹ Relazione di accompagnamento alla proposta, 3.

³⁰ Si legge nella Comunicazione *Un percorso comune per una riapertura in sicurezza e duratura* della Commissione, adottata il 17 marzo 2021, che «È importante sottolineare che le persone prive di tale certificato devono tuttavia poter viaggiare e che il possesso di un certificato non rappresenta un presupposto indispensabile per esercitare il diritto alla libera circolazione o altri diritti fondamentali», 4.

previsione di certificati diversi da quello di vaccinazione, come quelli di test e di guarigione, potrebbe risultare particolarmente utile, in quanto contribuirebbe ad evitare una discriminazione fondata sulla vaccinazione rispetto all'esercizio della libertà di circolazione. A tal proposito, il GEPD e il CEPD nel parere congiunto 4/2021 sulle proposte, reso il 31 marzo 2021 chiedono di chiarire che gli Stati membri dovrebbero accettare tutti e tre i tipi di certificati in quanto in caso contrario si verificherebbe una chiara discriminazione basata sui dati sanitari, con conseguente violazione dei diritti fondamentali³¹. In proposito una questione aperta è quella della valutazione delle diverse conseguenze, rispetto al rischio di contagio e di contrarre il virus, dei tre eventi medici accertati dai certificati: il vaccino, il risultato negativo del tampone, la guarigione dal COVID-19.

Inoltre, nel parere congiunto 4/2021 reso dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati e dal Garante Europeo per la Protezione dei Dati, le autorità sottolineano che qualsiasi uso del Certificato COVID digitale UE stabilito dalla legislazione nazionale e ulteriore rispetto a quanto previsto nella proposta, non dovrebbe portare ad una discriminazione basata sulla vaccinazione o sulla guarigione dalla COVID-19³².

Questione diversa da quella qui affrontata, che esula dall'oggetto del presente contributo perché legata alla distribuzione del vaccino, è quella della discriminazione anche rispetto alla libertà di circolazione, che deriverebbe da un negato accesso discriminatorio al vaccino.

5. «Certificato COVID digitale UE», valutazione delle evidenze scientifiche e proporzionalità delle restrizioni alla libertà di circolazione

Con riguardo al ruolo del principio di proporzionalità, la proposta mostra la complessità insita nella sua applicazione in un contesto di evidenze scientifiche oggetto di dibattito in seno alla relativa comunità scientifica e nel rapporto fra la valutazione della proporzionalità delle restrizioni alla libertà di circolazione e il sistema del Certificato COVID digitale UE³³. A tal riguardo, nella lettura della proposta due aspetti paiono di particolare interesse: la definizione degli eventi medici contenuti nei certificati e le norme relative al rapporto fra certificati e restrizioni previste dall'art. 10 e già descritte³⁴.

In primo luogo, si deve notare che, nel definire il contenuto dei certificati, in alcuni casi il legislatore europeo assume il ruolo di interprete delle evidenze scientifiche e di decisore rispetto alla posizione scientifica da invertere sul piano normativo, compito connotato di una certa discrezionalità e di

³¹ Si veda il § 19 del parere. Per un'analisi dei profili relativi alla protezione dei dati personali si veda il § 6 di questo contributo.

³² Fra gli esempi, quello di entrare in negozi, ristoranti, club, luoghi di culto, o di utilizzo in ambito lavorativo. Tale profilo è di particolare rilevanza se si pensa che alcuni eventi medici (ad. es. l'esecuzione di un test negativo) iniziano a essere il presupposto anche per l'accesso ad alcuni servizi. Si veda ad esempio la recente iniziativa di Trenitalia, che ha predisposto alcuni treni ad alta velocità a cui si può accedere soltanto se ci si è sottoposti a un test negativo. La notizia è consultabile sul sito della ferrovia all'indirizzo: <https://www.trenitalia.com/it/le-frecce/covid-free.html> (ultima consultazione: 14 aprile 2021).

³³ Il tema naturalmente interseca con quello del rapporto fra principio di precauzione e proporzionalità, affrontato di recente da acuta dottrina, secondo cui il giudizio di necessità interno alla proporzionalità sarà valutato con minor rigore in ragione dell'incertezza scientifica sul COVID-19. Sul punto: I. GOLDNER LANG, *op. cit.*, spec. 9 ss.; sul mutamento della valutazione circa la necessità della misura si veda pagina 19.

³⁴ Si veda il § 3.

particolare importanza di fronte all'incertezza scientifica che connota (anche) le conoscenze relative all'epidemia di COVID-19³⁵. Tale ruolo risulta chiaro se si prendono in esame le regole relative al certificato di guarigione; l'art. 7, come già detto, prevede che questo certificato può essere emesso dagli Stati Membri al più presto l'undicesimo giorno dopo la data in cui la persona è stata sottoposta per la prima volta a un test NAAT per l'infezione di SARS-COV-2, che ha dato risultato positivo. Il numero di giorni potrà essere modificato dalla Commissione con atti delegati, sulla base degli orientamenti ricevuti dal comitato per la sicurezza sanitaria (CSS) o di dati scientifici riesaminati dal Centro Europeo per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie (ECDC).

La rilevanza della definizione del certificato di guarigione sotto il profilo della valutazione della proporzionalità delle restrizioni ben si comprende facendo riferimento a un caso ipotetico. Si immagini che la Commissione, sulla base di dati scientifici riesaminati dal Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, stabilisca che il certificato di guarigione possa essere emesso dopo otto giorni dal primo test positivo e uno Stato Membro continui a prevedere che, perché la guarigione sia considerata tale ai fini della applicazione di misure meno restrittive alla libertà di circolazione, debbano essere passati undici giorni dal primo test positivo, sulla base di quanto suggerito, sul piano nazionale, dal gruppo di esperti di riferimento. Ci si potrebbe qui interrogare sul ruolo della divergenza di valutazione normativa dei dati scientifici nel giudizio relativo alla proporzionalità della restrizione, in particolare sotto il profilo della necessità e dell'adeguatezza, di fronte a una diversa valutazione dell'evento medico «guarigione», ritenuto significativo ai fini della valutazione del rischio di contagio.

La previsione relativa al certificato di guarigione può essere letta guardando alle finalità del legislatore europeo, esplicitate anche nei considerando della proposta. Sul punto, si può ricordare il considerando 32, secondo cui le previsioni relative al certificato di guarigione non sono volte soltanto ad agevolare la libera circolazione, ma anche a fare in modo che le restrizioni in materia, in vigore durante la pandemia di COVID-19 possano essere revocate in modo coordinato sulla base degli ultimi dati scientifici disponibili. Un approccio simile, ma relativo al certificato di vaccinazione, si rinviene nel considerando 21³⁶.

³⁵ Sulla complessità del rapporto fra evidenze scientifiche e scelte normative la bibliografia è sterminata e non è possibile ripercorrerla in questa sede. Rispetto alla pandemia in corso si veda, fra gli altri, M. TALLACCHINI, *Establishing a Legitimate Knowledge-based Dialogue among Institutions, Scientists, and Citizens during the COVID-19: Some Lessons from Coproduction*, in *Tecnoscienza*, 11, 2020, 27 ss.

³⁶ Secondo tale considerando per agevolare la libera circolazione e affinché le restrizioni alla libera circolazione attualmente in vigore durante la pandemia di COVID-19 possano essere revocate in modo coordinato sulla base degli ultimi dati scientifici e linee guida rese disponibili dal Comitato per la sicurezza sanitaria e dalla Agenzia Europea per i medicinali (EMA) è opportuno stabilire un certificato di vaccinazione interoperabile. Tale approccio è descritto anche nella relazione di accompagnamento alla proposta della Commissione secondo cui «la proposta si prefigge di garantire che le restrizioni alla libera circolazione attualmente applicate per limitare la diffusione della COVID-19 possano venire revocate in maniera coordinata con la maggiore disponibilità di dati scientifici», Relazione di accompagnamento, 5. La Commissione scrive anche che «a mano a mano che saranno disponibili maggiori dati scientifici, in particolare sugli effetti della vaccinazione contro l'infezione da SARS-CoV-2, un quadro interoperabile di certificati sanitari dovrebbe consentire agli Stati membri di revocare le restrizioni in maniera coordinata» (6). Tale approccio è condiviso da vari documenti delle istituzioni europee. Di particolare rilevanza è in proposito la Raccomandazione 2020/1475, *Per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19*, adottata il 13 ottobre 2020 dal Consiglio e poi modificata dalla Raccomandazione 2021/119, del 1° febbraio 2021. La Raccomandazione, si legge, è volta ad agevolare

In chiave più generale, si deve anche osservare che l'art. 3, par. 6 della proposta prevede che la Commissione, dove necessario, richieda al Comitato per la sicurezza sanitaria, all'ECDC, all'Agenzia Europea per i medicinali (EMA) di emanare orientamenti sui dati scientifici disponibili in merito agli effetti degli eventi medici documentati nei tre certificati³⁷.

Si deve anche ricordare che la Commissione nel novembre 2020 ha adottato una proposta di regolamento che rafforza il ruolo dell'ECDC³⁸. Inoltre, nella Comunicazione *Un percorso comune per una riapertura in sicurezza e duratura* del 17 marzo 2021 che accompagna la proposta di regolamento, la Commissione ne auspica un forte coinvolgimento di tale organo, in particolare nella costruzione di «un processo decisionale basato su dati concreti e su solidi indicatori epidemiologici», definito «la chiave di volta per una riapertura al momento giusto, quando il virus sarà sufficientemente sotto controllo per consentire un allentamento, evitando che le restrizioni durino più del necessario»³⁹.

Il legame fra certificati, eventi medici ivi contenuti, valutazione dei loro effetti e libertà di circolazione emerge chiaramente nell'art. 10 della proposta, di cui già si è detto, relativo alle restrizioni adottate dagli Stati Membri nei confronti dei titolari di un Certificato COVID digitale UE⁴⁰. Il meccanismo istituito da tale norma, se non ci si inganna, non è volto soltanto a costruire un sistema di certificazione e di mutuo riconoscimento fra Stati Membri, ma anche, almeno indirettamente, a definire un monitoraggio delle restrizioni in vigore applicabili a chi sia titolare di tale certificato.

Secondo la prospettiva che si sta sviluppando, la norma può anche essere letta come connessa ad una valutazione degli eventi medici documentati nei certificati e alla loro rilevanza nella valutazione della proporzionalità delle restrizioni alla libertà di circolazione.

Anche per comprendere l'impostazione di fondo del legislatore europeo, si può far riferimento ai considerando della proposta, seppur questi come noto non siano vincolanti. In particolare, nel considerando 7, si legge che le persone che sono vaccinate o che hanno un recente test diagnostico negativo

l'applicazione dei principi del diritto dell'UE e in particolare della proporzionalità e della non-discriminazione e definisce alcuni criteri comuni ai fini della valutazione dell'introduzione delle restrizioni alla libertà di circolazione da parte degli Stati Membri. Tali criteri sono individuati nella raccomandazione 1475/2020 nel tasso cumulativo dei casi di COVID-19 registrati negli ultimi 14 giorni, nel tasso di positività dei test, nel tasso dei test effettuati. Sulla base di tali criteri il Consiglio prevede una mappatura delle zone di rischio (verde, arancione, rosso, grigio, cui poi la racc. 2021/119 ha aggiunto il rosso scuro) e delinea un sistema di restrizioni che varia in base alla classificazione delle zone e che prevede la possibilità di restrizioni più significative a seguito della racc. 2021/119. Successivamente, nella Comunicazione *Fare fronte comune per sconfiggere la COVID-19* del 19 gennaio 2021, la Commissione afferma che «un approccio europeo comune alla definizione di tassi di incidenza che potrebbero determinare l'allentamento delle restrizioni rafforzerebbe la fiducia dei cittadini attraverso il monitoraggio dei progressi». In tale Comunicazione la Commissione entra nel merito di alcune misure, affermando che la chiusura delle frontiere o divieti di viaggio generalizzati e la sospensione di voli, trasporti terrestri e attraversamenti per vie navigabili «non sono giustificati in quanto misure più mirate hanno un impatto sufficiente con minori disagi».

³⁷ Si veda l'art. 3, par. 6 della proposta. Il Comitato è stato istituito ex art. 17 dec. 1082/2013/UE.

³⁸ Si veda la Comunicazione della Commissione *Costruire un'Unione europea della salute: rafforzare la resilienza dell'UE alle minacce per la salute a carattere transfrontaliero* e la proposta di Regolamento recante modifica del regolamento (CE) n. 851/2004 con il quale si crea un Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, entrambe dell'11 novembre 2020. L'art. 4 della proposta prevede alcuni obblighi in capo agli Stati Membri, fra cui quello di comunicazione dei «dati sulla sorveglianza delle malattie trasmissibili e di altri problemi sanitari speciali».

³⁹ Comunicazione *Un percorso comune per una riapertura in sicurezza e duratura*, 2.

⁴⁰ Si veda il § 3.

o le persone che sono guarite dalla COVID-19 negli ultimi 6 mesi, sembrano avere un rischio ridotto di infettare le persone con la SARS-CoV-2, secondo le attuali conoscenze scientifiche, che sono ancora in evoluzione. Tale considerazione prevede anche che la libera circolazione delle persone che, sulla base di solide prove scientifiche, non rappresentano un rischio significativo per la salute pubblica, ad esempio perché sono immuni e non possono trasmettere la SARS-CoV-2, non dovrebbe essere limitata, poiché tali restrizioni non sarebbero necessarie per raggiungere l'obiettivo perseguito e che, quando la situazione epidemiologica lo consente, tali persone non dovrebbero essere soggette ad ulteriori restrizioni alla libera circolazione legate alla pandemia di COVID-19, come i test per l'infezione da SARS-CoV-2 legati al viaggio o l'autoisolamento/quarantena legati al viaggio, a meno che tali ulteriori restrizioni siano, sulla base delle ultime prove scientifiche disponibili e in linea con il principio di precauzione, necessarie e proporzionate e non discriminatorie per salvaguardare la salute pubblica. A tal proposito si deve sottolineare che l'OMS nell' *interim position paper* «*Considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers*» del 5 febbraio 2021, ha affermato che le autorità nazionali non dovrebbero prevedere che la prova della vaccinazione contro il COVID-19 sia una condizione per partire o per entrare in un paese, in quanto «*there are still critical unknowns regarding the efficacy of vaccination in reducing transmission*»⁴¹. L'OMS raccomanda dunque di non esentare le persone vaccinate dal rispetto di altre misure di riduzione del rischio relative ai viaggi⁴².

In questo esempio è chiaro che gli effetti medici del vaccino sono – e saranno – al centro della discussione anche giuridica e sono fondamentali nella valutazione della proporzionalità di eventuali restrizioni alla libertà di circolazione, come mostrato anche dal parere congiunto 4/2021 reso dal Garante Europeo per la Protezione dei Dati Personali (GEPD) e dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (CEPD). Infatti, nella lettura di tale parere si nota il peculiare intreccio fra definizione dei certificati, degli eventi medici ivi contenuti ed effetti di tali eventi. Il GEPD e il CEPD affermano che dovrebbe essere fatta una chiara distinzione tra il certificato di vaccinazione e la nozione di «certificato di immunità» e che il certificato disciplinato dal regolamento dovrebbe essere inteso come una prova verificabile di una storia medica effettiva con data e ora, che faciliterà la libera circolazione dei cittadini dell'UE grazie al suo formato comune in tutti gli Stati membri. Le Autorità sostengono il loro orientamento facendo valere la scarsità di prove scientifiche a sostegno del fatto che aver ricevuto un vaccino COVID-19 (o essere guariti dal COVID-19) garantisca l'immunità e quanto a lungo essa duri⁴³.

In definitiva, viene in rilievo la questione della valutazione degli effetti degli eventi medici contenuti nei certificati al fine di valutare la rilevanza di questi ultimi nella definizione delle restrizioni alla libertà di circolazione e alla loro modulazione, in un contesto di profonda incertezza scientifica. Il tema, che fa capolino nella proposta, è senz'altro più ampio di quello della definizione di un sistema di certificazione, ma a questo complementare e in qualche misura preliminare. In proposito, l'adozione di un approccio congiunto che riguarda i certificati e che non affronta *ex professo* il tema delle possibili

⁴¹ OMS, *Interim position paper. Considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers*, 5 febbraio 2021, consultabile all'indirizzo, <https://www.who.int/news-room/articles-detail/interim-position-paper-considerations-regarding-proof-of-covid-19-vaccination-for-international-travellers> (ultima consultazione: 2 aprile 2021).

⁴² Si legge nel documento che «*people who are vaccinated should not be exempt from complying with other travel risk-reduction measures*».

⁴³ Si veda il § 14 del parere. Per un'analisi dei profili relativi alla protezione dei dati personali si veda il § 6.

divergenze nell'interpretazione degli effetti degli eventi medici contenuti in tali certificati e nella loro comparazione, rende evidente la centrale criticità della definizione dei soggetti deputati all'interpretazione e alla definizione del rilievo giuridico di (alcune) risultanze scientifiche in un contesto, come quello relativo al COVID-19, connotato dalla pluralità di opinioni esistenti in seno alla comunità scientifica e in cui la valutazione degli effetti di un evento medico può incidere significativamente sul giudizio relativo alla legittimità – ad esempio in punto di proporzionalità – di misure legislative che limitano l'esercizio di libertà fondamentali, quale quella di circolazione. La rilevanza di tali profili è dimostrata anche dall'importanza della valutazione dei dati scientifici nelle pronunce di non poche corti⁴⁴.

6. I profili connessi alla protezione dei dati personali alla luce del parere congiunto reso dal CEPD e dal GEPD

L'adozione del sistema del «Certificato COVID digitale UE» implica il trattamento di categorie particolari di dati personali come i dati sanitari per finalità che incidono sull'esercizio della libertà di circolazione. In proposito, nel parere congiunto 4/2021 adottato dal CEPD e dal GEPD e già richiamato, le due autorità europee ricordano come sia essenziale che le proposte non entrino in conflitto con l'applicazione del Reg. UE 2016/679 (GDPR), non soltanto a tutela della certezza giuridica, ma anche per evitare che le proposte pregiudichino, direttamente o indirettamente, il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali⁴⁵. È evidente, dunque, la centralità dell'art. 52 CDFUE, e dei principi di necessità e proporzionalità ivi previsti, nella valutazione della proposta, quando questa limiti l'esercizio dei diritti al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali⁴⁶. Inoltre, il CEPD e il GEPD affermano che i principi generali di effettività, necessità e proporzionalità devono essere alla base di ogni misura adottata dagli Stati Membri e dalle istituzioni UE che implichi il trattamento dei dati personali per combattere la COVID-19⁴⁷.

Nella seguente tabella si riassumono le principali disposizioni del testo frutto dei negoziati fra le istituzioni europee.

⁴⁴ Ad esempio, nel valutare la proporzionalità delle restrizioni in materia di libertà di movimento sul piano nazionale, i giudici fanno di sovente riferimento al rischio di contagio e ai dati epidemiologici. Così: Francia, Consiglio di Stato, 7 gennaio 2021, 448029 in materia di libertà di movimento e attività sportive; Austria, *Oberster Gerichtshof*, 7 Ob 151/20m, E129443, 23.09.2020, concernenti le restrizioni in una casa di riposo relative a un paziente positivo con deficit cognitivi, in cui la Corte fa riferimento al fatto che secondo evidenze scientifiche i risultati di test COVID-19 sono accurati soltanto nel 32/63% dei casi. In particolare, trattano del ruolo delle conoscenze scientifiche e della loro incertezza nella valutazione del giudizio di proporzionalità: Germania, BVerfG, *Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom*, 13 maggio 2020; Slovenia, tribunale amministrativo, decisione I U 1201/2020-37, 18 dicembre 2020. L'analisi di tali pronunce si basa sui risultati preliminari di una ricerca svolta nell'ambito del progetto *Initiative for a Covid-19 Litigation Database*, svolto dall'Università di Trento e commissionato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità.

⁴⁵ § 9 del parere 4/2021.

⁴⁶ In proposito si vedano il § 21 del parere 4/2021.

⁴⁷ § 12 del parere 4/2021.

Dati	Eccezioni ex art. 9 e base giuridica	Finalità	Titolare del trattamento	Soggetti che trattano i dati personali	Conservazione dei dati personali	Misure a tutela dei diritti fondamentali
Inclusi nei certificati, limitati allo stretto necessario e dettagliati nell'allegato I	Il cons. 37 fa riferimento agli artt. 9, par. 2 lett. g) e 6, part. 1 lett. c) Reg. EU 2016/679	Unicamente comprovare e verificare lo stato di vaccinazione test o guarigione del titolare	Le autorità o altri soggetti competenti per il rilascio dei Certificati COVID digitali UE sono titolari del trattamento	Autorità competenti dello Stato di destinazione o di transito, o operatori di servizi di trasporto transfrontalieri tenuti, a norma del diritto nazionale, ad attuare determinate misure di sanità pubblica legate alla COVID-19	I dati personali consultati dalle Autorità competenti dello Stato di destinazione o dagli operatori di servizi di trasporto non sono conservati.	la Commissione adotta atti di esecuzione relativi alla sicurezza dei dati personali (art. 8). I titolari e i responsabili dei dati dovrebbero prendere adeguate misure tecniche e organizzative per garantire un livello di sicurezza consono al rischio del trattamento (cons. 40b) I titolari del trattamento dovrebbero stabilire un processo per valutare regolarmente l'efficacia delle misure adottate (cons. 40c).
Altri dati trattati al fine del rilascio dei certificati		Rilascio dei certificati (compreso un nuovo certificato)		Obbligo di chi ha somministrato il vaccino o effettuato il test per il quale deve essere rilasciato un certificato di trasmettere ai responsabili del rilascio dei certificati i dati necessari per tale rilascio.	Conservati per il tempo necessario al loro scopo e in nessun caso oltre il periodo durante il quale i certificati possono essere utilizzati per esercitare il diritto di libera circolazione	

6.1 Le categorie di dati personali oggetto di trattamento

Le categorie di dati personali che dovrebbero essere presenti in ciascun certificato sono previste dall'art. 5, par. 2, dall'art. 6, par 2, dall'art. 7, par 2, rispettivamente per il certificato di vaccinazione, test e guarigione. Inoltre, si prevede che per ogni vaccinazione, test o guarigione sia rilasciato un certificato distinto e che quest'ultimo non contenga dati relativi a certificati precedenti, salvo che quando previsto dal Regolamento stesso⁴⁸.

L'allegato alle proposte prevede i campi specifici che devono essere contenuti nei certificati. A tal riguardo, si conferisce alla Commissione il potere di adottare atti delegati a norma dell'art. 11 della proposta per modificare i campi specifici previsti per l'inserimento dei dati quando tali modifiche siano necessarie per confermare o verificare l'autenticità, la validità e l'integrità del certificato, in caso di progressi scientifici nel contenimento della pandemia COVID-19, o per garantire l'interoperabilità con

⁴⁸ Art. 3, par. 2a.

gli standard internazionali⁴⁹. Tale ultimo aspetto potrebbe risultare di particolare rilievo nel prossimo futuro, ad esempio rispetto al progetto, in seno all'OMS, relativo allo *Smart Vaccination Certificate*⁵⁰, anche in relazione allo sviluppo e alla specificazione ulteriore dei principi di progettazione – equità, accessibilità, protezione della privacy, scalabilità, flessibilità, sostenibilità – identificati nella *Interim guidance for developing a Smart Vaccination Certificate*, pubblicata dall'OMS⁵¹.

Inoltre, il GEPD e il CEPD rispetto ai poteri della Commissione di modifica dei campi di dati hanno osservato che ogni cambiamento potrebbe invalidare la valutazione d'impatto, richiedendo quindi una nuova valutazione del rischio. Le autorità hanno poi ritenuto che solo campi di dati più dettagliati (sottocategorie di dati) che rientrano nelle categorie di dati già definite potrebbero essere aggiunti attraverso l'adozione di atti delegati.

Infine, il GEPD e il CEPD rispetto al certificato di vaccinazione hanno ritenuto che, dato il campo di applicazione della proposta e il contesto della COVID-19, l'informazione relativa alla malattia o all'agente da cui il cittadino è guarito dovrebbe essere limitata solo alla COVID-19, comprese le sue varianti. E così sembra essere rispetto a quanto previsto nell'allegato alla proposta nel testo frutto dei negoziati fra le istituzioni europee.

6.2. L'applicazione dell'art. 9 Reg. UE 2016/679 in materia di categorie particolari di dati personali e la base giuridica utilizzata

Venendo al secondo aspetto, si legge nell'art. 1 della proposta che il regolamento dovrebbe fornire la base giuridica per il trattamento dei dati personali necessari per rilasciare i certificati e per il trattamento delle informazioni necessarie per comprovarne e verificarne l'autenticità e la validità. Con riguardo alla liceità del trattamento, il considerando 37 fa riferimento all'art. 9 Reg. UE 2016/679, relativo al trattamento di categorie particolari di dati personali, e all'art. 6 dello stesso regolamento, che disciplina le basi giuridiche del trattamento. Si può qui soltanto ricordare che ai fini del trattamento dei dati sanitari è necessario che sia applicabile un'eccezione al divieto di cui all'art. 9 e una base giuridica per il trattamento fra quelle previste dall'art. 6 Reg. UE 2016/679⁵². A tal proposito, nel considerando 37 si prevede che il trattamento sia fondato sull'eccezione di cui all'art. 9, par. 2 lett. g) Reg. UE 2016/679, che riguarda il trattamento necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri⁵³. Rispetto alla base giuridica, il considerando 37 fa

⁴⁹ Si vedano le modifiche proposte agli artt. 5, par. 2; 6, par. 2; 7 par. 2.

⁵⁰ Si veda OMS, *Interim guidance for developing a Smart Vaccination Certificate*, 19 marzo 2021.

⁵¹ Si vedano le pagine 7 ss.

⁵² Sul punto si veda, ad esempio: Comitato Europeo per la Protezione dei Dati, *Parere 3/2019 relativo alle domande e risposte sull'interazione tra il regolamento sulla sperimentazione clinica e il regolamento generale sulla protezione dei dati (articolo 70, paragrafo 1, lettera b)*, adottato il 23 gennaio 2019, punto 28, 8; Comitato Europeo per la Protezione dei Dati, *Document on response to the request from the European Commission for clarifications on the consistent application of the GDPR, focusing on health research*, 2 febbraio 2021, punto 13; Garante Europeo per la Protezione dei Dati, *Preliminary Opinion 8/2020 on the European Health Data Space*, 17 novembre 2020, punti 15-16. In dottrina, fra gli altri, R. DUCATO, I dati biometrici, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, 2019, 1317.

⁵³ Tale norma del Reg. UE 2016/679 dispone che il trattamento deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato. Si veda anche in ambito italiano l'art. 2 sexies del d.lgs. 196/2003, relativo a questa eccezione. In dottrina si veda: R. TUCCILLO, *Commento all'Art. 9*, in A. BARBA, S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone. Leggi collegate*, vol. II, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice Civile*,

riferimento all'art. 6, par. 1 lett c) Reg. Ue 2016/679 e dunque alla necessità del trattamento per l'adempimento di un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento.

Nel parere congiunto 4/2021, il CEPD e il GEPD hanno affermato l'opportunità di includere il riferimento all'applicazione dell'art. 9 relativo alle eccezioni in materia di divieto di trattamento di categorie particolari di dati personali e alla base giuridica utilizzata ex art. 6 Reg. UE 2016/679 non unicamente nei considerando, ma anche nell'articolato della proposta⁵⁴.

6.3. La definizione dei ruoli relativi al trattamento dei dati personali

Con riguardo ai ruoli relativi al trattamento dei dati personali, l'art. 9 della proposta definisce come titolari del trattamento le autorità o altri enti competenti per il rilascio dei Certificati COVID digitali UE. Con riguardo ai rapporti fra titolari del trattamento e responsabili l'art. 8 della proposta prevede che la Commissione adotti atti di esecuzione relativi alla ripartizione delle responsabilità tra i titolari del trattamento e in relazione ai responsabili del trattamento. In proposito, il CEPD e il GEPD raccomandano che si preveda che un elenco di tutti i soggetti che dovrebbero agire come responsabili, incaricati del trattamento e destinatari dei dati in ciascuno Stato membro (diversi dalle autorità responsabili del rilascio dei certificati di cui all'articolo 9, paragrafo 4, della proposta) sia reso pubblico. Tale pubblicità consentirebbe ai cittadini che utilizzano il Certificato COVID digitale UE di conoscere l'identità del soggetto a cui possono rivolgersi per esercitare i loro diritti di protezione dei dati previsti dal Reg. UE 2016/679. Infine, il GEPD e il CEPD raccomandano di chiarire nella proposta il ruolo della Commissione rispetto alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, nel contesto del quadro di fiducia che garantisce l'interoperabilità tra i certificati⁵⁵.

Inoltre, l'art. 9, par. 4a prevede anche che chi abbia somministrato il vaccino o effettuato il test per il quale deve essere rilasciato un certificato debba trasmettere alle autorità o agli altri organismi designati responsabili del rilascio dei certificati le categorie di dati necessarie per completare i campi di dati del certificato.

6.4. Finalità del trattamento e futuri usi dei certificati

Il paragrafo 1 dell'art. 9 della proposta prevede che la finalità del trattamento sia soltanto quella di accedere alle informazioni incluse nel certificato e di verificarle per agevolare l'esercizio del diritto di libera circolazione all'interno dell'Unione durante la pandemia di COVID-19⁵⁶. Alla luce della lettera della norma e del principio di specificità delle finalità e di minimizzazione che informano il GDPR⁵⁷, sembra potersi affermare che le finalità previste in modo puntuale nei paragrafi successivi della norma e riassunte nella precedente tabella, specificino la finalità prevista in chiave generale dal primo paragrafo dell'art. 9 della proposta. Questo anche in ragione di quanto si legge nel considerando 38, secondo cui, anche in virtù del principio di minimizzazione, i certificati devono contenere soltanto i dati personali necessari per agevolare l'esercizio del diritto di libera circolazione all'interno dell'Unione

2019, 152 ss.; M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1, 2017, 165 ss.

⁵⁴ Si veda il § 34 del parere 4/2021.

⁵⁵ Si vedano i §§ 49-50 del parere 4/2021.

⁵⁶ Art. 9, par. 1 della proposta. Si veda anche il considerando 38, che fa riferimento al principio di minimizzazione.

⁵⁷ Sul principio di minimizzazione, anche per la relativa bibliografia, sia concesso il rinvio a C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020, 161 ss.

durante la pandemia di COVID-19. Ancora alla luce del principio di minimizzazione si può leggere il considerando 40 e quanto previsto nella relazione di accompagnamento alla proposta presentata dalla Commissione, circa il fatto che la proposta non istituisce una banca dati a livello dell'UE⁵⁸.

Rispetto all'applicazione del principio di finalità, il CEPD e il GEPD affermano che la proposta deve prevedere espressamente che l'accesso e il successivo utilizzo dei dati da parte degli Stati membri non siano consentiti, ai sensi della proposta, una volta terminata la pandemia. Le autorità ritengono poi che debba essere escluso qualsiasi uso futuro del Certificato COVID digitale UE una volta terminata la pandemia e che debba essere quindi limitato il campo di applicazione della proposta all'attuale pandemia di COVID-19 e al virus SARS-CoV-2. Nella versione del testo frutto dei negoziati fra le istituzioni europee, l'art. 9, par 1 prevede che al termine dell'applicazione del Regolamento non verrà posto in essere nessun ulteriore trattamento.

Le autorità di protezione dei dati considerano anche che nella proposta si dovrebbe definire meglio la finalità del Certificato COVID digitale UE e prevedere un meccanismo di monitoraggio dell'uso dei tre certificati da parte degli Stati Membri⁵⁹. Tale affermazione si colloca nel quadro di una valutazione della disciplina contenuta nella proposta alla luce dell'art. 52 CDFUE. Le autorità, richiamando il parere 1/15 dell'Avv. Gen. Mengozzi relativo al Progetto di accordo tra il Canada e l'Unione europea sul trasferimento e il trattamento di dati del codice di prenotazione, che a sua volta fa riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu, osservano che la riserva di legge prevista dall'art. 52 CDFUE porta con sé la valutazione della «qualità della legge», secondo cui il provvedimento restrittivo deve essere accessibile e sufficientemente prevedibile e che dunque debbano essere utilizzati termini abbastanza chiari per indicare in quali circostanze e a quali condizioni si autorizzano le autorità pubbliche a ricorrere a misure che incidono sui diritti fondamentali.

Un ulteriore profilo connesso all'applicazione del principio di finalità è quello di possibili ulteriori usi dei certificati diversi da quelli volti ad agevolare l'esercizio del diritto di libera circolazione all'interno dell'UE durante la pandemia in corso. Nel parere congiunto 4/2021 il CEPD e il GEPD sottolineano che ogni eventuale ulteriore utilizzo dei certificati – ad esempio volto a permettere l'entrata nei ristoranti e nei luoghi di culto – che sia previsto a livello di Stati membri deve rispettare gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed essere conforme al Reg. UE 2016/679, compreso il principio di compatibilità delle finalità del trattamento di cui all'articolo 6, paragrafo 4, Reg. UE 2016/679. Le autorità affermano che sarà poi necessaria la previsione di una base giuridica adeguata nel diritto degli Stati membri, che rispetti i principi di effettività, necessità e proporzionalità e che includa garanzie forti e specifiche, da attuare a seguito di un'adeguata valutazione d'impatto, per evitare qualsiasi rischio di discriminazione e per vietare qualsiasi conservazione dei dati nel contesto del processo di verifica dei certificati.

Il CEPD e il GEPD ritengono poi che tale base giuridica dovrebbe identificare chiaramente l'ambito e la portata del trattamento, la finalità specifica, le categorie di soggetti che possono verificare il certificato nonché le garanzie pertinenti per prevenire gli abusi, tenendo conto dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati. Le autorità guardano in particolare alla definizione delle finalità e alla predisposizione delle garanzie alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE. Più in dettaglio, facendo

⁵⁸ Relazione di accompagnamento, 3.

⁵⁹ Si veda il § 26 del parere 4/2021.

riferimento alla sentenza *Digital Rights Ireland* C-293/12 e C-594/12, dell'8 aprile 2014, il CEPD e il GEPD affermano che una descrizione dettagliata delle finalità è centrale rispetto al test di proporzionalità ma è anche importante per provare il rispetto dell'art. 52 CDFUE, primo paragrafo, che pone la riserva di legge rispetto alle limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali. Inoltre, le autorità, richiamando sul punto la recente sentenza *La Quadrature du Net* (C-511/20; C-512/20; C-520/20), del 6 ottobre 2020, affermano che la necessità di garanzie è maggiore quando dati personali sono oggetto di trattamento automatizzato e nelle ipotesi in cui il trattamento ha ad oggetto categorie particolari di dati personali (i c.d. «dati sensibili»).

Rispetto ai trattamenti eventualmente previsti dagli Stati Membri, il considerando 37 della proposta, così come redatto nel testo pubblicato il 21 maggio 2021, prevede che gli Stati membri possano trattare tali dati per altri scopi, se la relativa base giuridica e i relativi periodi di conservazione sono previsti dal diritto nazionale, che deve essere conforme alla legislazione dell'Unione sulla protezione dei dati, ai principi di effettività, necessità e proporzionalità, e che dovrebbe contenere disposizioni che identifichino chiaramente la portata e l'estensione del trattamento, la sua finalità specifica, le categorie di soggetti che possono verificare il certificato nonché le garanzie pertinenti per evitare discriminazioni e abusi, tenendo conto dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati.

6.5. La conservazione

Con riguardo alla conservazione, la proposta detta le regole che si sono descritte nella tabella esplicativa. In proposito, il CEPD e il GEPD nel parere 4/2021 hanno affermato che la mancata specificazione (ad eccezione del certificato di guarigione) della data di scadenza della validità di un certificato dal punto di vista della protezione dei dati implica che non ne sia specificato il periodo di conservazione⁶⁰. Sul punto, il CEPD e il GEPD raccomandano che dovrebbero essere esplicitamente definiti, ove possibile, periodi specifici di conservazione dei dati. Se questo non fosse realizzabile, le autorità considerano che dovrebbero essere almeno specificati i criteri utilizzati per determinare tale periodo di conservazione. Infine, il CEPD e il GEPD ritengono che, in ogni caso, il periodo di conservazione negli Stati membri non dovrebbe andare oltre la fine della pandemia COVID-19, in linea con il principio della limitazione della conservazione, definito dall'art. 5, par. 1, lett. e) Reg. UE 2016/679.

6.6. Misure a tutela dei diritti fondamentali e relative all'esercizio dei diritti degli interessati

Con riguardo alle misure a tutela dei diritti fondamentali dell'interessato, vengono in gioco diverse norme.

In primo luogo, in ragione del fatto che il trattamento è fondato anche sull'art. 9, par. 2, lett. g, dovrebbero essere previste misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato. Sul punto, considerando che l'art. 8 della proposta prevede che la Commissione adotti atti di esecuzione relativi alle norme volte a garantire la sicurezza dei dati personali, tali misure potrebbero essere definite in quella sede.

⁶⁰ Si veda il § 39 del parere 4/2021. Rispetto al certificato di guarigione, si veda il punto 3(h) dell'allegato alla proposta.

Inoltre, nel parere 4/2021 il CEPD e il GEPD affermano che la proposta dovrebbe prevedere che i titolari e i responsabili del trattamento debbano adottare misure tecniche e organizzative adeguate a garantire un livello di sicurezza appropriato al rischio del trattamento, in virtù dell'articolo 32 Reg. UE 2016/679 relativo alla sicurezza del trattamento, e alla luce dei principi della protezione dei dati *by design* e *by default*. Le Autorità affermano anche che un'ulteriore specificazione delle misure obbligatorie potrebbe essere fatta mediante atti di esecuzione adottati dalla Commissione in virtù dell'articolo 8 della proposta. Nel parere si legge che tali misure dovrebbero considerare, ad esempio, l'istituzione di processi per un regolare test, accertamento e valutazione dell'efficacia delle misure di privacy e sicurezza adottate⁶¹. Nella versione del testo pubblicata il 21 maggio 2021, i considerando 40b e 40c prevedono che i titolari e i responsabili dei dati dovrebbero prendere adeguate misure tecniche e organizzative per garantire un livello di sicurezza consono al rischio del trattamento e prevedere una procedura per testare, esaminare e valutare regolarmente l'effettività delle misure tecniche e organizzative volte a garantire la sicurezza del trattamento.

Con riguardo all'esercizio dei diritti dell'interessato, è previsto che l'interessato possa chiedere il rilascio di un nuovo certificato qualora i dati personali figuranti nel certificato non siano, o non siano più, esatti o aggiornati⁶². A tal proposito il GEPD e il CEPD hanno affermato che in questi casi il certificato dovrebbe essere rilasciato su richiesta dell'interessato.

6.7. Il trasferimento dei dati personali verso paesi terzi

Con riguardo ai trasferimenti dei dati personali verso paesi terzi, il CEPD e il GEPD hanno raccomandato di chiarire esplicitamente se e quando sono previsti trasferimenti internazionali di dati personali e di includere garanzie nella legislazione per assicurare che i paesi terzi trattino i dati personali scambiati solo per le finalità specificate dalla proposta⁶³. A tal proposito nella versione del testo frutto dei negoziati fra le istituzioni europee, e forse anche in ragione del contenzioso esistente negli Stati Membri in materia di trasferimento di dati verso paesi terzi in relazione a trattamenti connessi all'attuale pandemia⁶⁴, l'art. 9, par. 6 prevede che quando un titolare del trattamento si avvalga di un responsabile del

⁶¹ Si veda il § 44 del parere.

⁶² Art. 3, par. 3 della proposta.

⁶³ Si veda il § 55 del parere 4/2021.

⁶⁴ Ad esempio, in due decisioni il Consiglio di Stato francese ha affrontato il tema del trasferimento dei dati verso paesi terzi. In particolare, nella pronuncia n. 450163, del 12 marzo 2021, il Consiglio di Stato ha deciso sull'azione proposta da alcune associazioni e sindacati, in cui si chiedeva che fosse sospesa la partnership tra il Ministero della Salute e una società *Doctolib* cui era stato affidato il sistema di prenotazione della vaccinazione e che aveva affidato a sua volta l'hosting di dati personali alla filiale lussemburghese di *Amazon Web Services*. I ricorrenti affermavano l'esistenza di rischi rispetto alle richieste di accesso da parte delle autorità statunitensi. Il Consiglio di Stato, anche sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e in particolare della pronuncia *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems*, C-311/18 del 16 luglio 2020, non ha accolto la domanda, in quanto i dati raccolti nel contesto degli appuntamenti di vaccinazione non includevano dati sanitari sui motivi medici relativi all'eleggibilità alla vaccinazione e considerando che erano state messe in atto garanzie per affrontare un'eventuale richiesta di accesso da parte delle autorità statunitensi. Nella pronuncia del 13 ottobre 2020, n. 444937, il Consiglio di Stato ha trattato di un caso simile. Nel caso di specie, le autorità francesi hanno deciso di centralizzare i dati sanitari relativi all'epidemia di COVID-19 in un *Health Data Hub* e di affidare l'hosting di questi dati a Microsoft. Alcune associazioni hanno adito il Consiglio di Stato chiedendo in via principale di ordinare la sospensione della centralizzazione e del trattamento dei dati relativi all'epidemia di

trattamento non possa avere luogo alcun trasferimento di dati personali da parte del responsabile verso un paese terzo.

7. Il sistema del Certificato COVID digitale UE in un contesto di incertezza scientifica

L'intervento normativo oggetto di commento, in corso di esame in sede europea, istituisce il sistema del Certificato COVID digitale UE relativo a tre diversi certificati, di vaccinazione, di test e di guarigione, ne delinea un sistema di riconoscimento fra Stati Membri dell'UE e definisce alcuni aspetti del regime dei certificati rilasciati dai paesi terzi.

Nel quadro giuridico disegnato dalla proposta, emergono vari profili che potrebbero assumere una particolare importanza nell'immediato futuro. In primo luogo, viene in rilievo la questione della valutazione da un punto di vista giuridico degli effetti sul piano scientifico ed epidemiologico degli eventi medici accertati nei certificati, in un contesto di profonda incertezza. A tal proposito, un interrogativo centrale riguarda la definizione dei criteri con cui il diritto rende giuridicamente rilevante e seleziona una descrizione della realtà compiuta in seno ad altre discipline, in particolare quella medica. La questione, come si è creduto di mostrare, non si pone solo un piano teorico, ma anche schiettamente tecnico e pratico, ad esempio rispetto alla valutazione della proporzionalità delle restrizioni alla libertà di circolazione adottate nei confronti dei titolari dei certificati.

In secondo luogo, è senz'altro significativo il rapporto fra certificati e libertà di circolazione sotto il profilo della non-discriminazione. L'adeguatezza dell'approccio adottato sul punto dalle istituzioni europee sarà messa alla prova, se la proposta, come sembra, sarà approvata, dalla futura applicazione del regolamento.

Infine, anche sotto il profilo della protezione dei dati personali e della riservatezza, di cui *in primis* agli artt. 7 e 8 CDFUE, molto dipenderà dalle misure tecniche e organizzative adottate dai titolari del trattamento e dalle scelte della Commissione relative alla sicurezza dei dati personali, da compiere sulla base dell'art. 8 della proposta.

covid-19 sull'*Health Data Hub*, nonché tutte le misure necessarie a garantire che non vi sia una violazione grave e manifestamente illegittima del diritto alla vita privata e alla protezione dei dati personali in relazione al trattamento e alla centralizzazione dei dati sanitari sull'*Health Data Hub*; e in subordine, di chiedere alla *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL) di pronunciarsi sulle implicazioni dell'invalidazione da parte della CGUE del *Privacy Shield* sul trattamento e la raccolta dei dati all'interno dell'*Health Data Hub*. Il Consiglio di Stato ha concluso che, sebbene non possa essere escluso il rischio che i servizi segreti americani richiedano l'accesso all'*Health Data Hub*, l'esistenza di tale rischio non giustifica, nel brevissimo termine, la sospensione della piattaforma, ma richiede l'adozione di precauzioni speciali, sotto la supervisione della *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL).

Il lascito del proprio corpo a fini didattici e di ricerca. Il nobile (ma vano) intento della legge 10/2020

Giuseppe Giaimo*

BODY DONATION FOR TEACHING AND RESEARCH PURPOSES. THE NOBLE (AND USELESS) AIM OF THE ITALIAN LAW N. 10/2020

ABSTRACT: The essay gives a sharp outline of the recent Italian law ruling body donation to science after death, as a personal choice exclusively founded on a conscious and free act of will. The statute, however, has not been met its aim, lacking of supporting the donor in making his consent fully effective. Indeed, as one of the highest displays of human solidarity, this issue would have required a balance between scientific research interests and individual autonomy protection.

KEYWORDS: Body Donation; Human Solidarity; Autonomy; Informed Consent; Scientific Research

SOMMARIO: 1. Solidarietà e autodeterminazione, quali principi sottostanti alla destinazione del corpo alla scienza – 2. La forma espressiva del consenso e della sua eventuale revoca – 3. L'attività informativa diretta a una volontà consapevole e la scelta del centro di riferimento destinatario del corpo – 4. La possibilità di limitare solo ad alcune parti del corpo la destinazione allo studio, alla formazione e alla ricerca – 5. La persona di fiducia del disponente – 6. La disposizione del corpo del minore di età.

1. Solidarietà e autodeterminazione, quali principi sottostanti alla destinazione del corpo alla scienza

Il rapporto dell'individuo con il proprio corpo è argomento complicato, soprattutto quando esso è oggetto di regolamentazione normativa, ovvero quando – in assenza di un intervento del legislatore – un giudice è chiamato ad assumere decisioni destinate sia a svolgere una non agevole supplenza, sia a divenire punto di riferimento per future condotte. Le implicazioni di natura etica ed emotiva sono tali e tante, infatti, da rendere malfermo e incerto il passo di chi, nell'esercizio del proprio ruolo, deve edificare un'intelaiatura giuridica che contenga prescrizioni e criteri di indirizzo rivolti a disciplinare un tema – la relazione dell'individuo con il sé corporeo – in cui, oltre a elementi prettamente tecnici, vengono in rilievo aspetti connessi al portato interiore, intimo e, in senso lato, culturale dei soggetti coinvolti. Una delle prevedibili conseguenze di siffatte difficoltà consiste, dunque, nella possibilità di imbattersi in provvedimenti legislativi i quali, pur nell'apprezzabile intento di mettere ordine in materie oggettivamente complesse, non riescono a centrare l'obiettivo di sciogliere, attraverso la predisposizione di una regola generale e astratta, quei nodi – anche di carattere squisitamente

* Professore ordinario di Diritto Privato Comparato nell'Università degli Studi di Palermo. Mail: giuseppe.giaimo@unipa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

soggettivo – presenti nell’essenza stessa del modo in cui ciascuno si confronta con il proprio essere fisico, assumendo decisioni in ordine a questo.

Un esempio nitido di quanto appena rappresentato è costituito dalla recente legge n. 10 del 10 febbraio 2020 la quale, sottolineando la potestà decisoria della persona sul suo corpo, stabilisce il modo in cui ognuno può destinare le proprie spoglie mortali alla ricerca scientifica, allo studio e alla formazione chirurgica, nonché i doveri che gravano su quegli enti che si gioveranno del lascito. Il testo normativo adesso richiamato presenta, tuttavia, cospicui garbugli rimasti irrisolti, con la conseguenza di creare nell’interprete e, soprattutto, nei suoi immediati destinatari una sorta di disorientamento e di senso di imperfezione che – in una materia così sensibile e, al contempo, densa di utilità sociale – rischia di provocare una inaccettabile confusione, insieme a una notevolissima difficoltà nel raggiungere quel fine cui la norma stessa è diretta. L’analisi che segue, quindi, è rivolta a un ben preciso proposito: quello, cioè, di individuare le maggiori complessità della legge, in modo da provare a segnalare quei possibili interventi correttivi idonei ad assicurarne una perfetta efficienza.

Un buon punto di partenza, senz’altro utile per articolare un piano ragionamento, è quello di organizzare un inquadramento sistematico della normativa in commento, in modo da individuare i principi generali ai quali è opportuno riferirsi nell’analisi critica della disposizione. A questo proposito, in via preliminare, può osservarsi che il secondo comma dell’art. 1 della l. n. 10/2020 compie un richiamo espresso alla “solidarietà”, quale criterio-guida del lascito del corpo umano per il suo utilizzo *post mortem* a fini formativi o di investigazione scientifica, indicando questo valore come causa giustificatrice della volontà di chi desidera che le proprie spoglie mortali fungano da palestra per l’esercizio di studi o ricerche. In altri termini, dunque, il beneficio che la collettività potrebbe ottenere attraverso la conduzione di quelle particolari attività educative e di indagine è ragione sufficiente a bilanciare il sacrificio che l’individuo sopporta attraverso il dono di sé, consistente nel consentire un uso del suo corpo ben diverso da quello che, di regola, attiene alla *pietas* dovuta ai resti mortali dei defunti. Il presupposto ideale della legge del 2020 è, quindi, il medesimo che ha ispirato la normativa sul prelievo da cadavere di organi e tessuti da destinare al trapianto, di cui alla l. n. 91/1999. In entrambi i casi, infatti, si tratta di adoperare le spoglie di un individuo in modo che altri ne traggano giovamento, attraverso l’uso terapeutico di parti di esse, ovvero mediante i progressi che la scienza medica potrà ottenere dallo studio diretto dei cadaveri, anche in chiave di istruzione e di perfezionamento dei professionisti del settore¹.

Una volta acclarata l’identità dell’assunto di base che accomuna i due testi normativi a confronto, il passo successivo consiste nel comprendere la ragione delle differenti modalità attraverso le quali si

¹ «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 variegata per comprendere come trattare meglio una serie di patologie umane» (S. ZULLO, *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”*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 276). Cfr., anche, P. VERCELLONE, voce «Trapianti di tessuti e organi», in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Aggiornamento*, Torino, 2003; P. STANZIONE, *Art. 5 – Atti di disposizione del proprio corpo*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 1-142*, Milano, 2009; D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1119 ss. T.M. WILKINSON, *Ethics and the Acquisition of Organs. Issues in Biomedical Ethics*, Oxford, 2011.

manifesta il consenso dell'individuo all'uso del proprio corpo per finalità altruistiche, a seconda che quest'ultimo (o, più correttamente, gli organi o i tessuti da esso prelevati) sia volto al beneficio diretto di altre persone, ovvero al soddisfacimento di un interesse genericamente collettivo all'evoluzione della ricerca e della pratica in ambito sanitario. Nell'ipotesi in cui, infatti, si ricorra all'asportazione di parti da destinare al trapianto, la legge n. 91/1999 prevede che la volontà del donatore possa essere ricavata attraverso l'attribuzione di un significato assertivo al silenzio mantenuto dall'interessato, successivamente all'aver ricevuto debita informazione circa le eventuali conseguenze di esso (art. 4); ovvero mediante la mancata opposizione al prelievo da parte dei suoi congiunti prossimi, intesi quali interpreti privilegiati del volere del defunto² (art. 23, che detta la disciplina transitoria ancora oggi in vigore). In sintesi, quindi, non è necessario che il consenso del donatore all'uso di parti del proprio corpo sia manifestato in forma espressa, atteso che esso può essere desunto in via interpretativa mediante una connotazione affermativa data al silenzio informato, oppure dedotto dalla non obiezione dei parenti, legittimati a opporsi quali continuatori della personalità morale del soggetto deceduto. Il valore della solidarietà ha un'intensità tale, dunque, da prevalere sulla necessità di certezza in ordine all'esistenza e al contenuto della volontà del defunto, tanto che si ammette che essa possa prescindere dal dover essere comunicata secondo forme inequivoche e, addirittura, che sia ricavata in modo implicito attraverso una sua postuma ricostruzione.

Del tutto differente, invece, è il caso in cui la disposizione del proprio corpo sia destinata a una finalità sociale – qual è lo sviluppo della ricerca e dello studio in ambito medico – da cui, tuttavia, non derivi un beneficio diretto in favore di specifici individui. Al ricorrere di questa evenienza, infatti, assume rilievo preminente, rispetto al reciproco sostegno tra consociati, un altro e non meno importante principio, la cui corretta individuazione necessita di alcune preliminari considerazioni. Il comune presupposto di partenza risiede nella semplice osservazione per cui il corpo è lo strumento principale mediante il quale l'individuo riesce a estrinsecare la propria personalità, entrando in relazione con il mondo esterno. Da ciò discende, quindi, l'altrettanto intuitivo corollario secondo cui ogni scelta sul sé fisico deve essere compiuta sulla scorta di una preventiva informazione in ordine alle sue possibili conseguenze e, soprattutto, resa in maniera certa e immediatamente riferibile al suo autore; in caso contrario, infatti, il rischio è quello di una intromissione non autorizzata all'interno della sfera corporea di un soggetto – magari travisandone la volontà – con la conseguente lesione della sua dignità personale, intesa come valore assoluto posto a tutela dell'individuo nei confronti di qualsiasi potenziale interferenza esterna, che sia perturbatrice delle prerogative che gli sono proprie³. In altri termini, allora, l'atto di disposizione del corpo – quando esso non sia destinato al vantaggio diretto di altri individui, come nel caso del prelievo di organi da usare per il trapianto terapeutico – deve essere frutto di un consenso, oltre che informato e consapevole in ordine alle sue possibili conseguenze, dichiarato in maniera tale da non lasciare adito a dubbi o incertezze interpretative sia sulla sua stessa esistenza, sia sulla sua riferibilità al disponente sia, infine, sul suo effettivo contenuto. Posto, infatti, che l'autodeterminazione sul sé corporeo è concreta manifestazione del principio di dignità – suscettibile di (parziale)

² Sul ruolo dei parenti del defunto, ci sia consentito il rinvio a G. GIAIMO, *Natura e caratteristiche del consenso al prelievo di organi e tessuti da cadavere. Un raffronto tra Italia ed Inghilterra*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2018, 234 ss.

³ Cfr. D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, 2001, 11 ss. e G. RESTA, *La dignità*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, *passim*.

contenimento soltanto a fronte di specifiche e prioritarie esigenze di natura sovra-individuale, come nel caso di trattamenti sanitari nell'interesse della collettività – occorre che gli atti decisori in cui essa si esercita siano rivestiti da forme idonee a evitare qualsiasi possibile lesione del principio medesimo, dovuta a una eventuale distorsione o fraintendimento della sottostante volontà dispositiva. Se, dunque, il consenso al prelievo degli organi da trapiantare può essere ricavato, come si è visto, anche mediante l'interpretazione di un volere inespresso, dato il prevalere del valore della solidarietà che è a fondamento della relativa disciplina, l'assegnazione del proprio cadavere a fini scientifici o didattici – a causa dello sbiadirsi dell'intensità della solidarietà medesima, posto che la destinazione del corpo non ha un immediato effetto benefico in favore di soggetti determinati – deve essere compiuta in maniera tale da privilegiare la certezza e la genuinità dell'atto di autodeterminazione⁴. In questo senso, la legge n. 10/2020 dispone una particolare modalità di manifestazione del consenso, sulla quale giova soffermarsi.

2. La forma espressiva del consenso e della sua eventuale revoca

La forma espressiva dell'atto volitivo con il quale un soggetto decide delle sue spoglie per l'altrui beneficio è differente, a seconda che si tratti di consentire un prelievo di organi e tessuti da destinare al trapianto, ovvero di permettere l'esecuzione di studi e ricerche sul proprio cadavere. Come è stato efficacemente evidenziato, infatti,

«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»⁵,

le quali richiedono un grado di certezza, in ordine all'esistenza stessa del consenso, tale da non permettere – come, invece, nel caso dei trapianti – che questo possa essere ricavato in via di interpretazione, attraverso una qualificazione del silenzio del soggetto oblato, ovvero mediante la mancata opposizione all'espianto dei suoi parenti prossimi. La diminuita portata del principio di solidarietà (dato che le attività mediche di natura scientifica o didattica non arrecano un vantaggio immediato a delle persone inferme) lascia emergere, infatti, la prioritaria rilevanza dell'autodeterminazione – quale ipostasi della dignità personale – la cui necessaria tutela rende indispensabile l'adozione di forme

⁴ In maniera condivisibile, L. ATZENI sottolinea come «nella delicata operazione di bilanciamento tra diritto all'autodeterminazione della persona [...] e il dovere di solidarietà, sembra, dunque, che il diritto all'autodeterminazione della persona, e la conseguente pretesa di controllo del proprio corpo e dei propri tessuti, sia in questa sede destinato a prevalere» (*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 AIC*, 5/2020, 61). Il medesimo concetto è stato espresso dal Comitato Nazionale di Bioetica (*Parere del 19/4/2013 "Donazione del corpo post mortem a fini di studio e di ricerca"*, p. 10), il quale ha osservato come «il principio dell'informazione e del consenso del soggetto alla donazione dei suoi organi e del suo corpo debba essere considerato come prioritario e che esso non possa essere sostituito con un modello di informazione collettiva e generalizzata, ancorato al principio del silenzio-assenso. Se si adottasse questo secondo modello, emergerebbe ancor più il forte imbarazzo del legislatore, che vorrebbe far valere una sorta di dovere di solidarietà, senza dichiararlo in modo esplicito e facendo leva sull'ambigua regola del consenso presunto dell'individuo».

⁵ S. ZULLO, *op. cit.*, 276 e, con le stesse parole, Comitato Nazionale di Bioetica, *Parere del 19/4/2013, cit.*, 9.

espressive che non lascino alcun dubbio circa il reale volere del disponente. In sintesi, quindi, «il principio del consenso consapevole e informato del donatore va considerato come fondamentale, ed esso non può essere sostituito dal principio del silenzio-assenso»⁶.

Una volta escluso che, nella peculiare fattispecie della destinazione del proprio corpo alla scienza, possano essere mutate le modalità espressive del relativo volere previste in materia di trapianti, la soluzione normativa più coerente – molto opportunamente adottata dalla legge n. 10/2020 – è stata quella di richiamare quanto previsto dalla legge n. 219/2017 la quale, in tema di disposizioni anticipate di trattamento, stabilisce che la volontà del disponente debba essere resa nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (o consegnata personalmente dall'interessato all'ufficio di Stato Civile). In questo modo, allora, chi vuol destinare il proprio corpo alla scienza o all'attività formativa potrà farlo seguendo quelle particolari formalità comunicative che, in ampia misura, garantiscono la certezza del volere, così come la sicura riferibilità di esso all'autore dell'atto.

Le ragioni di questo rinvio alla legge del 2017 sono facili da rintracciare, considerando che – come si è detto poco sopra – il corpo è lo strumento principale attraverso cui l'individuo, autodeterminandosi, riesce a estrinsecare la propria personalità (intesa come insieme di caratteristiche che fanno di quest'ultimo un essere unico, capace di interagire con l'ambiente, di stabilire i propri scopi e di regolare, in conseguenza, il proprio comportamento), entrando in relazione con il mondo esterno⁷. L'esito di tale assunto consiste nel fatto che ciascuno ha la possibilità di decidere ciò che riguarda il proprio corpo (in senso ampio, comprendendo nel concetto anche lo stato di salute), sia impedendo che su di esso siano praticate attività di terzi non autorizzate, sia disponendo del corpo stesso e di quelle parti che da esso derivano. Potrebbe dirsi, dunque, che ogni individuo gode di un "diritto al controllo" sul proprio essere fisico (nel senso di una potestà assoluta, non cedibile ad altri, incondizionata – alla pari di qualsiasi altro diritto della personalità⁸ – e priva di vincoli ulteriori rispetto alla necessità di uniformarsi agli obblighi posti nell'interesse pubblico) che si esercita, in uguale misura, sia esprimendo un volere, impegnativo per i suoi destinatari, in ordine ai trattamenti sanitari, attuali o futuri, ai quali sottoporsi; sia mediante il disporre del proprio cadavere «come postuma proiezione, cioè come ultrattività del diritto alla propria identità»⁹. In entrambi i casi, allora, «assume un ruolo determinante il consenso consapevole informato espresso dal disponente e, conseguentemente, il diritto fondamentale ad autodeterminarsi»¹⁰, il cui rilievo è tale da rendere necessaria una forma espositiva che assicuri un'assoluta certezza in merito all'esistenza stessa della volontà sottostante e al fatto che essa sia frutto di una effettiva ponderazione e piena conoscenza delle sue conseguenze. In altre parole, quindi, la tutela dell'autodeterminazione in merito al proprio corpo – perseguita con la previsione di modalità

⁶ Comitato Nazionale di Bioetica, *Parere del 19/4/2013, cit.*, 12.

⁷ Cfr. G. DI ROSA (*La disposizione del proprio corpo post mortem a fini didattici e scientifici*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 843), che riprende il pensiero di P. ZATTI *Principi e forme del "governo del corpo"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, I, 99 ss.

⁸ Secondo G. DI ROSA, *op. cit.*, 858) «l'atto di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica può genericamente qualificarsi come atto di consenso relativo a diritti della personalità, alla pari di altri atti della stessa natura già presenti nel nostro ordinamento».

⁹ F. GAZZONI, *L'erba voglio non cresce nemmeno nel giardino del giudice: dichiarazione giudiziale di paternità, ordini del giudice e provvedimenti abnormi*, in *Riv. Dir. Fam. Pers.*, 2009, 1780.

¹⁰ L. ATZENI, *op. cit.*, 61. Cfr., anche, S. ZULLO, *op. cit.*, 278.

espressive tali da garantire che il disponente abbia una completa contezza delle scelte compiute e dei loro effetti – costituisce la ragione dell’opportuno rinvio, operato dall’art. 3 della legge n. 10/2020, a quanto stabilito dall’art. 4, comma 6, della legge n. 217/2019 in tema di disposizioni anticipate di trattamento sanitario.

Una volta chiarita la *ratio* sottostante alla necessità di rivestire con una particolare forma¹¹ la dichiarazione di consenso all’utilizzo del proprio cadavere, occorre svolgere un’ultima considerazione su tale tema. L’art. 4, comma 7, della legge n. 219/2017 prevede che «nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare»: modalità, quest’ultima, che la legge n. 10/2020 riserva esclusivamente alla revoca dell’atto di disposizione, qualora «ragioni di emergenza ed urgenza impedissero di procedere alla revoca del consenso già manifestato» con le forme dell’atto pubblico o della scrittura privata (art. 3, comma 5). In sintesi, quindi,

«il legislatore sembra preoccuparsi più di assicurare la possibilità di revocare un consenso già manifestato (impedendo così l’utilizzo del cadavere e/o dei tessuti *post mortem*) piuttosto che di permettere la libera espressione della volontà dei soggetti in qualsiasi circostanza, anche emergenziale o critica»¹².

La soluzione adottata pare del tutto corretta, soprattutto in quanto essa è perfettamente in linea con i presupposti teorici sopra richiamati ed evidenziati. Se, infatti, l’intento del legislatore è quello di valorizzare la consapevole autodeterminazione dell’individuo sul proprio corpo, è del tutto consequenziale che il consenso all’uso del corpo medesimo per fini scientifici o didattici sia frutto di una adeguata ponderazione da parte del disponente, assicurata attraverso l’impiego di modalità di comunicazione del volere che richiedono il soffermarsi in una riflessione. Il significato culturale e simbolico del cadavere è tale, infatti, che la scelta di destinarlo a scopi di ricerca o di formazione non può essere lasciata all’estro del momento – anche in considerazione della *pietas* dei familiari – e, dunque, è più che opportuno che la decisione non possa essere assunta nell’urgenza di una contingenza così critica da non rendere possibile il ricorso all’atto pubblico o alla scrittura privata (autenticata o personalmente consegnata allo stato civile). Al contrario, sempre tenuti presenti lo spessore e la valenza anche emotiva dell’atto di disposizione, non sarebbe coerente limitare la possibilità di manifestare un successivo ripensamento imponendo a esso l’onere della forma scritta, anche in considerazione del fatto che la volontà di revoca potrebbe formarsi in una fase della vita del disponente in cui questi non fosse nelle condizioni di confezionare un documento.

Una eventuale soluzione di segno differente¹³ – che, in ipotesi, ammettesse il lascito del corpo anche attraverso una dichiarazione resa oralmente a un medico o videoregistrata – non potrebbe trovare

¹¹ Dato il richiamo al sesto comma dell’art. 4 della legge n. 219/2017, l’atto di disposizione delle proprie spoglie dovrà avere la forma dell’atto pubblico, della scrittura privata autenticata o semplice, purché personalmente consegnata dal disponente stesso all’ufficio dello stato civile.

¹² M. GHIONE, *Luci e ombre della l. n. 10/2020 in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem*, in *Famiglia*, 4/2020, 468.

¹³ Secondo M. GHIONE, *op. cit.*, 468, «sembra necessario dover tenere sempre a mente la *ratio* e le finalità della norma: partendo, dunque, dal presupposto che il rimando all’art. 4, co. 6, l. 219/2017 contenuto nel comma 1 (e, indirettamente, nel comma 5) dell’art. 3 della legge non prevede nessuna limitazione o deroga, pare preferibile ritenere che sia la manifestazione del consenso che la sua revoca, in situazioni di emergenza e urgenza,

giustificazione, sia conducendo l'analisi della norma con il criterio ermeneutico letterale, sia mediante quello teleologico. Il primo comma dell'art. 3 della legge n. 10/2020, infatti, nello stabilire le forme per la manifestazione di consenso all'uso del cadavere, opera un rinvio esclusivamente al sesto comma dell'art. 4 della legge n. 219/2017 (che prescrive l'atto pubblico e la scrittura privata), senza alcun riferimento al successivo comma 7, che prevede il ricorso alla videoregistrazione o ad altri dispositivi che consentano al disabile di comunicare. Poiché, quindi, il legislatore *ubi voluit ibi dixit*, il mancato richiamo a modalità espressive pure ammesse per le dichiarazioni anticipate di trattamento lascia intendere come quelle non siano utilizzabili, quando il volere del disponente riguardi la destinazione del proprio cadavere allo studio scientifico o alla didattica.

Del pari, la medesima conclusione si raggiunge quando ci si sofferma sulle finalità proprie delle due normative a confronto. Lo scopo di chi predispose le DAT, infatti, è quello di consentire o di vietare il compimento di trattamenti sanitari su di sé, in previsione di una eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, in modo da evitare possibili altrui intromissioni nella propria sfera fisica che – in assenza di una volontà contraria dell'infermo – potrebbero essere giustificate dal perseguimento di un auspicato beneficio terapeutico. La necessità di salvaguardare l'autodeterminazione del paziente da potenziali attività di cura che, nel silenzio dell'interessato, verrebbero somministrate in aderenza ai protocolli medici rende opportuno, allora, che gli intendimenti del disponente non rimangano vincolati alla forma scritta, ma che siano resi espliciti nei modi più acconci alla situazione in cui versa il soggetto stesso. Nell'ipotesi di attribuzione del proprio corpo all'attività di ricerca o di formazione, invece, in assenza di una volontà diretta in tal senso, il cadavere sarebbe ordinariamente destinato alle esequie, senza alcun rischio di indebito uso dello stesso; per questa ragione, dunque, non si giustifica il ricorso a modalità espressive del volere, diverse dall'atto pubblico o dalla scrittura privata, tali da non assicurare una perfetta ponderazione della scelta compiuta. Al contrario, è opportuno che sia evitata – in caso di un successivo ripensamento – la particolare destinazione all'uso scientifico o didattico data alle spoglie, in aderenza alla nuova volontà del disponente, senza che esistano limiti formali al modo in cui quest'ultima può essere manifestata e, dunque, anche attraverso una dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico alla presenza di due testimoni.

3. L'attività informativa diretta a una volontà consapevole e la scelta del centro di riferimento destinatario del corpo

L'impalcatura teorica su cui si regge la recente normativa che disciplina l'assegnazione del corpo alle attività di formazione medica e di ricerca scientifica è caratterizzata, come si è visto, da un evidente rilievo tributato all'importanza della volontà del disponente. La necessità che il consenso sia frutto di una meditata riflessione è resa palese, infatti, dall'esplicito richiamo – formulato in ordine alle modalità espressive del volere – a quanto stabilito dalla legge n. 219/2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento le quali a loro volta, data la peculiarità del relativo contenuto, sono diretta manifestazione di un consapevole e informato esercizio di autodeterminazione. L'analogia di *ratio*, sottintesa dallo stesso legislatore, tra i due successivi testi normativi che regolamentano il modo in cui ciascuno

possano essere espresse con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni».

può decidere in ordine al proprio sé fisico (comprendendo in esso anche lo stato di salute) giustifica, quindi, il fatto che la legge n. 10/2020 subordini il lascito del cadavere all'esistenza di una volontà dell'autore dell'atto di disposizione che sia piena, libera e informata.

Questa apprezzabile intenzione, tuttavia, sembra essere rimasta sul piano dei propositi irrealizzati posto che – a eccezione della parte inerente ai requisiti formali che sono richiesti per la manifestazione del consenso all'uso delle spoglie – la legge in commento non valorizza in alcun modo la portata e la rilevanza dell'autodeterminazione. Le considerazioni che seguono sono rivolte, dunque, a evidenziare ciò che potrebbe essere definito come un'occasione perduta sulla strada di un pieno riconoscimento del potere dell'individuo di decidere in autonomia in ordine a tutto ciò che riguardi, nella più vasta accezione, la propria sfera corporea.

Una prima notazione, che ha il sapore dell'ovvio, riguarda il fatto che qualsiasi deliberazione un soggetto possa assumere in ordine al proprio essere fisico deve essere preceduta da una corretta e completa informazione sugli effetti della scelta, in modo che questa venga compiuta in maniera consapevole¹⁴. Il principio di autodeterminazione esige, infatti, che il processo formativo della sottostante volontà sia accompagnato dalla piena contezza di ogni sua possibile conseguenza, affinché la decisione con la quale un individuo dispone di sé (consentendo o rifiutando un intervento sanitario ovvero, come nel caso specifico, assegnando il proprio corpo all'attività di ricerca o facendone strumento didattico) sia fondata su presupposti corretti e sia, dunque, scevra da condizionamenti o da errati convincimenti dovuti a una completa – o, anche, soltanto parziale – ignoranza delle circostanze che, in qualche modo, potrebbero essere influenti sulla risoluzione.

La questione sembrerebbe esser stata presa in debita considerazione dalla legge n. 10/2020, tanto che l'art. 2 dispone la promozione della comunicazione diretta a diffondere tanto la conoscenza del contenuto della legge stessa, quanto (attraverso iniziative organizzate dalle regioni e dalle aziende sanitarie) «una corretta informazione sull'utilizzo del corpo umano e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione medica e di ricerca scientifica», con l'evidente scopo di stimolare gli atti di disposizione¹⁵. L'intento, sebbene impeccabile in linea teorica, dimostra una palese deficienza pratica, posto che le

¹⁴ La letteratura sulla natura, le caratteristiche e gli effetti del consenso informato è particolarmente vasta. Ci si limita, quindi, a rinviare – per la completezza e le peculiarità di ciascuno – a G. CRISCUOLI, *Ragionevolezza e consenso informato del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 480 ss.; M. GRAZIADEI, *Autodeterminazione e consenso all'atto medico*, in L. LENTI, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Milano, 2011, 191 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018.

¹⁵ Occorre dar conto dell'opinione di M. GHIONE, *op. cit.*, 462), secondo il quale «è evidente che la finalità dell'attività di informazione è permettere agli istituti di formazione, studio e ricerca [...] di ottenere un sempre maggior numero di cadaveri su cui svolgere la propria attività empirica: finalità senza dubbio encomiabile ma che, probabilmente, sarebbe stato preferibile venisse svolta con l'utilizzo di risorse proprie dei predetti Centri di riferimento, anziché pubbliche». In altri termini, secondo l'A., posto che il beneficio ricavato dall'uso dei cadaveri ricadrebbe in favore dei Centri di ricerca e formazione scientifica, il costo dell'informazione resa ai potenziali disponenti dovrebbe ricadere sui Centri stessi e non, invece, sulla collettività mediante l'impiego di risorse pubbliche. Il punto di vista, tuttavia, non sembra potersi condividere. Gli innegabili vantaggi che dipendono dalle ricerche e dagli studi scientifici compiuti sui cadaveri, così come la formazione della classe medica, non sono patrimonio del singolo istituto nel quale si compiono gli studi stessi o si svolge l'attività didattica quanto, invece, dell'intera comunità che si giova dei risultati ottenuti. Pare del tutto corretto, quindi, che l'attività di informazione e di promozione della cultura del dono delle proprie spoglie sia posta a carico della spesa pubblica e non, invece, dei singoli centri di ricerca e insegnamento.

norme che dovrebbero disciplinare la comunicazione diretta a far sì che i potenziali donatori abbiano la piena consapevolezza della propria scelta sono state demandate a un regolamento del quale, al momento in cui si scrive¹⁶, (nonostante il termine di tre mesi posto dal legislatore perché fosse adottato) non vi è ancora traccia. La conseguenza, quindi, è che la legge – in attesa del predetto regolamento – non può avere concreta attuazione, dato che l'eventuale volere del disponente rischia di essere privo di quei presupposti di conoscenza dai quali dipende l'effettiva consapevolezza degli esiti della decisione, con l'inaccettabile possibilità che questi siano in qualche modo difformi rispetto alle intenzioni del donatore¹⁷.

Un paio di ulteriori notazioni sono utili a ribadire come l'adozione del regolamento di attuazione sia senz'altro necessaria affinché la legge n. 10/2020 possa pienamente svolgere i propri effetti, soprattutto in relazione al corretto formarsi della volontà deliberativa. La prima riguarda l'art. 8, lett. b) della legge stessa, che demanda alla normativa secondaria l'indicazione delle possibili cause di esclusione dell'utilizzo dei corpi dei defunti ai fini della legge stessa. Cause, queste ultime, che dovrebbero essere ben note in via preventiva ai potenziali disponenti, in modo che il loro consenso all'assegnazione del proprio cadavere allo studio o alla formazione sia espresso con la coscienza di ciò che potrebbe frustrarne il relativo volere, anche in relazione all'evenienza – di cui si dirà tra breve – che il soggetto individui il centro di riferimento destinatario del lascito della propria salma¹⁸. Sin quando, dunque, non saranno individuati quei motivi che rendono impossibile l'uso delle spoglie per un determinato scopo, la volontà del disponente non potrà formarsi in maniera compiuta e consapevole, atteso che essa manca della conoscenza di quegli elementi che potrebbero meglio indirizzare la scelta della destinazione del corpo¹⁹.

¹⁶ Aprile 2021.

¹⁷ L'attuale mancanza del regolamento di attuazione pone il problema relativo al valutare se la legge possa avere comunque applicazione, ovvero se essa è del tutto inefficiente sino a quando non verrà emanato il regolamento stesso. Secondo M. GHIONE, *op. cit.*, 473, «mentre le disposizioni che attengono al concreto utilizzo dei cadaveri *post mortem* (articoli 4-7) necessitano sicuramente della predetta regolamentazione, non vi sono invece ragioni per non applicare immediatamente l'articolo 3: pertanto, si ritiene possibile ricevere atti di manifestazione di consenso in materia, pur essendo opportuno che il Notaio o l'ufficiale di stato civile rendano edotto il disponente in merito alla criticità generata dalla mancata emanazione del regolamento attuativo e pertanto che, allo stato attuale, non sarebbe possibile dare seguito alla dichiarazione di volontà dallo stesso espressa». La soluzione proposta, tuttavia, non tiene conto dell'importanza che assume il regolamento in questione ai fini del contenuto dell'atto di disposizione, soprattutto in riferimento alle informazioni indispensabili per uno sviluppo consapevole della volontà del disponente. In assenza della normativa secondaria, quindi, l'autore dell'atto di disposizione rischia di essere privo della conoscenza di quegli elementi che ne sono presupposto, con il conseguente rischio che l'effettivo volere del dichiarante non sia aderente a quanto, invece, all'intento attestato: dunque, è preferibile che anche l'art. 3 della l. 10/2020 non abbia esecuzione sino all'emanazione delle norme di attuazione.

¹⁸ Potrebbe accadere, infatti, che un determinato centro di riferimento – magari proprio quello prescelto dal disponente, ove tale possibilità fosse ammessa – non accetti «corpi che presentino pesanti alterazioni (dovute, ad esempio, all'esame autoptico o a gravi incidenti), che siano connotati da severa obesità o siano particolarmente sottopeso, che siano contaminati da malattie contagiose o presentino vaste bruciature. La donazione degli organi potrebbe essere, del pari, una ragione per rifiutare il corpo» (B.M. RIEDERER et al., *op. cit.*, 10).

¹⁹ Si pensi, ad esempio, a un soggetto affetto da una particolare malattia, il cui cadavere potrebbe essere di cospicuo interesse per la didattica e, invece, di nessun vantaggio per la ricerca scientifica (o viceversa). Ove fossero note in anticipo le cause di esclusione dell'utilizzo dei corpi, il disponente potrebbe orientare il proprio volere verso l'unica destinazione utile, magari scegliendo all'interno della categoria dei potenziali destinatari quello a sé più gradito.

La seconda osservazione concerne la delicata questione relativa alla gestione dei dati personali del defunto, di cui nulla è detto in seno alla legge n. 10/2020. Così come è stato correttamente sottolineato,

«la storia clinica del disponente potrebbe non essere rilevante quando il cadavere è destinato all'insegnamento dell'anatomia umana. Al contrario, ove il corpo fosse assegnato alla ricerca scientifica, tali informazioni potrebbero avere una notevole importanza ed essere disponibili soltanto se il donatore avesse espresso il proprio consenso alla divulgazione dei propri dati sanitari»²⁰.

Il tema, comunque, ha una portata ancora più vasta e riguarda anche il consenso (o il diniego) del disponente alla possibilità di acquisire immagini del cadavere, nel corso dello svolgimento delle attività alle quali questo è stato destinato. Poiché, infatti, le spoglie mortali sono la rappresentazione concreta dell'immagine dell'individuo – intesa come parte della personalità e dei relativi diritti – deve ritenersi che ogni azione che abbia a oggetto la raffigurazione dell'immagine stessa debba essere preventivamente autorizzata dal soggetto, attraverso l'atto con cui egli dispone del proprio cadavere. In questo modo, dunque, il corpo inanimato si sottrae dall'essere considerato come una cosa di cui ci si possa servire, per acquisire lo *status* di postuma proiezione²¹ della personalità del defunto.

La perdurante assenza del predetto regolamento attuativo permette, infine, una riflessione condotta esclusivamente in chiave di auspicio, in relazione a ciò che potrebbe essere il contenuto dell'attività informativa, così come al modo in cui questa dovrebbe essere svolta, affinché l'atto di disposizione sia frutto di un volere pienamente edotto. In questo senso, sarebbe bene distinguere tra i ragguagli di ordine generico diretti a informare i cittadini circa l'opportunità di destinare il proprio cadavere alla scienza e alla formazione dei medici e quelli, dall'oggetto più specifico, rivolti a coloro i quali fossero concretamente intenzionati a disporre in tal senso. Se in ordine ai primi non vi è molto da dire – dato che essi si risolvono in una mera attività di promozione e di sensibilizzazione verso la cultura del dono di sé per il beneficio collettivo, in qualche modo simile a quanto già avviene in materia di donazione degli organi per i trapianti terapeutici – potrebbe essere utile qualche osservazione in merito alle informazioni dettagliate che dovrebbero essere rese al potenziale disponente, in modo da riuscire nell'intento di ottenerne un consenso perfettamente cosciente delle future conseguenze.

Sul punto, tuttavia, occorre svolgere una notazione preliminare che riguarda quella che potrebbe essere una lacuna della legge e che trae spunto dalla prassi olandese – sviluppatasi in seguito all'adozione del *Wet op de Lijkbezorging* (legge sui servizi funebri) del 1991²² – secondo la quale chi intende destinare le proprie spoglie alla ricerca o alla didattica individua il centro che beneficerà del lascito, prendendo con esso contatti diretti²³. Una procedura di tal genere comporta l'innegabile vantaggio dovuto al fatto che al disponente, attraverso l'interazione con l'istituto prescelto, è garantita la conoscenza dell'uso che verrà fatto del suo cadavere, in modo che la decisione sia frutto di una volontà il cui processo di formazione non è inficiato da alcuna incertezza dovuta a una carenza informativa.

²⁰ B. M. RIEDERER et al., *op. cit.*, 15.

²¹ Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 1780.

²² <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005009/2014-02-15>

²³ Cfr. B. M. RIEDERER et al., *The legal and ethical framework governing Body Donation in Europe. 1st update on current practice*, in *Eur. J. Anat.*, 16/2012, 9.

A ben vedere, non sembra esistere alcun valido motivo per il quale, anche in Italia, una persona non possa scegliere l'ente destinatario del proprio atto altruistico decidendo, ad esempio, se privilegiare i fini didattici o di ricerca²⁴ e, nell'ambito di quest'ultima, gli studi rivolti a uno specifico settore, nel pieno rispetto dell'autodeterminazione del singolo. La stessa legge n. 10/2020 non proibisce esplicitamente che ciò avvenga, dato che nulla è detto in merito al possibile contenuto dell'atto di disposizione che, dunque, potrebbe ben includere – oltre alla manifestazione di consenso e alla nomina del fiduciario – anche l'indicazione dell'ente beneficiario. Lo stesso art. 5, comma 2 (il quale prescrive il tempestivo aggiornamento dell'elenco dei centri di riferimento, «in modo da consentire al medico che accerta il decesso l'individuazione del centro di riferimento competente per territorio») potrebbe essere interpretato attribuendo all'azione del medico un carattere residuale, nel senso che il compito di identificare l'istituto di formazione o di ricerca al quale assegnare il corpo dovrebbe esser svolto soltanto in assenza di una preventiva indicazione fatta dal disponente.

In senso contrario alla lettura adesso proposta, una possibile giustificazione teorica al divieto di manifestare una preferenza in merito al futuro utilizzo della propria salma²⁵ potrebbe essere ricavata, in via analogica, attraverso il confronto con la disciplina sui prelievi di organi *ex mortuo* da destinare ai trapianti. Come è stato osservato,

«le dichiarazioni da cui emerge la volontà di disporre dei propri organi non possono in alcun modo essere condizionate alle cure di determinati soggetti individuati dal disponente, in quanto ciò sarebbe contrario ai principi fondamentali del nostro ordinamento: gli atti di disposizione devono essere incondizionati e la decisione in merito alla concreta destinazione dell'organo o del tessuto compete esclusivamente ai professionisti medici, a seguito della morte del disponente. È evidente che analoghi principi dovranno valere anche nella materia *de qua*: non si potrà disporre del proprio cadavere – o di parte di esso – condizionando la propria volontà all'utilizzo in determinati settori o da parte di determinati istituti indicati dal disponente»²⁶.

La dedotta correlazione tra le due fattispecie, tuttavia, non regge a un'analisi critica condotta evidenziando la completa difformità dei presupposti logici ad esse sottostanti. Con riferimento alla normativa in materia di trapianti, infatti, la giustificazione dell'impossibilità di designare, da parte del benefattore, il beneficiario di quanto sarà espantato dalle proprie spoglie mortali è di duplice ordine. In primo luogo, esiste una ragione tecnico-sanitaria – ovviamente insuperabile – per la quale l'effettiva assegnazione degli organi prelevati è subordinata alla compatibilità biologica tra donante e donatario, in mancanza della quale non potrebbe essere effettuato alcun trapianto. Se anche, allora, si ammettesse la devoluzione *in certam personam*, l'innesto effettivo sarebbe sempre condizionato al nulla osta del personale medico, una volta compiute le analisi volte all'accertamento della predetta conciliabilità istologica tra i soggetti coinvolti. La seconda motivazione ostativa è, invece, di ordine etico: premessa,

²⁴ La possibilità del disponente di scegliere il futuro utilizzo della propria salma è stata ammessa anche dal Comitato Nazionale di Bioetica (*Parere del 19/4/2013, cit.*, p. 11), secondo il quale «l'atto della donazione potrebbe prevedere la destinazione dello studio del corpo o ai fini della ricerca o a quelli didattici o a entrambi».

²⁵ Secondo M. GHIONE, *op. cit.*, 471, «dalla lettura organica delle disposizioni citate, emerge che il legislatore, nel disciplinare l'iter di assegnazione dei corpi ai CdR, abbia voluto [...] evitare [...] che si possa condizionare la manifestazione di consenso all'utilizzo del cadavere presso un centro di riferimento individuato dal disponente oppure scelto all'interno di una categoria di centri individuata dal medesimo».

²⁶ M. GHIONE, *op. cit.*, 461.

infatti, la libera revocabilità della disposizione che assegna una parte anatomica a un determinato soggetto affinché quest'ultimo ne tragga vantaggio per la sua salute (ferma rimanendo, naturalmente, la necessità della compatibilità che eviti il rigetto), «la designazione di un beneficiario – oltre a determinare un poco umanistico e dignitoso conflitto di interessi quanto alla sopravvivenza del disponente – esporrebbe il designato, in modo *continuativo*, ad una posizione di potenziale sudditanza»²⁷. Nessuna delle due obiezioni, a ben vedere, può essere riferita al lascito del proprio cadavere per fini di ricerca o didattici, atteso che la scelta del centro di riferimento non è subordinata ad alcun requisito di compatibilità biologica – come avviene per gli organi da trapiantare – né l'eventualità di un possibile ripensamento del disponente esporrebbe l'ente beneficiario alla medesima delusione cui andrebbe incontro chi, a causa del mutato avviso del promittente donatore, vedrebbe frustrata la speranza di risolvere o attenuare la sua patologia.

A queste semplici considerazioni – tanto ovvie da apparire quasi banali – se ne aggiunge un'altra, relativa al differente peso (di cui si è detto sopra) che hanno la solidarietà e l'autodeterminazione nelle due normative a confronto. Il riferimento è alla circostanza per cui, nel caso di destinazione di organi o tessuti al trapianto, «la capacità di scelta del donante è limitata al solo assenso informato, non essendogli concesso né di modificare la destinazione del bene, né di decidere lo scopo altruistico della disposizione. La distribuzione paritaria di “risorse scarse” postula che l'indirizzo solidaristico si traduca da mero interesse privato a interesse pubblico [...]. In tal modo, il peso benefico della solidarietà viene distribuito sull'intera comunità e non indirizzato verso specifici soggetti»²⁸. Nella differente ipotesi in cui il corpo sia destinato, dopo la morte del disponente, al compimento di attività mediche di natura scientifica o didattica, l'inesistenza di un beneficio diretto e immediato in favore degli infermi comporta l'affievolirsi della necessità che l'allocazione delle spoglie avvenga attraverso criteri distributivi fondati su ragioni di urgenza o di uniformità, per assecondare i quali sarebbe giustificato prescindere dai desideri del disponente. La conseguenza, allora, è che la diminuita portata del principio di solidarietà lascia emergere la prioritaria rilevanza dell'autodeterminazione, con la possibilità riconosciuta al disponente stesso di destinare il proprio cadavere a un centro di riferimento specifico, oppure scelto all'interno di una categoria di enti determinata dal soggetto medesimo. In questo modo, il risalto dato alla volontà individuale potrebbe fungere anche da stimolo alla disposizione del corpo, posto che un soggetto sarebbe di gran lunga più incentivato a decidere in tal senso se gli fosse lasciata la facoltà sia di scegliere in ordine all'uso didattico o di ricerca che di esso sarà fatto, sia di beneficiare un centro di riferimento nei confronti del quale avverte – per le ragioni più varie come, ad esempio, un sentimento di riconoscenza – una particolare affezione. Con il risultato affatto trascurabile, di cui si diceva prima, di permettere un'interazione tra il disponente e l'ente, in modo che quest'ultimo possa fornire al primo ogni informazione – anche nel dettaglio, ove richiesto – in merito all'impiego che, successivamente alla morte, sarà fatto del suo corpo.

Le questioni alle quali si è adesso accennato dimostrano, ancora una volta, come la legge n. 10/2020 abbia mancato l'obiettivo di apprestare una tutela idonea all'effettivo – e, soprattutto, completo – esercizio dell'autodeterminazione di chi voglia lasciare il proprio corpo alle attività mediche di ricerca e formazione, rimanendo vaghi e indistinti alcuni profili che la disciplina normativa avrebbe dovuto,

²⁷ D. CARUSI, *op. cit.*, 1128.

²⁸ M. CICORIA, *La l. n° 167 del 2012: ancora sul dono*, in *Giust. Civ.*, 2013, II, 467.

invece, prendere in debita considerazione esaltando il ruolo della volontà del disponente, estendendo la portata sino a ricomprendere nel suo dominio ogni aspetto in qualche modo attinente alla personalità individuale.

4. La possibilità di limitare solo ad alcune parti del corpo la destinazione allo studio, alla formazione e alla ricerca

La legge in commento, come si è già osservato poco sopra, sembra essere rimasta a metà del guado in vista di una piena ed effettiva valorizzazione dell'autodeterminazione del disponente circa la destinazione del proprio cadavere. Se, infatti, l'importanza di un volere informato, in ordine alla sua portata e alle relative conseguenze, emerge nitida dalle modalità espressive del consenso richieste dall'art. 3 (atto pubblico o scrittura privata autenticata o consegnata all'ufficio di stato civile, senza che il consenso stesso possa essere ricavato in via presuntiva), la caratura del ruolo della volontà dell'individuo rimane offuscata tra le nebbie del non detto. La ragione di queste incertezze potrebbe essere dovuta al fatto che «la disciplina contenuta nella l. n. 10/20 può, in termini generali, definirsi composita, nel senso che è portatrice di alcune regole sue proprie ma è anche debitrice di regole di provenienza altrà»²⁹; con la conseguenza che in essa trova spazio la rilevanza dell'autodeterminazione a fondamento della legge n. 219/2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento ma, anche, quello spiccato principio solidaristico di cui è impregnata la legge n. 91/1999 in materia di prelievi e di trapianti d'organi.

In questo modo, allora, potrebbe essere spiegata la mancata previsione – così come, pure, nella normativa in tema di donazione di organi e tessuti – della possibilità di circoscrivere l'atto di disposizione del proprio corpo in modo da limitare la ricerca o la dissezione solo ad alcune porzioni di esso³⁰. La necessità di assicurarsi il maggior numero possibile di parti anatomiche da innestare in soggetti infermi, così come di disporre in quantità di cadaveri da studiare, infatti, potrebbe avere indotto il legislatore – in entrambe le fattispecie regolamentate – a tacere in ordine alla facoltà per il donatore di scegliere e selezionare quali frazioni di sé destinare all'altrui beneficio (diretto, mediante il trapianto; indiretto, attraverso le attività di ricerca e di formazione). Se così fosse, tuttavia, il lodevole obiettivo sarebbe perseguito – di nuovo in entrambi i casi – in maniera errata, con il rischio di ottenere un risultato opposto a quello voluto. A questo proposito, è bene richiamare una decisione del Tribunale di Firenze³¹ che bene illustra la questione posta. I congiunti di una potenziale donatrice, informati del fatto che essi avrebbero potuto opporsi all'espianto degli organi della persona cara, specificarono – in maniera ben evidente e per iscritto – che la volontà ostativa all'espianto era riferita esclusivamente al prelievo della cute consentendo, con la loro mancata obiezione, l'ablazione delle altre parti del corpo da destinare al trapianto; i sanitari incaricati dell'operazione, tuttavia, non tennero conto delle indicazioni fornite dai familiari e prelevarono dal cadavere anche il tessuto epidermico. L'operato dei medici, poco rispettoso dell'altrui volere, diede luogo a una controversia, nel corso della quale fu dibattuto se sia ammissibile una opposizione parziale all'espianto di organi e tessuti. Il Tribunale fiorentino ha compiuto una

²⁹ G. DI ROSA, *op. cit.*, 851.

³⁰ In questo senso si era pure espresso il Comitato Nazionale di Bioetica nel suo *Parere* del 19/4/2013, *cit.*, p. 11.

³¹ Trib. Firenze 25/2/2015, n. 630.

interpretazione letterale e, insieme, teleologica dell'art. 23 della l. n. 91/1999, rispettivamente rilevando come la norma non vieta una eventuale opposizione parziale al prelievo e, del pari, come sia contrario alla finalità specifica della legge (cioè, il favorire il maggior numero possibile di trapianti) impedire un espianto circoscritto ad alcuni organi o tessuti, a tutto discapito della possibilità di prelevare quelle parti del corpo non oggetto di opposizione. L'eventuale divieto di rifiuto parziale al prelievo, nelle parole del Tribunale, «finirebbe, non solo per ledere l'interesse della comunità, ma anche per comprimere e limitare la volontà degli aspiranti donatori, che si vedrebbero costretti a rinunciare a donare per il sol fatto di non voler donare un dato organo o tessuto». Identiche considerazioni potrebbero essere svolte con riferimento alla destinazione del corpo a finalità di studio e di formazione, in ordine alla quale

«non va sottovalutato che potrebbe verificarsi una scarsa disponibilità a donare alla ricerca il proprio corpo, a causa della resistenza psicologica a immaginare che alcune parti, ad esempio il viso, avvertite come particolarmente significative per la valenza simbolica, identitaria e relazionale che queste rappresentano per il soggetto, possano diventare oggetto di dissezione e alterare considerevolmente l'aspetto del cadavere. Negare quindi la possibilità di limitare la ricerca e la dissezione ad alcune parti del corpo potrebbe apparire come poco rispettoso della volontà di alcuni potenziali donatori, oltre che incidere considerevolmente sul numero delle donazioni»³².

In definitiva, allora, il silenzio del legislatore sul punto deve necessariamente essere interpretato, in chiave finalistica, come assenza di un divieto espresso – e, quindi, come implicita autorizzazione – a stabilire un uso parziale delle proprie spoglie, ben potendosi ammettere un atto di disposizione che, in ossequio al principio di autodeterminazione, si adatti all'effettivo volere del soggetto invece che rimanere appiattito, in maniera poco proficua, sull'alternativa secca tra la concessione integrale del cadavere ovvero nessuna concessione.

5. La persona di fiducia del disponente

Un nodo critico della legge in commento è senz'altro quello che riguarda la figura del fiduciario che, a norma del secondo comma dell'art. 3, è indicato dal disponente nella dichiarazione con la quale destina il proprio corpo alle attività di ricerca e di formazione.

La principale difficoltà interpretativa inerente a questo ufficio nasce dal compito che gli è riservato dalla legge stessa e che sembra consistere, esclusivamente, nell'onere di comunicare l'esistenza di un atto di disposizione del cadavere al medico che accerta il decesso, affinché quest'ultimo, a sua volta, possa procedere all'individuazione del centro di riferimento competente per territorio, che si farà carico di prelevare la salma. Potrebbe dirsi, allora, che la «assai scarna funzione (meramente notiziale) appare indice di un altrettanto residuale ruolo, riducendosi sostanzialmente, almeno per come risulta normativamente configurato, a un *nuncius*»³³. La questione merita un approfondimento, per condurre il quale è bene partire da una coppia di precisazioni preliminari. La prima consiste nella necessità di comprendere se la nomina del fiduciario sia obbligatoria – e, come tale, indispensabile ai fini dell'efficacia stessa dell'atto di disposizione del cadavere – ovvero soltanto facoltativa. Come è stato

³² Comitato Nazionale di Bioetica, *Parere del 19/4/2013, cit.*, p. 11.

³³ G. DI ROSA, *op. cit.*, 865.

osservato, infatti, se «nel caso di disposizioni anticipate di trattamento redatte ai sensi della l. n. 219 del 2017 la nomina del fiduciario è meramente eventuale, nel caso che ci riguarda la stessa è, al contrario, obbligatoria»³⁴. L'affermazione, tuttavia, non pare potersi condividere. Dal confronto letterale delle disposizioni richiamate (art. 4 cpv. l. n. 219/2017 e art. 3, comma 2, l. n. 10/2020) non emerge, infatti, alcuna differenza che possa lasciar concludere nel senso appena sopra indicato, dato che entrambe le norme testualmente recitano che il disponente – sia nel caso di d.a.t., sia nell'ipotesi di destinazione del proprio corpo allo studio e alla ricerca – «indica una persona di sua fiducia». L'unica difformità consiste nel fatto che la legge del 2017 prevede (art. 4, comma 4) le conseguenze di una mancata nomina, mentre quella del 2020 tace sul punto: il che, obiettivamente, è troppo poco per potersi affermare che esiste una diversa disciplina circa l'obbligatorietà o, al contrario, la discrezionalità dell'indicazione del fiduciario³⁵. Senza considerare, infine, che nell'ipotesi di successiva revoca dell'incarico non è previsto alcun obbligo di sostituzione con un diverso soggetto (art. 3, comma 4, l. n. 10/2020).

La seconda notazione riguarda le modalità di accettazione dell'ufficio da parte del soggetto designato, in ordine alle quali esiste una evidente differenza tra quanto stabilito dalla legge in merito, rispettivamente, alle disposizioni anticipate di trattamento e all'assegnazione delle proprie spoglie alla scienza. Nel primo caso, infatti, il fiduciario può assumere l'incarico sia attraverso la sottoscrizione del documento che contiene le d.a.t., sia con atto successivo; nella seconda fattispecie, invece, l'accettazione «avviene attraverso la sottoscrizione della dichiarazione di consenso»³⁶, senza che sia prevista la possibilità di un susseguente intervento adesivo. Questo vincolo potrebbe «influire – limitandola – sulla libera determinazione del disponente, il quale dovrà scegliere un fiduciario che, in concreto, possa essere fisicamente presente al momento della manifestazione del suo consenso, per sottoscriverne il relativo atto»³⁷, in palese contraddizione con l'obiettivo proprio della legge che consiste, invece, nell'agevolare la destinazione del corpo umano alla ricerca scientifica o all'attività di formazione dei medici, senza che a ciò siano frapposti ostacoli non essenziali. Ciò posto, allora, sembra più che opportuna una interpretazione finalistica – invece che sterilmente avvinta al dato letterale – della norma, in modo che possa essere considerata valida una accettazione del fiduciario intervenuta successivamente alla redazione dell'atto di disposizione e, come nel caso delle d.a.t., allegata a questo.

Una volta esaminate le questioni – preliminari, nella concatenazione del ragionamento – che attengono alla nomina e all'accettazione della persona di fiducia del disponente, è possibile tornare all'interrogativo principale che riguarda, come si è detto, le funzioni che la legge assegna all'ufficio in questione. La disposizione, sul punto, prevede che il compito del fiduciario consiste nel dover comunicare al medico che accerta il decesso l'esistenza di una dichiarazione di lascito del corpo, supponendo che il fiduciario stesso abbia tempestiva conoscenza della morte (o, addirittura, sia presente al momento

³⁴ L. ATZENI, *op. cit.*, 64.

³⁵ In ordine alla non obbligatorietà della nomina del fiduciario concordano G. DI ROSA (*op. cit.*, 864) e M. GHIONE (*op. cit.*, 466).

³⁶ Art. 3, comma 3, L. n. 10/2020.

³⁷ M. GHIONE (*op. cit.*, 467). La vicenda sarebbe ancor più complicata da gestire nell'ipotesi in cui il disponente decida di nominare, oltre al fiduciario, anche un suo sostituto: in questo caso, infatti, occorrerebbe la simultanea presenza di ben due soggetti, entrambi chiamati ad accettare la rispettiva nomina contestualmente alla redazione dell'atto di disposizione.

del trapasso). Nell'ipotesi in cui ciò non fosse – data l'evidente necessità di provvedere in tempi brevissimi alla presa in carico della salma da parte del centro destinatario di essa – dovrebbe essere il medico stesso a controllare se esiste un atto di disposizione del corpo, attraverso la consultazione telematica della banca dati nella quale sono registrate sia le d.a.t. che le dichiarazioni di destinazione del cadavere alla ricerca o alla didattica (art. 3, comma 1, l. n. 10/2020): con la conseguenza di rendere del tutto superflua l'esistenza stessa del fiduciario rimasto inerte o che, per varie ragioni, ha tardato nell'assolvere il suo dovere informativo. In sintesi, dunque, secondo lo schema ricavabile dalla lettera della legge, l'opera della persona di fiducia del disponente servirebbe soltanto a sollevare il medico dall'onere di compulsare il registro informatico istituito presso il Ministero della salute, con un evidente sovraccarico di adempimenti (la nomina del fiduciario e dell'eventuale sostituto in seno all'atto di disposizione; la loro accettazione per iscritto; la consegna a costoro di copia dell'atto di disposizione; l'eventuale revoca dell'accettazione, di nuovo con atto scritto, comunicato al disponente; la possibile revoca dell'incarico disposta nelle stesse forme della nomina) del tutto sproporzionati rispetto al contenuto, parecchio circoscritto, dell'ufficio.

La ragione di una siffatta apparente incongruenza della norma che riguarda il fiduciario risiede ancora una volta, con ogni probabilità, nella commistione – presente all'interno della l. n. 10/2020 – tra i principi e le finalità propri della normativa sui trapianti d'organo (l. n. 91/1999) e quelli di cui alla legge sulle disposizioni anticipate di trattamento (l. n. 219/2017): commistione, questa, che rischia di trasformarsi in una improduttiva confusione tra concetti diversi. Il riferimento, in particolare, è alla tensione che sta alla base del rapporto tra la necessità di ottenere il maggior numero possibile di corpi (o di parti trapiantabili di esso) da destinare al beneficio collettivo – anche a scapito di un rispetto attento e accurato dell'autodeterminazione del potenziale donatore – e la tutela della volontà individuale in relazione alle decisioni sul proprio sé fisico. In questo modo, allora, potrebbe spiegarsi il non aver assegnato al fiduciario alcun ruolo diverso da quello, di dubbia utilità, di mero strumento di comunicazione di una notizia (l'esistenza dell'atto di disposizione) già ricavabile *aliunde*; nel sottinteso propendere della legge del 2020 verso la disciplina sui trapianti, infatti, gli effetti della volontà del disponente si spiegano e si esauriscono con la dichiarazione di consenso all'utilizzo del proprio corpo *post mortem*, senza che vi sia necessità alcuna di una successiva interazione tra il centro beneficiario della salma e chi, dietro espresso incarico di questi, rappresenti il disponente stesso.

Questo modo di procedere del legislatore, tuttavia, non è soddisfacente, in quanto è cosa ben diversa un organo o un tessuto da trapiantare rispetto all'intero cadavere di una persona. Se, infatti, nel primo caso il volere del donatore, ricavabile anche per implicito³⁸, è limitato a un mero assenso al prelievo, lo stesso non può dirsi quando il dono di sé riguardi la salma nella sua interezza, dato che essa – al contrario di una sua singola parte – costituisce l'elemento materiale che rappresenta la personalità dell'individuo nella sua proiezione postuma. Tale circostanza implica, quindi, l'opportunità di prevedere l'esistenza di un soggetto che possa intervenire quale custode e garante della volontà del defunto che lo nominò, in modo da controllare – ed eventualmente adoperarsi – che sia rispettato e attuato quanto disposto dal defunto medesimo in merito all'uso del proprio corpo da parte dell'ente di ricerca o di formazione destinatario del lascito.

³⁸ Sulla natura, sulle caratteristiche e sulle modalità espressive del consenso al prelievo degli organi ci si permette, di nuovo, di rinviare a G. GIAIMO, *op. cit.*, 218 ss.

L'esigenza di salvaguardare l'autodeterminazione del disponente in ordine alle proprie spoglie mortali (correttamente intese quale entità materiale espressiva, anche dopo la morte, della dimensione identitaria della persona) dev'essere stata senz'altro avvertita dall'artefice della legge n. 10/2020: in essa, infatti, è prevista e disciplinata la figura del fiduciario già presente in una normativa – quella sulle d.a.t. – che ha la sua cifra caratteristica nella tutela della volontà individuale, ottenuta anche attraverso l'opera di quel soggetto chiamato a far rispettare il volere del suo dante causa, quando questi sia divenuto incapace di provvedere da sé. In conclusione, allora, la già rilevata profondissima differenza che separa la donazione degli organi e dei tessuti dalla destinazione del corpo alle attività di ricerca o di formazione rende necessario interpretare la funzione e i compiti della persona di fiducia del disponente attraverso la chiave di lettura fornita dalla legge n. 219/2017; in caso contrario, infatti, se la norma dovesse essere applicata soltanto secondo il suo significato letterale, la figura del fiduciario – come si è visto – sarebbe fundamentalmente priva di qualsiasi utilità³⁹.

Un ulteriore argomento che gioca a favore della ricostruzione ermeneutica appena suggerita risiede nella

«richiesta sussistenza della maggiore età e della capacità di intendere e di volere in capo al fiduciario (e all'eventuale sostituto) (art. 3, comma 3, l. n. 10/20). Al riguardo, più specificamente, non potrebbe escludersi a priori che il fiduciario debba operare a tutela del disponente per farne eventualmente valere le ragioni, nel caso in cui ad esempio la volontà destinataria non venisse attuata nelle forme *ex lege* previste da parte dei soggetti competenti o in ipotesi di violazione da parte di questi ultimi di specifici obblighi sugli stessi incumbenti per espressa previsione normativa»⁴⁰.

In questo modo, allora, sembra potersi ricondurre a una sorta di unità concettuale ogni considerazione, svolta in precedenza, a riguardo della possibilità per il disponente di manifestare una volontà diversa e ulteriore rispetto a quella sottostante alla semplice dichiarazione di consenso all'utilizzo del proprio cadavere. Il riferimento, in particolare, è a quanto si è detto in ordine alla facoltà del soggetto di scegliere l'ente al quale destinare le proprie spoglie, anche in modo da indirizzare queste a uno specifico uso (scientifico o didattico); all'eventuale divieto, posto dal disponente, di acquisire immagini del cadavere; all'opportunità di limitare il lascito, con la previsione che le attività di studio o di ricerca siano

³⁹ L. Atzeni ritiene che le funzioni e il ruolo del fiduciario come tratteggiati nella legge n. 219/2017 non possano essere prese a riferimento per interpretare l'art. 3 della l. n. 10/2020. Come è stato argomentato, «Se, infatti, nel primo caso, può verificarsi una discrepanza tra la situazione di fatto realmente verificata e i presupposti indicati dallo stesso redattore delle disposizioni e può quindi rivelarsi di fondamentale rilevanza l'interlocuzione del fiduciario con il medico, nel secondo caso non si ritiene che possa verificarsi una tale situazione. Si ritiene, infatti, che il consenso alla disposizione del proprio corpo o di parti di esso in seguito alla morte, espresso dal soggetto in vita in piena capacità di intendere e di volere e in qualunque tempo revocabile, non sia soggetto ad interpretazione né da parte del medico, né da parte del fiduciario. Dalle considerazioni che precedono sembra, dunque, che, nel caso di specie, la figura del fiduciario assuma un rilievo fondamentale unicamente nel caso in cui egli stesso sia a conoscenza della morte del disponente e il medico curante non acceda, non possa avere accesso alla banca dati oppure quest'ultima non sia stata correttamente aggiornata con le ultime volontà del defunto. Assume un ruolo, dunque, di chiusura del sistema, di garanzia ultima del rispetto delle volontà del defunto». Il rilievo che assume – anche nell'ipotesi di destinazione del corpo a fini di studio o di formazione – l'autodeterminazione del disponente non consente di aderire a una siffatta interpretazione, per le ragioni meglio spiegate nel corpo del testo.

⁴⁰ G. DI ROSA, *op. cit.*, 866.

svolte esclusivamente su alcune parti della salma. In tutti questi casi, infatti, soltanto un fiduciario dotato di un effettivo potere di intervento potrebbe garantire il rispetto delle determinazioni del disponente: non, certo, un soggetto il cui unico compito consiste nel dare notizia dell'esistenza di un atto di disposizione del corpo, di cui si potrebbe aver contezza mediante un semplice accesso telematico. Una volta definito il potenziale contenuto dell'ufficio, è bene volgere l'attenzione all'inquadramento sistematico della figura del fiduciario. In questo senso, potrebbe essere tentato un accostamento con l'istituto dell'esecutore testamentario che, a norma dell'art. 703 c.c., ha il compito di provvedere a che «siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto». In entrambi i casi, infatti, un soggetto riceve l'incarico di curare gli interessi del nominante nei rapporti con i terzi, per un momento in cui il nominante stesso non avrà più la possibilità di adoperarsi in prima persona. Posto, allora, che i due uffici sono del tutto assimilabili – sia in relazione alle necessità che questi sono indirizzati a soddisfare, sia in ordine alle funzioni svolte dagli incaricati – occorre indagare circa il fondamento del potere rappresentativo del fiduciario, prendendo utile spunto dall'istituzione dell'esecutore testamentario. Sulla questione, è opportuno richiamare quanto sostenuto dal Criscuoli, secondo il quale la costituzione dell'incarico «è un “supereffetto” dovuto al combinarsi dell'effetto proprio della disposizione testamentaria di nomina con quello proprio della accettazione del designato»⁴¹. La designazione ha, dunque, una valenza programmatica che acquista concretezza esclusivamente attraverso il suo combinarsi con il consenso dell'incaricato, inteso quale co-elemento della fattispecie costitutiva del suo ufficio: ne discende, allora, che è possibile ravvisare nell'istituzione di esecutore testamentario

«“un mandato testamentario *post mortem*”, in cui vi è, non già un (impossibile) accordo di volontà come nel proibito “mandato contrattuale *post mortem*”, sibbene, come si è detto, un collegamento tra la disposizione di nomina e l'atto di adesione, aventi ciascuno natura e rilevanza giuridica autonoma, anche se finalisticamente e funzionalmente destinati a coordinarsi»⁴².

Le considerazioni adesso svolte in merito al fondamento del potere gestorio dell'esecutore testamentario paiono perfettamente sovrapponibili a quanto disposto dall'art. 3 della legge n. 10/2020, che disciplina la designazione del fiduciario. Anche in quest'ultima ipotesi, infatti, a presupposto dello svolgimento dell'incarico stanno la nomina effettuata dal designante all'interno della dichiarazione di consenso all'uso del proprio cadavere e la corrispondente accettazione del designato, realizzata con la sua sottoscrizione apposta al documento. Il combinarsi delle due volontà comporta, quindi, la corretta costituzione dell'ufficio, attraverso un rapporto di mandato che viene a esistere nel momento in cui le volontà stesse si fondono, ma i cui effetti sono destinati a prodursi soltanto in seguito alla morte del disponente. Una siffatta conclusione conduce, allora, ad affermare l'applicabilità, in via analogica, della disciplina codicistica relativa all'esecutore testamentario all'istituzione del fiduciario, con un richiamo particolare a quelle norme che non sono peculiari della materia successoria⁴³ e che, per tale ragione,

⁴¹ G. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1991, 493.

⁴² G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 494.

⁴³ Il rimando è, ad esempio, agli artt. 705, 706, 707, 708 e 709 c.c., i quali sono connotati da riferimenti alla materia successoria che li rendono punto compatibili con il tema della disposizione del proprio corpo a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica.

possono costituire un utile riferimento per l'interpretazione di quanto disposto dalla legge n. 10/2020⁴⁴.

6. La disposizione del corpo del minore di età

Prima di tracciare una riflessione conclusiva, rimane da compiere qualche accenno all'utilizzo *post mortem* del corpo dei minori d'età. Sul punto, la legge n. 10/2020 – ricalcando, di fatto, quanto stabilito dall'art. 4, comma 3, della l. n. 91/1999 in tema di donazione degli organi da prelevare da soggetti minorenni – statuisce che il consenso che autorizza la destinazione delle spoglie alla ricerca o alla formazione deve essere manifestato da entrambi i genitori esercenti la relativa responsabilità, ovvero dai tutori o dagli affidatari, nelle forme dell'atto pubblico ovvero della scrittura privata autenticata o consegnata all'ufficio di stato civile.

La sensazione (in verità, poco piacevole) che si ricava dall'analisi letterale del testo normativo è che il legislatore abbia confuso il ruolo dei genitori in ordine alle decisioni in merito agli interessi patrimoniali della prole (la cui cura è senz'altro a essi devoluta), con quelle che – avendo a oggetto il corpo dei figli – riguardano lo svolgersi della loro stessa personalità e, per tal ragione, attengono all'esercizio di quei diritti personalissimi dell'individuo nel quale, invece, non ci si può sostituire. In altre parole, è come se fosse stato attribuito ai genitori il potere di disporre in autonomia del cadavere della prole defunta, anche in presenza di un eventuale diverso intendimento del minore, per ipotesi contrario alla destinazione delle proprie spoglie alla didattica o alla ricerca: con la conseguenza che ci si troverebbe innanzi a un diritto proprio degli ascendenti sulle spoglie mortali dei figli minorenni, il cui contenuto richiama molto da presso il vetusto concetto di "potestà" anziché quello di "responsabilità" genitoriale. Ancora una volta, allora, è necessario svolgere un'interpretazione della norma che, oltrepassando i limiti della lettera, permetta di inserirla nel più generale (e attuale) contesto ordinamentale «di progressiva valorizzazione del minore di età in quanto persona, in un rinnovato rapporto tra genitori e figli in chiave paidocentrica»⁴⁵. In questo senso, l'assenso all'utilizzo *post mortem* del corpo del minorenne potrebbe essere inteso come un modo di rendere nota una decisione riferibile a quest'ultimo – che, *ratione ætatis*, non ha la possibilità di esprimersi personalmente – della quale i genitori si fanno interpreti e latori. In altri termini, si tratta di un volere riconducibile al minore stesso, rispetto al quale i genitori si pongono come semplici messaggeri, ovvero come soggetti in grado di integrarne la volontà, in quanto interpreti privilegiati della sua personalità. Il volere sotteso alla destinazione del corpo di un minorenne alla formazione o alla ricerca non deve essere inteso, allora, come frutto dell'esercizio di un diritto proprio dei genitori sulle spoglie mortali della prole, ma come elemento fondante di una decisione comune alla prole medesima, la cui misura è più o meno ampia in maniera inversamente proporzionale all'età e al grado di discernimento dei figli. Un criterio d'interpretazione siffatto è, dunque, eccentrico rispetto all'idea, ormai definitivamente tramontata, per cui i genitori esercitano una potestà sulla

⁴⁴ Considerazioni di identico tenore possono essere svolte in riferimento al fiduciario per la salute di cui alla l. n. 219/2017, dato che la normativa adesso in commento ricalca, soprattutto per l'identità degli scopi perseguiti con l'istituzione della figura del fiduciario, quanto stabilito in tema di disposizioni anticipate di trattamento. Sul punto, si rinvia a G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, 30 ss.

⁴⁵ G. DI ROSA, *op. cit.*, 861, insieme alla dottrina ivi citata alla nota 46.

prole, anche attraverso l'assunzione di decisioni in loro vece su questioni di natura personalissima; al contempo, invece, è perfettamente coerente con il principio di responsabilità, atteso che l'operato dei genitori non si sostituisce al volere dei figli ma lo integra, in senso uniforme allo svolgersi della loro personalità nelle sue differenti manifestazioni.

Ancora una volta, allora, la legge n. 10/2020 dimostra le sue evidenti insufficienze alle quali occorre rimediare in via di interpretazione, sempre in attesa del regolamento attuativo che, finalmente, ne consentirà l'effettiva applicazione. Ciò che resta, tuttavia, è un settore di irrisolutezza, dovuto a un legislatore rimasto a metà del guado tra quei provvedimenti che hanno ispirato il suo agire (la normativa in materia di trapianti e quella relativa alle disposizioni anticipate di trattamento) e incapace di prevedere quei semplici accorgimenti che avrebbero potuto condurre a una disciplina capace di ambire a farsi modello per gli altri ordinamenti ma che, invece, ha il gusto insipido delle occasioni non colte.

Accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore. Considerazioni e bilanci sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 a 10 anni dalla sua entrata in vigore

Francesca Paruzzo*

Paruzzo

ACCESS TO PALLIATIVE CARE AND PAIN RELIEF. CONSIDERATIONS AND EVALUTATION ON THE IMPLEMENTATION OF LAW NO. 38 MARCH 15, 2010, 10 YEARS AFTER ITS ENTRY INTO FORCE

ABSTRACT: The right of access to palliative care and pain relief is recognized and protected in the context of the essential assistance levels, in order to ensure “respect for the dignity and the autonomy of each person, the need for health, equity in access to assistance, the quality of care and its appropriateness with regard to specific needs”. The legal system has to guarantee this right providing adequate means to relieve from suffering. However, it is from the data provided by the regions, in this sector and considering the means provided by them, that emerges a picture characterized by lights and shadows.

KEYWORDS: Palliative care; pain relief; right to health; regions; implementation of the law

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore quale componente del diritto alla salute – 3. Cure palliative, evoluzione normativa e problemi di effettività – 4. Il diritto di essere accompagnati nella morte, cure palliative e terapia del dolore. Differenze rispetto alle scelte di fine vita – 5. Considerazioni conclusive e prospettive future.

1. Premessa

Il diritto di accesso alle cure palliative¹ e alla terapia del dolore² è riconosciuto e tutelato nell’ambito dei livelli essenziali di assistenza, al fine di assicurare «il rispetto della dignità e dell’autonomia della persona umana, il bisogno di salute, l’equità nell’accesso all’assistenza, la qualità delle cure e la loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze» (art. 1 comma 2 della l. n. 38 del 2010).

* Dottoressa di ricerca, Università degli Studi di Torino. Mail: francesca.paruzzo@unito.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ L’art. 2 comma 1 lett. a) l. 38 del 2010, definisce le cure palliative l’insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un’inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici.

² Art. 2 comma 1 lett. b) l. 38 del 2010, definisce la terapia del dolore l’insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore.

Questi i principi alla base della legge n. 38 del 15 marzo 2010, recante *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, che, a poco più di 10 anni dalla sua entrata in vigore, chiama a riflessioni, considerazioni e bilanci in ordine al suo stato di attuazione.

Oggi, in un contesto in cui l'esistenza è affidata sempre di più alla scelta e non all'intangibilità dei processi naturali³, la morte tende a connotarsi quale fase autonoma della vita, seppur dai confini sfumati, in grado di reclamare un *corpus* di diritti e regole suoi propri; tra questi, negli ultimi anni, ha assunto rilevanza centrale quel *diritto a non soffrire* a cui le cure palliative e la terapia del dolore sono chiamate a garantire effettività. Esse sono intese come quei «trattamenti sanitari che devono essere tenuti in piena considerazione nella promozione dei diritti umani»⁴ e sono definite, da ultimo, dall'*International Association for Hospice & Palliative Care* (IAHPC), nel 2017, come quelle «cure attive e globali degli individui di ogni età, specialmente di quelli prossimi alla fine della vita, con importanti sofferenze legate alla salute a causa di patologie serie»⁵.

Si tratta di interventi attraverso cui, per mezzo del controllo del dolore, degli altri sintomi e in generale dei problemi psicologici, sociali e spirituali⁶ della persona, si salvaguarda, senza contrastarla, la naturalità dei fenomeni umani e si sancisce il diritto fondamentale di ciascuno di vivere i momenti finali della propria esistenza nel modo più dignitoso possibile, sia che il paziente, in piena coscienza, decida di non sottoporsi (o di rinunciare) a cure che, adeguate nel breve termine, abbiano solo la funzione di ritardare l'incedere della fine, sia che non vi siano più trattamenti efficaci per la patologia che affligge il malato⁷.

Si tratta di un diritto che si sostanzia quindi nella pretesa, nei confronti dell'ordinamento e dell'apparato pubblico in generale, della predisposizione di adeguati mezzi atti a dar sollievo alla sofferenza⁸.

³ A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, 7 ss.

⁴ Comitato Nazionale di Bioetica, *La terapia del dolore: orientamenti biomedici*, 20 marzo 2001.

⁵ Si consideri altresì il documento del gennaio 2014 del *Global Atlas of Palliative Care at the End of Life della Worldwide Palliative Care Alliance* (WPCA). La prima definizione è dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, *Dolore da cancro e cure palliative*. Rapporto di un comitato di esperti, Ginevra, 1990. Ripercorrendo le differenti tappe che si sono succedute nel tempo, cfr. la Raccomandazione n. 779 del 1976 del Consiglio d'Europa Sui diritti dei malati e dei morenti, in cui si afferma che la professione medica è al servizio dell'uomo per proteggere la salute, per curarne le malattie e le ferite, per alleviarne le sofferenze nel rispetto della vita umana e della persona; che il prolungamento della vita non deve essere il fine esclusivo della pratica medica. Si richiama, quindi, il dovere di tutti gli operatori di prendersi cura dei malati. Nel 1981 il Consiglio d'Europa, nel rapporto conclusivo del Comitato Direttivo Per il dibattito sulle cure da erogare ai malati morenti, raccomanda di intendere il compito precipuo del medico come quello di prevenire la morte prematura. Importante, sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, la Raccomandazione n. 1418 del 1991 in cui, in conseguenza di un rapporto sulla Protezione dei diritti umani e della dignità dei malati terminali e dei morenti, si chiede agli Stati membri di procedere legislativamente al riconoscimento di un autentico diritto alle cure palliative; alla protezione del diritto di autodeterminazione del morente; al rafforzamento delle norme che vietano la soppressione volontaria dei malati terminali.

⁶ Consiglio Direttivo SIAARTI, *Grandi insufficienze d'organo "end stage": cure intensive o cure palliative? – documento condiviso per una pianificazione delle scelte di cura*, 22 aprile 2013.

⁷ F. MANCUSO, *Dolore, dignità, speranza: il diritto alla salute nei pazienti in fase di fine vita*, in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica*, Soveria Mannelli, 2010, 60-63.

⁸ F. NEGRI, *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore alla luce della nuova legge 15 marzo 2010 n. 38*, in *Sanità pubblica e privata*, 3, 2011, 15-24. Il diritto di accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore è stato affermato, se pur indirettamente, dalla Cassazione con la sentenza 18 giugno 2012 n. 9969 relativa a un paziente, a cui è stato riconosciuto un rimborso spese, per essere stato costretto a recarsi all'estero per

Tuttavia, è dai dati forniti dalle Regioni⁹, in questo settore e con riferimento proprio ai mezzi predisposti da queste, che emerge un quadro caratterizzato da luci e ombre: da una parte, è evidente il lento miglioramento della qualità delle cure, connesso alla crescita dell'offerta assistenziale nei regimi domiciliari e residenziali, nonché il progressivo sviluppo delle Reti di cure palliative e di terapia del dolore; dall'altra, non si può negare, però, l'esistenza di forti disomogeneità a livello regionale e locale, tali da inficiare l'effettività dei diritti a cui queste cure sono funzionalmente collegate.

2. L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore quale componente essenziale del diritto alla salute

Obiettivo delle cure palliative, le quali si fondano sul presupposto che il paziente terminale è una persona che (ancora) vive, è quindi quello di prendersi cura del malato in un'ottica non solo prettamente analgesica, ma più latamente esistenziale e relazionale¹⁰, soprattutto là dove il dolore, da sintomo, diventa esso stesso malattia¹¹.

L'art. 1 della l. n. 38 del 15 marzo 2010, in questo senso, riconosce a tutti i cittadini, in condizione di uguaglianza, l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore, quale diritto soggettivo di ognuno, con fondamento negli articoli 2 e 32 della Costituzione, e quale componente essenziale e qualificante il contenuto del diritto alla salute.

Esso si caratterizza per la sua stretta connessione con quel principio di autodeterminazione nelle cure che trova i primi riconoscimenti già nella sentenza n. 471 del 1990¹² della Corte costituzionale e che riconosce a ogni individuo il diritto, una volta ricevute le opportune informazioni¹³ in ordine alla natura

sottoporsi a tali cure, impraticabili in strutture nazionali. Successivamente, si veda Trib. Bologna, sez. III, sent. 17 gennaio 2017, n. 20018. In dottrina si ricordano alcune altre più risalenti pronunce di giudici di merito relative al diritto a non soffrire per mancanza di cure palliative, in F. PERSANO, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, Siena, 2015, 176-178; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, 179.

⁹ Si veda il Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010 *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, pubblicato il 31 gennaio 2019 e riferito agli anni 2015-2017, consultabile all'indirizzo http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2814_allegato.pdf. (ultima consultazione 30/04/2021).

¹⁰ F. NEGRI, *op. cit.*, 15-24.

¹¹ F. MANCUSO, *Dolore, dignità, speranza: il diritto alla salute nei pazienti in fase di fine vita*, cit., 60.

¹² Corte Costituzionale n. 471 del 1990. Cfr. altresì E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2011, 5; si veda anche C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in www.cortecostituzionale.it, 2009; S. ROSSI, voce *Consenso informato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2012, 183.

¹³ È la sentenza 438 del 2008 della Corte costituzionale che eleva il consenso informato a sintesi dei diritti espressi dagli artt. 13 e 32 Cost.: il consenso alle cure è «espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», in grado di porre in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali: quello all'autodeterminazione e quello alla salute. Definito il quadro a livello giurisprudenziale, si deve attendere, però, fino alla l. n. 219 del 22 Dicembre 2017, perché si pervenga all'affermazione di questo principio anche a livello legislativo. Prima dell'entrata in vigore di questa legge, a livello normativo interno, riconoscimenti dell'obbligatorietà del consenso si riscontravano solo in singole leggi che lo limitavano all'oggetto della loro disciplina specifica. Cfr. C. QUAGLIARIELLO, C. FIN, *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica*, Bologna, 2016, 40. Al tempo stesso, a livello internazionale, possono menzionarsi l'art. 5 e l'art. 8 della

e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico¹⁴, di scegliere di essere curato, di non esserlo o di esserlo fintantoché ciò corrisponda alla propria idea di dignità: nel caso di un rapporto medico – paziente che si configuri, come attualmente è, in termini di alleanza terapeutica, è riscontrabile, infatti, una parte cooperativa ascrivibile al malato non solo nella fase di “progettazione” della cura, ma in ogni momento di esecuzione successiva. La prestazione medica, in questo senso, è sottoposta a un costante processo di revisione, operante sia nel caso di una malattia ormai refrattaria a ogni trattamento, sia nell’ipotesi in cui il paziente decida di rinunciare a una cura già imposta, riprendendo il controllo della fase esecutiva¹⁵.

Compito del medico, rimodulandosi la sua sfera di azione, diventa quello di agire nei limiti che essa rende possibili, prestando le cure necessarie ad alleviare il dolore terminale e accompagnando il paziente *nella morte*¹⁶.

Se, però, le cure palliative diventano espressione del diritto alla salute, come tali, devono essere imprescindibilmente garantite nell’ambito del Servizio Sanitario¹⁷: sullo Stato incombe, così, il dovere positivo di porre in essere le azioni e organizzare i servizi necessari per far sì che il malato possa assicurare

«alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto, e che gli viene reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d’essere»¹⁸.

Dai precetti costituzionali così intesi, deriva un vincolo in capo al legislatore¹⁹ – la cui discrezionalità non si estende all’*an* della tutela del diritto alla salute nelle sue varie connotazioni, ma si limita al *quomodo*²⁰ –, il quale, operando nell’ambito dei confini definiti dalla stessa Carta fondamentale, è tenuto

Convenzione di Oviedo sulla Protezione dei diritti dell’uomo e la dignità dell’essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina del 1997 e l’art. 3 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. In ultimo, poi, si pongono gli artt. 33 e 35 del Codice di deontologia medica.

¹⁴ Corte Costituzionale n. 253 del 2009.

¹⁵ Sia consentito il rinvio a F. PARUZZO, *Diritto e diritti di fronte alla decisione di morire*, in *Rivista AIC*, 1, 2019.

¹⁶ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 241. U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un’analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, 1285.

¹⁷ Sul punto si veda R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici: modelli gestionali e destino delle utilities*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L’integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli, 2014, secondo cui, a p. 39 «i diritti fondamentali definiscono i servizi pubblici come elementi essenziali della cittadinanza». In generale, sui servizi pubblici, si veda U. POTOSTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; F. MERUSI, *Servizio pubblico (voce)*, in *Novissimo digesto italiano*, 1970 e R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, 3 ss.

¹⁸ Corte costituzionale, n. 103 del 1977. Si veda altresì Corte costituzionale n. 212 del 1983; n. 167 del 1986; n. 184 del 1986; n. 559 del 1987; n. 307 del 1990; n. 455 del 1990; n. 202 del 1991; n. 356 del 1991; n. 218 del 1994; n. 118 del 1996; n. 399 del 1996; n. 107 del 2012.

¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 455 del 1990.

²⁰ Interessante è la sentenza n. 509 del 2000 della Corte costituzionale (in tema di rimborsabilità delle spese sostenute per prestazioni mediche ricevute presso strutture non convenzionate) che afferma che la salvaguardia del diritto alla salute «impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano pregiudicare l’attuazione del diritto».

a garantire il principio di uguaglianza formale e sostanziale nell'accesso alle cure²¹. Questa è la direzione in cui si è mosso con l'approvazione della legge n. 833 del 23 Dicembre 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale e con la predisposizione di un modello universalistico nell'accesso alle cure²², che, se pur connotato in senso selettivo²³, si propone di assicurare, quantomeno nelle intenzioni, l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio²⁴ (art. 1, co. 3).

Tale principio, tuttavia, ha dovuto fare i conti, nel tempo, con un progressivo e sostanziale ridimensionamento delle risorse economiche destinate al servizio sanitario, nonché con un processo costante di regionalizzazione dello stesso; dagli anni Novanta del secolo scorso, infatti, interventi normativi e politiche sanitarie hanno inciso direttamente e indirettamente sull'effettività dei principi ispiratori dell'art. 32 della Costituzione, prima, e della legge n. 833 del 23 dicembre 1978, poi: tra questi, la disciplina di riordino del S.S.N., volta a organizzare l'amministrazione sanitaria sul modello aziendalistico²⁵; la tendenza alle privatizzazioni, che ha coinvolto anche il settore della sanità, contestualmente all'affermarsi del welfare aziendale, del project financing e dei fondi integrativi²⁶; in ultimo, il modello di federalismo sanitario, che ha determinato la frammentazione regionale della garanzia delle prestazioni del S.S.N. finanziate, in seguito alle modifiche del Titolo V della Costituzione, dagli enti territoriali che «dispongono di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio» (art. 119, co. 3).

Oggi, sebbene lo Stato abbia una competenza esclusiva in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio» (art. 117 co. 2 lett. m Cost.), l'adozione di modelli organizzativi differenti – le cui diversità rischiano di accentuarsi alla luce delle più recenti istanze di regionalismo differenziato²⁷ – non può che incidere tanto sulle prestazioni offerte quanto proprio sull'effettività dell'uguaglianza nell'accesso alle stesse.

Tali tendenze hanno irrimediabilmente riguardato anche il settore delle cure palliative e di quelle azioni che il S.S.N. è tenuto a mettere in pratica per assicurare il diritto di non soffrire, incrementando le

²¹ L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, 41.

²² Per una ricostruzione si veda A. CAUDURO, *La garanzia amministrativa della salute e i suoi significati*, in *Osservatorio di diritto sanitario*, Federalismi.it, 13 gennaio 2021; cfr. altresì B. PEZZINI B., *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in F. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 12. Sulla garanzia del diritto alla salute nella forma universale e gratuita, si veda L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, 2019, 101-102.

²³ A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2018, 37.

²⁴ Si veda sul punto E. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come "veicolo" di eguaglianza*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 45.

²⁵ Per la legislazione degli anni Novanta in tale senso, si ricordano i d.lgs. n. 502 del 1992; n. 517 del 1993; n. 229 del 1999.

²⁶ Per una ricostruzione di carattere più generale, si veda A. DI MAJO (a cura di), *Le politiche di privatizzazione in Italia*, Bologna, 1989.

²⁷ Sul tema cfr. M.A. SANDULLI, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2020, 253 ss. Per un'analisi della genesi e realizzazione del regionalismo differenziato e delle bozze di intese si veda F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato*, in *Federalismi.it*, 6, 2019, 5 ss.

strutture di hospice, ricomunitarizzando chi è a rischio di esclusione o di abbandono²⁸ ed esaltando, di fatto, la struttura relazionale di quel diritto alla salute che trova oggi, nell'ambito di una medicina che ha a che fare con l'integrità della vita fino alla situazione in cui essa è ancora desiderabile²⁹, il proprio fondamento nel rapporto tra medico e paziente.

3. Cure palliative, evoluzione normativa e problematiche di effettività

In Italia, negli anni Settanta, sono state la Fondazione Floriani – che ha dato impulso alle prime unità di cure palliative, con l'obiettivo tanto di rispondere ai bisogni dei malati terminali, quanto di aiutare in tale processo le famiglie degli stessi – e la Fondazione Seragnoli – che si occupa di tali temi soprattutto nel campo dell'onco-ematologia – le prime realtà a svilupparsi sul territorio nazionale. Esse, dal 1986, trovano un riferimento nella Società Italiana Cure Palliative (SICP), la quale opera in una continua sinergia tra l'autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale e l'impegno di istituzioni pubbliche che, nell'ottica del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., sono (o meglio, sarebbero) tenute a favorire queste realtà³⁰.

Gli interventi normativi che si sono succeduti nel tempo, fino all'istituzione, nel 2020, della scuola di specializzazione in cure palliative³¹, hanno reso queste ultime una realtà stabile e riconosciuta all'interno della sanità pubblica; si consideri solo che, ad esempio, nel 1999 gli hospices erano 3, mentre ora sono più di 240³².

Nel 1995 il parere su *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana* del Comitato Nazionale per la Bioetica ha aperto la strada alla successiva evoluzione normativa, affermando che queste cure, trovando la loro sostanza non nella guarigione del paziente, ma nella ferma intenzione di non lasciarlo solo, presentano un "alto valore bioetico". È stato poi nel Piano sanitario nazionale 1998-2000 che, tra le previsioni del IV obiettivo, denominato «Rafforzare la tutela dei soggetti deboli», è comparso per la prima volta l'intendimento di «potenziare e qualificare l'assistenza a favore delle persone nella fase terminale della vita», mentre nel 1999, con la legge n. 229 recante *Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale*, si è iniziato a prevedere un finanziamento a favore delle Regioni, al fine della programmazione e della realizzazione di hospices³³, i cui requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi sono stati stabiliti, nel 2000, con decreto del Presidente del Consiglio³⁴. A seguire, nel 2001, la

²⁸ A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale del fine vita*, in *Politica del diritto*, 1998, 621.

²⁹ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Torino, 1997, 204.

³⁰ E. LAMARQUE, *Le cure palliative nel quadro costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 12; G. SCACCABAROZZI, F. ZUCCO, *Normative e sviluppo dei servizi di cure palliative*, in *Libro italiano di medicina e cure palliative*, Vermezzo, 2019, 619 ss.

³¹ La legge n. 77 del 17 Luglio 2020 prevede, all'art. 5 Ter comma 1, l'istituzione della Scuola di Specializzazione in Medicina e Cure Palliative e, al comma 3, l'introduzione del corso obbligatorio di cure palliative pediatriche nelle scuole di specializzazione in pediatria.

³² Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010 *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, cit., 14.

³³ La loro previsione era già contenuta nell'art. 1 della legge n. 39 del 26 febbraio 1999.

³⁴ Si tratta del D.P.C.M. 20 gennaio 2000, preceduto dal D.M. Salute 28 settembre 1999.

legge n. 12, ha agevolato l'impiego dei farmaci analgesici oppiacei nella terapia del dolore³⁵ e, nello stesso anno, le cure palliative (domiciliari, ambulatoriali e residenziali) sono state fatte rientrare nei primi LEA, tra le prestazioni e i servizi che le Regioni devono garantire a tutti.

Nel Piano sanitario nazionale 2006-2008 si è fatta per la prima volta una chiara distinzione tra terapia del dolore e cure palliative³⁶. In tal senso, si afferma, le cure palliative si rivolgono a tutti i tipi di pazienti terminali (compresi quelli in età pediatrica), affetti da malattie ad andamento cronico ed evolutivo (oncologico, genetico, neurologico, cardiologico ecc.) e a prognosi infausta. La terapia del dolore³⁷, invece, riguarda non solo i malati nelle fasi finali di una patologia, ma chiunque soffra di una sintomatologia refrattaria ad altri trattamenti e cronicamente dolorosa, secondo una gradazione da moderata a severa.

Nel 2007, poi, il Ministero della Salute ha definito gli standard per l'assistenza dei malati terminali in trattamento palliativo³⁸.

Come detto, il primo riconoscimento organico di tali terapie si deve però alla legge n. 38 del 15 marzo 2010, il cui impianto è costruito su cinque pilastri³⁹ (rete, formazione, informazione, semplificazione delle procedure e monitoraggio⁴⁰), e il cui scopo è quello di istituire reti locali di cure palliative volte ad assicurare la continuità nel percorso di cura del paziente in ospedale, nella struttura residenziale e in ambito domiciliare, per mezzo dell'integrazione di queste strutture sul territorio⁴¹.

La nuova normativa ha consentito di «identificare un ambito di specializzazione degli interventi terapeutici, diagnostici ed assistenziali, senza circoscrivere la possibilità di fruirne a determinate categorie di malati, né di limitare i tempi o le fasi patologiche di accesso»⁴²: è stata, in tal senso, l'Intesa raggiunta tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, il 25 luglio 2012⁴³, a prevedere

³⁵ La legge è seguita dal parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 30 marzo 2001, *La terapia del dolore: orientamenti bioetici*, nel quale si auspica di «far entrare la terapia del dolore nei livelli essenziali e uniformi di assistenza».

³⁶ d.P.R. 7 aprile 2006 (*Approvazione del «Piano sanitario nazionale» 2006-2008*).

³⁷ Per una ricostruzione dello stato dell'arte sulla terapia del dolore acuto e cronico, cfr. M. ALLEGRI, M.R. CLARK, J. DÉ ANDRÉS, G. FANELLI, *Acute and chronic pain: where we are and where we have to go. Proceedings of the 4th Study in Multidisciplinary Pain Research (SIMPAN) meeting (11-12/11/2011, Pavia)*, in *5 European Journal of Pain (Suppl.)*, 2011.

³⁸ D.M. Salute 22 febbraio 2007, n. 43 (Definizione degli standard relativi all'assistenza ai malati terminali in trattamento palliativo, in attuazione dell'articolo 1, comma 169, della legge 30 dicembre 2004, n. 311). Si veda poi d.m. Salute 2 aprile 2015, n. 70 (Definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera)

³⁹ Così F.D. BUSNELLI, *Le cure palliative*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla vita "buona" nel confine tra il vivere e il morire*, Pisa 2011, 187 ss.

⁴⁰ Per una più completa ricostruzione si veda E.I. PAMPALONE, *L'accesso alle cure palliative: scelta delle fonti, qualità dei diritti*, in C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Trento, 2014, 409 ss.

⁴¹ Cass. Civ., sent. 18 settembre 2008, n. 23846; Cass., sez. III civ., sent. 20 agosto 2015, n. 16993; Cass., sez. III civ., 15 aprile 2019, n. 10424.

⁴² B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, cit., 177.

⁴³ Ne costituisce antecedente l'Accordo della Conferenza tra Stato e Regioni del 16 dicembre 2010 ha dato un ulteriore impulso alla strutturazione delle reti di cure palliative, avendo definito le linee guida per la promozione, lo sviluppo e il coordinamento degli interventi regionali nell'ambito delle cure palliative e della terapia del dolore.

il diritto alle cure palliative per qualsiasi patologia ad andamento cronico ed evolutivo durante tutto il suo decorso⁴⁴, venendo così incontro alle risultanze emerse nella più recente letteratura medica, che indicano come opportuno un approccio precoce alle cure palliative per il suo risvolto positivo, non solo sulla qualità della vita, ma anche sulla sua stessa durata⁴⁵.

Negli anni successivi, l'Accordo della Conferenza tra Stato e Regioni del 10 luglio 2014, ha consentito di dare attuazione al comma 2 dell'articolo 5 della legge n. 38 del 15 marzo 2010 sull'individuazione delle figure professionali competenti nel campo delle cure palliative e della terapia del dolore⁴⁶ e, in ultimo, il DPCM 12 gennaio 2017 di aggiornamento dei *Livelli Essenziali di Assistenza (LEA)*, ha completato il quadro dei principali provvedimenti in materia di cure palliative, recependo la normativa progressivamente adottata e definendo le stesse come «prestazioni cliniche, farmaceutiche, strumentali, necessarie ai fini dell'inquadramento diagnostico e terapeutico, che devono essere garantite durante tutta l'attività di ricovero ordinario».

L'accesso a tali terapie diventa così un livello essenziale di assistenza sanitaria⁴⁷, da assicurare a ciascuno in modo uniforme sull'intero territorio, soprattutto in una materia, quella della protezione della salute, oggetto di competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni:

«la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali, impongono, in questo senso, una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona

⁴⁴ L'Intesa introduce, quindi, un elemento ulteriore rispetto alla lettera della legge, mantenendo il riferimento alla refrattarietà della malattia soltanto per le cure palliative erogate al domicilio e in hospice. L'ambito di specializzazione delle cure palliative rispetto alla terapia del dolore, disciplinata sempre dalla stessa legge, sembra allora riferirsi a tutte quelle malattie che, ancorché non necessariamente inguaribili nel caso concreto, possano verosimilmente avere esito infausto, cosicché sia necessario un più complesso aiuto al malato con interventi di tipo psicologico, spirituale e di supporto alle famiglie. Ciò si desume anche dalle caratteristiche della terapia del dolore, specificamente rivolta a migliorare la qualità della vita delle persone affette da dolore, a prescindere dalla sua eziopatogenesi, con particolare riguardo alla loro reintegrazione nel contesto sociale e lavorativo. La lettera dell'Intesa, che indica in modo specifico le cure palliative domiciliari per i soli pazienti "inguaribili" non pare del tutto opportuna: l'ospedalizzazione andrebbe infatti evitata, ove possibile, non solo nelle fasi finali della malattia, ma anche durante il suo decorso, onde consentire al paziente di condurre una vita il più possibile "normale" beneficiando del proprio contesto familiare ed affettivo. Cfr. E.I. PAMPALONE, *op. cit.*, 410.

⁴⁵ Cfr. D.E. MEIER, O.W. BRAWLEY, *Palliative care and the quality of life*, in *Journal of Clinical Oncology*, 29, 20, 2011, 2751; J.S. TEMEL, J.A. GREER, et al., *Early palliative care patients with metastatic non-small-cell lung cancer*, in *New England Journal of Medicine*, 363, 2010, 733-42.

⁴⁶ Tale normativa permette che l'assistenza nelle reti di cure palliative sia garantita da figure professionali che collaborano con il medico di medicina generale. L'accordo riconosce il contributo fondamentale fornito, nell'ambito assistenziale delle Cure Palliative, di altre figure professionali, tra cui l'infermiere, il fisioterapista, il dietista, l'assistente sociale, l'operatore socio-sanitario e lo psicologo. Il decreto del Ministero della salute del 4 giugno 2015 prevede poi che i medici che hanno svolto la loro attività professionale per almeno 3 anni, dall'entrata in vigore della legge n. 147 del 2013 in una struttura pubblica o privata accreditata dalla Regione, possano chiedere la certificazione dell'esperienza professionale alla Regione/Provincia Autonoma di riferimento.

⁴⁷ Cfr. E. MENICETTI, *Il «recepimento» dei livelli essenziali di assistenza sanitaria nella legge finanziaria per il 2003 fuga i dubbi di legittimità costituzionale del d.p.c.m. 29 novembre 2001*, nota a Cons. St., sez. IV, ord. 1002/2003, in *Amministrazione in cammino*; L. CUOCOLO, *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2003, 389 ss.

umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario»⁴⁸;

ne consegue imprescindibilmente, anche in un contesto così orientato, la necessità di garantire la «reale copertura finanziaria dei servizi»⁴⁹, in condizioni di uguaglianza sul territorio.

Eppure, proprio in un ambito così rilevante per la protezione della dignità della persona, l'interrogativo su come impostare il bilanciamento tra unità e differenziazione delle tutele tra i diversi territori è apparso sin dall'inizio particolarmente complesso: i Rapporti trasmessi al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010 evidenziano, infatti, disomogeneità nel livello delle tutele, se non addirittura vere e proprie lacune, non solo tra le diverse Regioni, ma anche all'interno delle stesse, restituendo l'idea di una geografia dei diritti ancora variabile e diseguale.

In generale, secondo lo studio *Le cure palliative in Italia: stima del bisogno, rete di offerta, tasso di copertura del bisogno, confronto internazionale*⁵⁰, su una popolazione di circa 60 milioni di abitanti, le cui esigenze di cure palliative sono stimate in un numero variabile tra 447.018 e 543.585 pazienti annui⁵¹, l'offerta attuale (comprensiva dell'assistenza domiciliare e in Hospice) consente di garantire l'accesso a tali terapie a un numero di malati compreso tra 85.264 e 124.063, con una conseguente copertura del bisogno pari al 16-23% (contro il 78% del Regno Unito e il 64% della Germania).

Le stesse criticità emergono, nonostante i risultati positivi conseguiti negli anni, dal Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010, per gli anni 2015-2017, pubblicato nel 2019: in un contesto in cui ci si confronta ogni giorno con la necessità di fornire risposte nuove e adeguate ai bisogni di una popolazione crescente di malati sempre più anziani, in condizioni di cronicità avanzate, lo sviluppo delle reti locali di Cure Palliative e l'adozione di modelli organizzativi uniformi, sono obiettivi non ancora raggiunti da tutte le Regioni, dal momento che Abruzzo, Molise, P.A. di

⁴⁸ Corte Costituzionale, n. 62 del 2020, la quale richiama non solo la Corte Costituzionale n. 275 del 2016, ma anche la Corte Costituzionale, n. 169 del 2017 che sottolinea la necessità di «garantire la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie». Si veda anche A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1084 e, similmente, G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova 2007, 62, secondo il quale è essenziale tutto ciò che è necessario a garantire all'uomo un'esistenza dignitosa.

⁴⁹ Corte costituzionale, n. 169 del 2017; sul livello essenziale come nucleo irriducibile del diritto cfr. anche Corte Costituzionale n. 309 del 1999 e n. 509 del 2000. In dottrina, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della costituzione)*, in *Sanità pubblica*, 2002, 1033-1034. Sull'importanza della ricerca del contenuto minimo essenziale dei diritti si veda A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 162, specie dove osserva che «tutte le volte in cui si è cercato di mettere in luce il carattere immediatamente precettivo dei diritti che la Costituzione riconosce agli individui più deboli e indigenti, si è sempre fatto riferimento ad un loro 'contenuto minimo essenziale».

⁵⁰ F. LONGO, E. NOTARNICOLA, A. ROTOLO, E. PEROBELLI, S. BERLOTO, F. MEDA, *Le cure palliative in Italia: stima del bisogno, rete di offerta, tasso di copertura del bisogno*, confronto internazionale, ricerca commissionata a CERGAS – Centro di Ricerche sulla Gestione dell'Assistenza Sanitaria e Sociale dell'Università Bocconi che fotografa la rete di offerta delle cure palliative in Italia.

⁵¹ I dati e le relative proporzioni si riferiscono sono da ricondursi alla ricerca Istat 2017. Ripartiti tra Regioni, le proporzioni sono così individuate: Lombardia tra 68.323 – 83.176, Lazio tra 41.235 – 50.221, Campania tra 38.674 – 47.082, Sicilia tra 37.345 – 45.464, Piemonte tra 36.663 – 44.634.

Bolzano e Valle D'Aosta non hanno ancora recepito l'Intesa del 25 luglio 2012. A ciò si aggiunga che ancora in Italia a prevalere sono i dati di mortalità in ospedale, a testimonianza dell'insufficiente sviluppo delle alternative offerte dalle Unità di Cure Palliative domiciliari e, in generale, della medicina territoriale.

Quanto alla realizzazione di strutture residenziali di cure palliative nelle Regioni, essa era stata prevista dalla legge n. 39 del 26 febbraio 1999 e il relativo decreto attuativo del 28 settembre 1999, aveva disposto che tali enti territoriali presentassero al Ministero della salute sia i progetti di strutture residenziali, sia i programmi di organizzazione delle reti assistenziali di cure palliative sul territorio. Eppure, si evince sempre da tale Rapporto, a distanza di circa 20 anni dalla legge, per fare alcuni esempi, il Piemonte risulta aver realizzato circa il 92,8% delle strutture previste e necessarie, la Lombardia il 100%, la Calabria il 66,34% e la Campania il 73,73%: il numero totale di hospice ha raggiunto 240 strutture (erano 231 nel 2014), mentre quello complessivo di posti letto è di 2.777, se pur, di nuovo, con forti disomogeneità tra Regioni, alcune delle quali hanno letti in eccedenza (Lombardia, Emilia Romagna, Lazio) mentre altre ne sono carenti (Piemonte, Toscana, Campania, Sicilia).

Quanto alle cure palliative domiciliari, esse sono il settore in cui si registrano i maggiori ritardi e inefficienze: nonostante un crescente numero di pazienti in fase terminale assistiti al proprio domicilio (pari a 33.138, per raggiungere, nel 2017, le 40.849 unità), le giornate di assistenza erogate in questo regime sono ancora molto al di sotto del fabbisogno programmato e individuato dal decreto ministeriale n. 43 del 2007⁵², sia per quanto riguarda le cure domiciliari "di base", sia per quelle "specialistiche", caratterizzate dall'intervento di equipe multidisciplinari dedicate, sotto la responsabilità clinica del medico esperto in cure palliative: in media, nel 2017, la percentuale, a livello nazionale, di soddisfacimento del bisogno era pari a 10,02, mentre, nelle Regioni si registravano evidenti differenze che andavano dal Piemonte, che vanta la percentuale più alta, pari al 14,55% di copertura, alla Lombardia, che si fermava all'1,88%.

Proprio in considerazione dell'incolmabile distanza registrata tra la realtà dell'assistenza e il valore teorico degli standard fissati⁵³, il Ministero e le Regioni hanno ritenuto necessario considerare nuovi indicatori, almeno ai fini della verifica dell'erogazione dei Lea: ossia, il numero di deceduti per causa di tumore assistiti dalla Rete di cure palliative a domicilio o in hospice sul numero di deceduti per causa di tumore dell'ultimo triennio disponibile⁵⁴ e la variazione percentuale rispetto all'anno precedente del rapporto tra il numero annuo di giornate di effettiva assistenza al domicilio di malati a causa di tumore e il numero dei deceduti per causa di tumore dell'ultimo triennio disponibile.

Nonostante l'applicazione di questi nuovi valori, la copertura del fabbisogno, a livello generale è risultata essere ancora molto bassa: pari al 24,70% a livello nazionale, con, di nuovo, dati variabili tra le

⁵² Calcolato considerando il 45% del numero di morti per tumore (che rappresenta lo standard del numero di assistiti in CP a domicilio), moltiplicato per 55 giorni (che rappresentano il valore standard di durata delle cure palliative domiciliari).

⁵³ Si consideri, ad esempio, che nel 2017, sono state erogate in Italia, un numero pari a 326.086 giornate di cure palliative, su uno standard fissato di 4.158.223.

⁵⁴ Nella formulazione dell'indicatore si è deciso di considerare cumulativamente i pazienti assistiti sia a domicilio sia in hospice, considerando che entrambi i regimi assistenziali sono indicativi di una effettiva presa in carico del paziente da parte della Rete di cure palliative.

Regioni che vedono, ad esempio, il Piemonte al 44%, la Lombardia al 17,35%, il Lazio all' 8,55% e la Campania al 1,78%.

4. Il diritto di essere accompagnati nella morte, cure palliative e terapia del dolore. Differenze rispetto alle scelte di fine vita

Il tema delle cure palliative e della terapia del dolore, nella sua stretta prossimità con le scelte di fine vita, merita, però, riflessioni ulteriori e più specifiche.

Se la tragedia moderna si gioca nella fuga dalla tragedia, ossia nell'assurdo sforzo di rimuovere la realtà della morte dall'orizzonte esistenziale⁵⁵, il ruolo delle cure palliative e della terapia del dolore, in questo contesto, è al contrario quello di controllare la sofferenza globale del malato, non più guaribile, ma sempre curabile⁵⁶, in una prospettiva che vede nella stessa morte un fenomeno naturale, da non anticipare, ma nemmeno da posticipare a ogni costo.

L'approccio palliativo viene così a situarsi in quello spazio segnato idealmente dai confini, da un lato, dell'abbandono terapeutico e, dall'altro, di quell'accanimento nelle cure, che presenta profili ricostruttivi particolarmente complessi e i cui confini sono, spesso, definibili solo *a contrario*, nel rilievo della violazione di un insieme di diritti connessi proprio all'assistenza palliativa⁵⁷.

Rispetto a queste tematiche, peraltro, tale tipologia di assistenza trova collocazione - ulteriore rispetto a quella nella l. n. 38 del 15 marzo 2010 – all'interno della l. n. 219 del 22 dicembre 2017, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

Se nell'art. 5 si afferma come, di fronte a una «patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta», possa essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, che preveda un'adeguata informazione sul possibile evolversi della patologia, sulle possibilità di intervento clinico e sulle cure palliative, in grado così di rappresentare uno strumento funzionale al rispetto dell'autodeterminazione della persona malata e, in generale, a una gestione globale delle cronicità che passa anche attraverso la terapia del dolore e la palliazione, è soprattutto nell'art. 2 che questa legge mostra la sua portata innovativa. Essa prevede che «il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze [...]. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore [e] in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua». La somministrazione della sedazione terminale, oggi, non costituisce più solamente quindi l'oggetto di un dovere del medico fissato dalla normativa deontologica, ma, altresì, e soprattutto, il contenuto di un vero e proprio diritto pretensivo del malato, direttamente riconosciuto e garantito a livello legislativo e con fondamento costituzionale. Si tratta, in questo senso, di un trattamento che, così come si

⁵⁵ Interessante è l'analisi svolta da M. BARBAGLI, *Alla fine della vita. Morire in Italia*, Bologna, 2018, che, al contrario, contesta questa tendenza di negazione della morte sulla base dell'esame di tre questioni: 1) il luogo in cui le persone trascorrono le ultime ore della loro vita; 2) il sentimento di paura che, dalla metà del 1800 in poi, coinvolge le persone con riferimento alla fine della vita; 3) cosa accade successivamente alla scomparsa di una persona.

⁵⁶ Consiglio Direttivo SIAARTI, *Grandi insufficienze d'organo "end stage": cure intensive o cure palliative? – documento condiviso per una pianificazione delle scelte di cura*, 22 aprile 2013.

⁵⁷ E.I. PAMPALONE, *op cit.*, 420.

chance

vedrà con riferimento alle cure palliative e alla terapia del dolore in generale, non è in alcun modo assimilabile a forme di eutanasia attiva⁵⁸, come sottolineato già in occasione dei dibattiti sulla sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte⁵⁹ e, soprattutto, da un parere del Comitato nazionale di bioetica del 29 gennaio 2016: la morte che consegue alla palliazione, infatti, si sostiene, è dovuta alla patologia che affligge il malato, non è voluta né colposamente cagionata e va valutata quale mera conseguenza accidentale di una condotta pienamente lecita, conforme ai doveri professionali del medico e rispondente alla necessità di tutelare principi completamente diversi dal diritto di morire⁶⁰. Si nega, così, carattere antiggiuridico a un trattamento⁶¹ la cui somministrazione è ancora oggi circondata da molte cautele a causa del suo (preteso) doppio effetto⁶² (da una parte, il

⁵⁸ D.J. ROY, *Untruths about Palliative Care*, in *Journal of Palliative Care*, 2012, 3-4. A. CARACENI, *Sedazione terminale non è eutanasia*, in *Rivista italiana di cure palliative*, 3, 2002, 139-141; V. BONITO, L. BORGHI, A. CARACENI, *La sedazione nelle cure palliative neurologiche: appropriatezza clinica ed etica*, in *Bioetica*, 2, 2010, 186. In tale articolo si afferma: «il contesto clinico, la necessità di intervenire per il sollievo di sintomi, il tipo e la dose dei farmaci scelti, la loro via di somministrazione e le misure terapeutiche concomitanti, nonché l'aderenza a protocolli stabiliti dalle società scientifiche rendono abbastanza facile distinguere l'intenzione di attuare una sedazione terminale a scopo palliativo da un'intenzione di porre fine alla vita del malato». Si veda anche quanto sostenuto dalla *Ethic Task Force della European Association for Palliative Care*, nel febbraio 2003: «nella sedazione terminale, l'intenzione è quella di lenire forme di sofferenza intollerabile; la procedura comporta l'uso di farmaci sedativi per controllare i sintomi e il risultato cercato è la riduzione del dolore. Nell'eutanasia, l'intenzione è quella di uccidere il paziente; la procedura comporta la somministrazione di una droga letale e il risultato voluto è la morte immediata».

⁵⁹ Già nell'ottobre 2007, la Società Italiana Cure Palliative aveva pubblicato le Raccomandazioni della SICP sulla sedazione terminale/palliativa. Essa è definibile come trattamento palliativo di sintomi refrattari ai consueti trattamenti, legittimo sia sul piano etico-deontologico sia su quello legale, che fa parte, da sempre, delle cure palliative. Infatti, la sedazione terminale/palliativa è una terapia necessaria per conservare la dignità delle le persone che, «al termine della loro vita, presentano sintomi [...] che non rispondono ai consueti trattamenti; essa è pertanto non solo legittima, ma anche doverosa, sia sul piano etico-deontologico, sia su quello legale. Essa si caratterizza per la somministrazione intenzionale di farmaci ipnotici, alla dose necessaria richiesta, per ridurre il livello di coscienza fino ad annullarla, allo scopo di alleviare o abolire la percezione di un sintomo, senza controllo, refrattario, fisico e/o psichico, altrimenti intollerabile per il paziente, in condizione di malattia terminale inguaribile in prossimità della morte».

⁶⁰ Comitato nazionale di bioetica, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016.

⁶¹ Per un inquadramento dell'analgesia e della sedazione terminale nell'ambito delle decisioni di fine vita cfr. L.H.D.J BOOIJ, *End-of-Life Decisions During Intensive Care Treatment*, "Current Opinion in Anaesthesiology", 16, 2003, 221-225; T.A. CAVANAUGH, *The Ethics of Death-Hastening or Death-Causing Palliative Analgesic Administration to the Terminally Ill*, in *Journal of Pain and Symptom Management*, 12, 1996, 253.

⁶² La dottrina del doppio effetto si è sviluppata soprattutto nella filosofia morale cattolica a partire dalla giustificazione della uccisione per legittima difesa elaborata da San Tommaso. Essa è intesa a stabilire le condizioni in base alle quali un agente può cagionare il male – anche la morte di un essere umano – senza perdere la propria integrità morale. Questa dottrina parte dall'idea che spesso le azioni degli uomini, insieme alle conseguenze buone espressamente volute, possono essere causa anche di azioni non volute e non desiderate, che tuttavia si prevede accompagneranno quelle volute. In questi casi, l'alternativa è tra scegliere di non compiere l'azione, oppure scegliere di compierla, dopo avere fatto un bilanciamento tra le possibili conseguenze e aver stabilito che quelle buone sono superiori a quelle cattive. Cfr. C. TRIPODINA, *Malati terminali (Diritti dei)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 411, S. PRIVITERA, *Duplici effetto*, in S. LEONE, S. PRIVITERA (a cura di), *Dizionario di Bioetica*, Bologna, 1994. Sulla sedazione palliativa, *ex multis*, F.G. PIZZETTI, "Ai confini delle cure": la sedazione palliativa (o

rischio di riduzione dell'aspettativa di vita⁶³ e, dall'altra, il recupero della sua qualità⁶⁴), in realtà ormai smentito da studi che indicano una sopravvivenza più prolungata del malato che abbia accesso alla sedazione, in forza della riduzione delle richieste metaboliche, che aumentano, al contrario, in stato di veglia, a causa dell'agitazione psicomotoria, del dolore e della dispnea⁶⁵.

Se quello della palliazione profonda sembra essere l'ambito in cui i confini tra il lenire la sofferenza e il provocare la morte si fanno più sfumati, è in generale tutto il tema dell'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore a essere interessato dalla tendenza alla sovrapposizione tra queste e le scelte di fine vita, nonostante i diversi scopi perseguiti; invero, solo il lasciarsi morire, il dare la morte (a un soggetto che la invochi) o l'aiutare (quel medesimo soggetto) a darsi la morte, quali espressioni, rispettivamente, il primo, di desistenza terapeutica⁶⁶ e, gli altri, di forme di eutanasia attiva⁶⁷, hanno come obiettivo quello di consentire al singolo di decidere il momento della propria morte: in modo indiretto, come conseguenza della sospensione o del rifiuto di terapie, anche salva vita, o in modo diretto, come effetto di una richiesta, avanzata nei confronti di terzi e dell'ordinamento e nei limiti in cui essa è considerata legittima, di essere aiutati a morire; le cure palliative e la terapia del dolore, al contrario, trovano il proprio fondamento nel diritto di vivere i momenti finali della malattia nel modo più dignitoso possibile, guardando alla sofferenza come a una parte integrante della patologia che il medico è chiamato a curare e consentendo, in funzione di ciò, il recupero, ancorchè minimale, di una qualità della vita nelle condizioni date.

Piani differenti, quindi, per quanto temporalmente spesso sovrapponibili.

terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire, in P. MACCHIA (a cura di), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, 2012, 135 ss.

⁶³ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Parole di bioetica*, Torino, 2004, 90; G. PERICO, *Problemi di etica sanitaria*, Milano, 1992, 165 ss.

⁶⁴ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, 1997, 197-198.

⁶⁵ L. ORSI, *Quesiti clinici in cure palliative*, in *Rivista Italiana di Cure Palliative*, 13, 2011 e 14, 1-2, 2012.

⁶⁶ Riconosciuto, a livello normativo, dalla legge n. 219 del 22 Dicembre 2017, ma già oggetto di pronunce giurisprudenziali che ne riscontrano il fondamento negli artt. 32 e 13 della Costituzione.

⁶⁷ Si vedano, tra i molti contributi, sulla relazione tra l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019 P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 1, 2020, 5- 26; U. ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 1, 2020; C. CASONATO, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 2, 2020; P. MACI, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 1, 2021; N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum costituzionale*, 25 ottobre 2018; U. ADAMO, *Sull'aiuto al suicidio la Corte ha rinviato la palla al Parlamento*, in *Iacostituzione.info*, 26 ottobre 2018; A. RUGGERI, *Venuta alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta on line*, 20 novembre 2018; U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. *Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 23 Novembre 2018; R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10, 2018, 109; P.F. BRESCIANI, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli (Nota a Corte cost., ord. n. 207/2018)*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2018, 1-12; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 3, 2018; F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, 314.

Questo ultimo aspetto è ben chiarito nelle due pronunce della Corte costituzionale rese nella vicenda che ha riguardato il caso di Marco Cappato e Dj Fabo⁶⁸. Tanto con l'ordinanza n. 207 del 2018, quanto, in seguito, con la sentenza n. 242 del 2019, i giudici costituzionali, come noto, pur nell'affermare la legittimità della persistente sanzionabilità dell'aiuto al suicidio, prendono atto dell'esistenza di casi difficili, connessi a fatti del tutto peculiari a cui devono essere riconnessi spazi di non punibilità. Questi casi sono individuati dalla Corte in quelle situazioni di persone affette da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche assolutamente intollerabili, che siano tenute in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma che restino capaci di prendere decisioni libere e consapevoli⁶⁹. Ciò definito, però, la Corte costituzionale si adopera altresì, a fronte dell'inerzia del legislatore, per imporre opportune cautele affinché «l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia».

Tra queste, quale presupposto procedurale necessario affinché il singolo possa chiedere di essere aiutato a morire, si prevede la garanzia di concrete possibilità di poter fruire dei trattamenti più idonei a eliminare la sofferenza del paziente. Sulla terapia del dolore e sull'accesso alle cure palliative si focalizza quindi, l'attenzione della Corte costituzionale, che vede in esse una «priorità assoluta per le politiche della sanità»⁷⁰, nonché il «pre-requisito di una scelta», che deve essere imprescindibilmente compiuta in assenza di condizionamenti esterni. Compito degli ordinamenti giuridici, invero, è quello di vigilare affinché la decisione di morire sia espressione di una volontà non condizionata da fattori esterni, cosciente e libera. Non è libera qualora a incidere sulla determinazione volitiva del singolo che chiede di essere lasciato o aiutato a morire sia l'assenza di prestazioni assistenziali e psicologiche di cui

⁶⁸ È nota ai più la sua vicenda, ma è utile ripercorrerla. Antoniani, rimasto, in seguito a un incidente avvenuto nel giugno 2014, tetraplegico e non autonomo nella respirazione e nell'alimentazione, dopo infruttuosi ricoveri, cure e tentativi riabilitativi, a partire dalla primavera del 2016, comunica ai suoi familiari di non voler continuare a vivere. Tramite la sua fidanzata prende contatto con l'organizzazione svizzera "Dignitas", con l'associazione "Luca Coscioni" e, quindi, con Marco Cappato. È quest'ultimo a fornire ad Antoniani le informazioni necessarie per espletare le pratiche con la "Dignitas" e ad accompagnarlo presso la struttura ove, nel febbraio 2017, è sottoposto a suicidio assistito. Si apre, quindi, nei confronti di Cappato, che al suo ritorno in Italia decide di autodenunciarsi, un procedimento di fronte alla Corte d'Assise di Milano che, il 14 Febbraio 2018, solleva una questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., il quale, nell'incriminare le condotte di aiuto al suicidio in alternativa a quelle di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicida, in primo luogo, si porrebbe in contrasto con «gli artt. 2, 13 primo comma e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo, in forza dei quali il diritto a por fine alla propria esistenza costituisce una libertà della persona»; afferma il giudice rimettente, infatti, che «il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente»; in secondo luogo, violerebbe gli artt. 3, 13 secondo comma, 27 terzo comma della Costituzione che, individuando la ragionevolezza della pena in funzione dell'offensività del fatto, verrebbero lesi da una "sanzione indiscriminata" e severa (con un minimo edittale stabilito in 5 anni) prevista, senza differenza alcuna, sia per le condotte di istigazione che per quelle di aiuto al suicidio.

⁶⁹ D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7, 2018, 71; R.G. FREY, G. DWORIKIN, S. BOK, *Eutanasia e suicidio assistito*, Torino, 2001, 49.

⁷⁰ Parere del Comitato nazionale per la bioetica del 18 luglio 2019. Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito.

lo stesso Stato è tenuto a farsi carico; parimenti, non è libera la richiesta avanzata dal paziente afflitto da condizioni di dolore cronico ormai divenuto intollerabile e non lenito, appunto, dal ricorso a cure palliative.

Se da quanto detto emergono in modo chiaro gli autonomi confini del diritto, spettante a ciascuno, di non soffrire, rispetto alle decisioni di porre fine alla propria esistenza⁷¹, ancora oggi, nella stessa classe medica e nella popolazione in generale, si assiste a una diffidenza nei confronti di queste cure, tanto diffusa da rischiare di rendere in lunga parte ineffettivi proprio quel diritto alla cui tutela esse sono preposte.

Ad esempio, l'accesso alla sedazione profonda risulta garantito, a livello nazionale, ancora solo nel 21% delle strutture⁷², in un contesto in cui il nostro Paese occupa, in Europa, uno degli ultimi posti nel consumo di farmaci oppiacei, in particolare della morfina⁷³. Allo stesso modo, similmente, da un Report, denominato *Studio conoscitivo delle reti di terapia del dolore*, pubblicato in data 5 marzo 2019⁷⁴ e commissionato dalla Direzione generale della programmazione sanitaria al fine di analizzare l'organizzazione clinico-gestionale della «Rete di Terapia del Dolore» nelle Regioni, con particolare riferimento a quelle sottoposte a Piano di rientro e i modelli di integrazione procedurale tra il livello territoriale e ospedaliero, è emerso che vi sono Regioni, come il Veneto, la Puglia, la Campania o l'Emilia Romagna, che dichiarano di non avere un protocollo condiviso a livello regionale, mentre, se alcune, come il Piemonte e il Trentino Alto Adige lo applicano, rispettivamente, nel 30,8% e nel 20% delle strutture, altre, come la Lombardia e il Lazio, si fermano, rispettivamente al 4,2% e al 7,7%.

5. Considerazioni conclusive e prospettive future

Dal punto di vista della tutela e della promozione dei diritti che la Costituzione riconduce alla salute, tanto la legge n. 38 del 15 marzo 2010, quanto la n. 219 del 22 dicembre 2017, sembrano fissare un punto di congiunzione tra il diritto di accedere alle prestazioni sanitarie e quello all'autodeterminazione individuale nelle scelte terapeutiche, in grado di tener conto tanto dell'identità della persona, quanto dell'autonomia della professione medica; il tutto, in un contesto costruito intorno a un progetto dinamico di liberazione e promozione umana⁷⁵, che non ammette solo una rivendicazione di spazi di diritti individuali, ma impone che alla garanzia di essi si accompagni l'adempimento di quei

⁷¹ Lo prevede lo stesso articolo 39 del Codice di deontologia medica che afferma che «il medico non abbandona il paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza, ma continua ad assisterlo e, se in condizioni terminali, impronta la propria opera alla sedazione del dolore e al sollievo dalle sofferenze tutelando la volontà, la dignità e la qualità della vita. Il medico, in caso di definitiva compromissione dello stato di coscienza del paziente, prosegue nella terapia del dolore e nelle cure palliative, attuando trattamenti di sostegno delle funzioni vitali finché ritenuti proporzionati, tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento».

⁷² Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010. *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, 30.

⁷³ Comitato nazionale di bioetica, *La terapia del dolore: orientamenti bioetici*, 30 marzo 2001, 4.

⁷⁴ *Terapia del dolore. Difficoltà ad accedere alle informazioni utili e mancanza di un protocollo condiviso a livello regionale*. Studio dell'Università della Calabria, cfr. https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=71701 (ultima consultazione 30/04/2021).

⁷⁵ A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, cit., 609.

«doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» richiamati dall'art. 2 della Costituzione.

Qualora il singolo rivendichi il proprio diritto di non curarsi o sia affetto da una patologia refrattaria a ogni trattamento, il ricorso alle cure palliative nel processo di accompagnamento *nella* morte rappresenta, infatti, la risposta più autenticamente solidaristica che l'ordinamento possa fornire.

La piena realizzazione di tali principi, con fondamento costituzionale e poi riconosciuti nei diversi testi normativi, passa però necessariamente attraverso la predisposizione di meccanismi organizzativi e procedure adeguate, idonei ad assicurare che essi possano trovare applicazione nella pratica clinica quotidiana e nei diversi livelli di governo coinvolti nella realizzazione del diritto alla salute⁷⁶, i quali sono chiamati, oggi, a confrontarsi con la necessità di fornire risposte nuove ai bisogni di una popolazione crescente di malati sempre più anziani, affetti da patologie cronic-degenerative in fase avanzata o terminale e in condizioni cliniche di estrema fragilità e di grave sofferenza⁷⁷.

È dall'analisi di quanto si è fatto finora che risulta evidente come lo stato di attuazione di queste leggi sia ancora gravato da molte insufficienze e differenziazioni tra le diverse Regioni italiane, tale da inficiare lo stesso principio di uguaglianza nell'accesso a questa tipologia di cure e la loro effettività.

Questo è apparso in tutta la sua chiarezza nel corso della pandemia da Covid-19, che ha costretto a delineare nuovi orizzonti per la medicina palliativa, assegnandole un ruolo fondamentale nella gestione di una popolazione di pazienti per la prima volta estremamente diversificata: partendo dal presupposto che la risposta dinamica a un evento catastrofico come una pandemia dovrebbe essere non solo orientata a «massimizzare il numero di vite salvate, ma anche a minimizzare la sofferenza di coloro che potrebbero non sopravvivere»⁷⁸, la Società Italiana di Cure Palliative e la Federazione di Cure Palliative hanno redatto, nel mese di ottobre 2020, un documento condiviso⁷⁹ sul ruolo di queste cure nelle emergenze pandemiche⁸⁰ che ha chiaramente evidenziato come là dove la Rete di cure palliative, a livello regionale, era sufficientemente organizzata prima dell'inizio della pandemia, essa ha retto alla pressione delle nuove sfide emergenziali, se pur modificando e ridimensionando la propria attività; in altre realtà, al contrario, le carenze e le disfunzioni già presenti prima dell'emergenza, hanno impedito una collaborazione strutturata e continuativa sia dal punto di vista clinico per la gestione dei sintomi che dal punto di vista del supporto ai processi decisionali riguardo agli obiettivi di cura.

⁷⁶ L. BUSATTA, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in *Rivista AIC*, 2, 2019.

⁷⁷ Corte Conti, Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica, 285.

⁷⁸ M. MATZO, A. WILKINSON, J. LYNN et al., *Palliative care considerations in mass casualty events with scarce resources*, in *Biosecur & Bioterr*, 7, 2009; 199-210.

⁷⁹ SICP-FCP Ruolo delle cure palliative durante una pandemia. Contributo finalizzato alla definizione di un piano pandemico per la gestione dell'emergenza da COVID-19. <https://www.sicp.it/documenti/sicp/2020/10/ruole-delle-cure-palliative-durante-una-pandemia> / <https://www.fedcp.org/images/file/1260/fcp-sicp-covid-rev10-definitivo-1compressed.pdf> (ultima consultazione 30/04/2021).

⁸⁰ Come evidenziato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità le cure palliative devono essere integrate nella risposta dei sistemi sanitari alle emergenze umanitarie che includono, oltre a vari tipi di catastrofi, anche le epidemie. Cfr. *WHO Integrating palliative care and symptom relief into the response to humanitarian emergencies and crisis*. Geneva: World Health Organization; 2018. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.2018 https://www.sicp.it/wp-content/uploads/2018/12/155_whopchumanitarianemergencies18.pdf (ultima consultazione 30/04/2021).

Il quadro descritto - che porta a interrogarsi sulla possibilità, per come è andato strutturandosi il regionalismo in questi anni, di porsi, quest'ultimo, realmente in funzione dell'effettività dei e dell'uguaglianza nei diritti - si inserisce in un contesto generale in cui non si ravvisa ancora una piena coscienza, da parte della classe medica, dell'effetto positivo di un approccio alla sofferenza del paziente⁸¹ in grado di mettere al centro il malato e non la sua patologia e finalizzato a raggiungere la miglior qualità di vita possibile nelle circostanze date⁸².

I medici e l'organizzazione, in ospedale e sul territorio, non sono ancora sufficientemente preparati a riconoscere ed affrontare questi bisogni e a offrire un intervento non gravoso e inefficace, ma precoce, integrato e complesso, in grado di leggere la multidimensionalità delle esigenze sulla base non solo delle patologie che le provocano, ma anche delle condizioni cliniche, dei problemi psicosociali e delle fragilità. È in questo senso che l'istituzione della scuola di specializzazione in cure palliative, con la legge n. 77 del 17 luglio 2020, sembra andare nella giusta direzione giusta⁸³.

L'obiettivo primario diventa allora quello di affermare e rafforzare la cultura della palliazione in Italia, contribuendo, attraverso il controllo dei sintomi, in maniera determinante alla preservazione della dignità della persona e, di conseguenza, permettendo una netta diminuzione delle richieste di essere lasciati morire (o, anche, di essere aiutati a morire), circoscrivendole alle sole ipotesi in cui esse non siano condizionate da fattori estranei alla libera determinazione del singolo; come attestato dal personale sanitario con esperienza quotidiana e diretta dei malati terminali, infatti tali desideri spesso (anche se non sempre) sono espressi da chi sconta forme di abbandono terapeutico e di solitudine nella fase più tragica della propria vita⁸⁴.

Tutti questi fattori possono così assicurare che chiunque soffra possa essere curato in modo soddisfacente, possa scegliere le condizioni della fine della propria vita⁸⁵ e possa vedersi garantito l'accesso a tali terapie⁸⁶. Se così non fosse, il rischio è che a diritti riconosciuti, corrisponda una realtà di fatto radicalmente diversa⁸⁷.

⁸¹ Comitato nazionale di bioetica, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016.

⁸² Cfr. F. PERSANO, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, Siena, 2015, 32; P. BORSELLINO, *Bioetica: tra autonomia e diritto*, Milano, 1999, 172 – 173.

⁸³ In uno schema mutuato dall'antropologia per descrivere il percorso delle cure Palliative all'interno della medicina – che sembra potersi suddividere una fase della separazione, una della transizione e una dell'incorporazione (cfr. D. CLARK, J. SEYMOUR, *Reflections On Palliative Care (Facing Death)*, Milton Keynes, 1998) – l'introduzione di tale scuola rappresenta il passo conclusivo di un processo, che oggi vede il riconoscimento delle cure palliative nel sistema tradizionale di cure, iniziato proprio l'approvazione della legge n. 38 del 15 marzo 2010.

⁸⁴ F. MANTOVANI, *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2008, 40 ss.

⁸⁵ Consiglio d'Europa, *Guida al processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, 5 maggio 2014

⁸⁶ Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, raccomandazione. n. 1419 del 1999, *Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and dying*.

⁸⁷ Organizzazione Mondiale della Sanità, Risoluzione EB134.R7, *Strengthening of palliative care as a component of integrated treatment within the continuum of care*, 23 gennaio 2014.

Il ruolo del Terzo settore nel sistema di cure palliative e la sua risposta all'emergenza pandemica

Paola Grazioli*

THE ROLE OF THE THIRD SECTOR IN THE PALLIATIVE CARE SYSTEM AND ITS RESPONSE TO THE PANDEMIC EMERGENCY

ABSTRACT: The analysis of the role of Third sector in the palliative care system starts from the concept of social-health integration. Palliative medicine develops an integrated assistance, where “care” and “taking care” are not aimed at healing, but at reducing the physical and mental suffering of the person, favored by the care work of the Third sector. The focus of this paper is to highlight how in the sphere of palliative care networks the contribution of the voluntary organizations is a condition for implementing an efficient system of social and health integration, also as a response to the Covid emergency.

KEYWORDS: Social and health integration; palliative care system; Third sector; voluntary work; Covid emergency

SOMMARIO: 1. Un'introduzione al tema: l'integrazione socio-sanitaria come area di intervento del sistema di cure palliative – 2. Il Terzo settore come espressione del principio di sussidiarietà orizzontale: definizione e statuto costituzionale – 3. La partecipazione del Terzo settore alla programmazione, progettazione ed organizzazione dei servizi sociali e socio-sanitari. Cenni alla disciplina lombarda – 4. Il ruolo determinante del Terzo settore e, in particolare, del volontariato per combattere il rischio di un'eccessiva “sanitarizzazione” del sistema di cure palliative – 5. Le cure palliative nella pandemia da Covid-19 e la risposta del Terzo settore all'emergenza sociale. Cenni conclusivi.

1. Un'introduzione al tema: l'integrazione socio-sanitaria come area di intervento del sistema di cure palliative

L'analisi del ruolo del Terzo settore nel contesto della rete di cure palliative richiede anzitutto alcuni chiarimenti preliminari sul piano dei concetti e delle relative definizioni, oltre ad una doverosa delimitazione del campo di indagine.

Una prima precisazione investe l'ambito nel quale si realizza il sistema delle cure palliative, che permette poi di individuare e comprendere il ruolo degli attori coinvolti e, dunque, del Terzo settore.

* Professore a contratto di Diritto sanitario, corso di laurea in Ingegneria delle tecnologie per la salute; Dipartimento di Ingegneria gestionale, dell'Informazione e della Produzione dell'Università degli Studi di Bergamo. Mail: p.grazioli@quest.unibg.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

Il riferimento va all'integrazione socio-sanitaria¹, laddove l'espressione socio-sanitario indica l'unione o meglio la combinazione tra "due assistenze", sanitaria e sociale, e, dunque, la cura della persona che integri competenze ed interventi di tipo sanitario con competenze ed interventi di tipo sociale. L'integrazione socio-sanitaria è, infatti, uno strumento che crea le condizioni per una presa in carico complessiva e continuativa della persona, attraverso un opportuno collegamento tra i servizi sanitari e sociali e un'"ibridazione" delle professioni², coinvolte nel processo di cura ed assistenza. Può essere, inoltre, intesa come una modalità organizzativa della relazione tra amministrazioni pubbliche che si occupano di servizi sanitari e sociali e come un settore che valorizza il ruolo del Terzo settore nella progettazione, programmazione ed erogazione dei servizi alla persona.

Le prestazioni socio-sanitarie, definite dall'art. 3 *septies*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, introdotto dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, sono «tutte le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale». Tali prestazioni sono rivolte, in particolare, a soggetti fragili: anziani e disabili spesso non autosufficienti.

In relazione al tema di interesse, si vedrà come l'integrazione socio-sanitaria trovi compiuta attuazione nell'ambito delle cure palliative, laddove la "cura" e "il prendersi cura" non sono finalizzate alla guarigione, bensì a ridurre la sofferenza fisica e psichica dell'individuo. È evidente il richiamo alla stessa, laddove la l. 15 marzo 2010, n. 38, che detta *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, all'art. 1, comma 1, lett. a) sottolinea l'approccio globale («cura totale») alla persona e l'art. 1, comma 3, lett. c) ricomprende tra i principi fondamentali un «adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale».

La medicina palliativa sviluppa, infatti, un'assistenza integrata, favorita dal lavoro di cura del settore pubblico e di quello del privato sociale.

È, dunque, obiettivo del presente scritto evidenziare come nell'area dell'integrazione socio-sanitaria e, in particolare, nell'ambito della rete di cure palliative, l'apporto del Terzo settore e in particolare del volontariato si configuri come essenziale, tanto da identificare come biunivoco³ il rapporto tra *welfare* e Terzo settore.

¹ Sull'integrazione socio-sanitaria si v. *ex multis* A. ALBANESE, *L'integrazione socio-sanitaria*, in F. MANGANARO, V. MOLASCHI, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, 183 ss.; L. DEGANI, R. MOZZANICA, *L'integrazione sociosanitaria*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S.A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di Diritto dei servizi sociali*, Torino, 2019, 49 ss.; A. PERINO, *L'integrazione socio-sanitaria*, in Id., R. BROLIS, P. MACCANI (a cura di), *L'integrazione socio-sanitaria in pratica*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 13-35; Id., *Il sistema dell'integrazione socio-sanitaria: attori, livelli e strumenti*, in Id., R. BROLIS, P. MACCANI, *L'integrazione socio-sanitaria in pratica*, cit., 37-62; R. LUSARDI, S. TOMELLERI (a cura di), *Phenomenology of health and social care integration in Italy*, in *Current Sociology*, 2018, 1031 ss.; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017, 209 ss.; B. BARONI, *Linee evolutive dell'integrazione fra servizi socio-sanitari*, in Id., E. BALBONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328/2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 47 ss.; G. BISSOLO, L. FAZZI (a cura di), *Costruire l'integrazione socio-sanitaria, attori, strumenti, metodi*, Roma, 2005.

² In argomento cfr. R. LUSARDI, S. TOMELLERI (a cura di), *Gli ibridi professionali. Le culture professionali alla prova dell'integrazione socio-sanitaria*, in *Salute e Società*, XVI, suppl. 3, 2017, 11 ss.

³ Cfr. E. STRADELLA, *Welfare e Terzo settore: un rapporto biunivoco?*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare*, Bologna, 2010, 361 ss.

2. Il Terzo settore come espressione del principio di sussidiarietà orizzontale: definizione e statuto costituzionale

L'interesse ad esplorare i processi di programmazione ed organizzazione, che integrano gli aspetti sociali e sanitari nell'ambito delle cure palliative, muove da più ragioni: l'emersione di bisogni articolati e complessi da parte sia dell'individuo che della famiglia (invecchiamento della popolazione, cronicizzazione delle malattie); la necessità di intendere ed organizzare il "prendersi cura" mediante un approccio olistico, integrato, multidisciplinare, anche nel rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, ult. comma, Cost.); valorizzare il ruolo del volontariato, come un aspetto fondamentale del complesso processo di cura e di assistenza del paziente terminale.

L'acuirsi ed il differenziarsi di tali bisogni fa sì che si ricorra a strategie complementari rispetto a quelle gestionali ed organizzative offerte dal *welfare* pubblico, indirizzando, quindi, l'attenzione verso nuove forme di collaborazione tra settore pubblico, mercato e società civile⁴.

Viene in rilievo, in tal senso, lo sviluppo di quello che viene comunemente definito «secondo *welfare*», da intendersi come quel *mix* di protezioni e investimenti sociali a finanziamento non pubblico, resi da un'ampia categoria di attori economici e sociali, collegati in rete e spesso caratterizzati dal forte ancoraggio territoriale⁵.

All'interno di questo insieme, un segmento vitale è costituito dai soggetti del Terzo settore, un "mondo" costituito da organizzazioni di iniziativa privata, spinte da finalità non rispondenti a logiche di puro profitto, diverse fra loro per storia, dimensioni, tipo e modalità di intervento. La pluralità di ambiti in cui tali organizzazioni operano è rispondente agli interessi di natura trasversale che esse intendono tutelare, ricoprendo così un ruolo significativo per lo sviluppo della persona umana nella sua globalità.

Non essendo presente in Costituzione alcun esplicito riferimento all'espressione "Terzo settore", ci si interroga su quali siano le coordinate di riferimento ed i principi che concorrono a definirne l'"identità" sul piano costituzionale⁶ e che ne determinano lo «spazio giuridico di azione»⁷.

Un primo riferimento va all'art. 2 Cost., che riconosce il principio personalista (consistente nella centralità della persona e dei suoi diritti), il c.d. pluralismo sociale (da attribuirsi al ruolo delle formazioni sociali che contribuiscono allo svolgimento delle personalità individuali) e il principio di solidarietà⁸.

⁴ In tal senso cfr. S. BENVENUTI, S. MARTINI (a cura di), *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, in *Osservatorioaic.*, 2, 2017, 4 ss.

⁵ La locuzione «secondo *welfare*» è oggetto di significativi studi e approfondimenti, tra cui si segnalano, in particolare, quelli di F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2013 e *Secondo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2015. Con l'aggettivo «secondo» ci si riferisce sia al fatto che le forme di «secondo *welfare*» trovano attuazione nel «primo *welfare*», edificato dall'intervento statale nel periodo 1945-1975, che alla connotazione funzionale delle forme stesse. Il «secondo *welfare*», aggiungendosi al primo, ne integra le lacune e ne stimola la modernizzazione attraverso nuovi modelli organizzativi, gestionali e finanziari.

⁶ Sull'identità costituzionale del Terzo settore v. F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, 2021, 41 ss.

⁷ Così P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI (a cura di), *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 37.

⁸ In argomento v. M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, 2017; G. DI COSIMO, *Art. 2*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 10 ss.

Al *genus* delle formazioni sociali appartengono senza dubbio anche gli organismi del Terzo settore che danno attuazione al principio del pluralismo sociale nelle sue tre dimensioni: come strumento per favorire la socialità della persona; come partecipazione dei soggetti organizzati e collettivi al dibattito pubblico, in funzione di quella che viene denominata «democrazia partecipativa»⁹; come apporto al sistema di *welfare* nell'erogazione di servizi alla persona.

Lo statuto costituzionale del Terzo settore trova riferimento anche nell'altro principio espresso dall'art. 2 Cost., vale a dire nel principio di solidarietà sociale¹⁰, nella parte in cui richiede ai consociati l'adempimento dei doveri inderogabili¹¹. Nell'affrontare tale profilo, la dottrina ha messo in luce il fatto che il Costituente abbia inteso valorizzare il profondo legame tra l'uomo e il "contesto sociale": relazione che avrebbe trovato una «sedimentazione giuridica proprio nella saldatura tra i diritti fondamentali e i doveri inderogabili»¹².

La considerazione dell'uomo "*uti socius*", derivante dall'identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, trova pieno riconoscimento nell'azione volontaria. La Corte costituzionale ha, infatti, rilevato come il volontariato esprima il vincolo di appartenenza attiva dell'individuo alla comunità e costituisca «diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale», per cui «la persona è chiamata ad agire [...] per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa»¹³. Nell'ambito delle cure palliative si vedrà come l'apporto del volontariato dia concreta attuazione a tale principio.

Richiami importanti per fondare lo statuto costituzionale del Terzo settore sono inoltre contenuti nell'art. 4, comma 2, Cost., secondo cui ogni cittadino ha il dovere di svolgere, sulla scorta della propria scelta e possibilità, un'attività o funzione che «concorra al progresso materiale e spirituale della società», nell'art. 18 Cost., che riconosce il diritto dei cittadini di associarsi liberamente e nell'art. 41, che tutela la libertà di iniziativa economica privata legata all'utilità sociale¹⁴.

In particolare, è però la sussidiarietà orizzontale¹⁵, di cui all'art. 118, ult. comma, Cost., il principio fondante dello statuto costituzionale dei soggetti *non profit*, poiché attribuisce agli stessi una

⁹ Sul tema della «democrazia partecipativa», cfr., in particolare, U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010 e V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018.

¹⁰ Sul principio di solidarietà v., in particolare, i contributi di V. MOLASCHI, *I servizi sociali e il modello di welfare delineato dalla L. n. 328/2000*, in Id., F. MANGANARO, R. MORZENTI PELLEGRINI, D. SICLARI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 58-61; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 1, 2016, 45 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna 2016; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, aprile 2015; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino 2007; F. GIUFFRÉ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002.

¹¹ In argomento spicca lo studio di G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1970.

¹² In tal senso F. SANCHINI, *op. cit.*, 49; L. ANTONINI, A. PIN., *Gli aspetti costituzionali, amministrativi e tributari del Terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2011, 141 ss.

¹³ Corte Cost., 28 febbraio 1992, n. 75, Considerato in diritto, punto 2, in *Giur. cost.*, 1992, 404 ss., con commento di E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, 2348 ss.

¹⁴ Cfr. G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del terzo settore*, in C. CITTADINO (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Firenze, 2008, 25 ss.

¹⁵ La dottrina in materia di sussidiarietà orizzontale è molto vasta. Si citano senza pretesa di esaustività G. ARENA, G. COTTURRI (a cura di), *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Carocci, 2010; M. CONSITO,

«maggiore copertura costituzionale»¹⁶, riconoscendone ruolo e funzione all'interno della società civile. È opportuno ricordare come l'art. 118 Cost., oltre alla declinazione del principio di sussidiarietà in senso "verticale" (comma 1), definisca anche quello in senso "orizzontale", per cui gli Enti dello Stato devono favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà» (comma 4). Risulta, quindi, evidente che a rivestire una posizione preminente sono anzitutto le molteplici figure che rientrano nella categoria giuridica del Terzo settore che, nella prospettiva di una concreta attuazione del principio in commento, sono oggi legittimate, anche dalla recente normativa codicistica, allo svolgimento di una pluralità di attività di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità solidaristiche e di utilità sociale.

La sussidiarietà orizzontale è inoltre principio ispiratore della riforma del Terzo settore, portata dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (con le modifiche di cui al d.lgs. 3 agosto 2018, n. 105), il c.d. Codice del Terzo settore¹⁷, predisposto in attuazione degli artt. 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione.

È interessante notare come la dimensione costituzionale dei principi generali ispiratori della disciplina emerga laddove si riconosce il «valore e la funzione sociale degli Enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono» come espressione di «partecipazione, solidarietà e pluralismo» (art. 2, d.lgs. n. 117/2017).

Tale espressione va letta congiuntamente alla definizione normativa di enti del Terzo settore dettata dall'art. 4 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, secondo la quale sono considerati tali quelle organizzazioni volte al

«perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale [la stessa previsione riscontrabile nell'art. 118, ult.

Sussidiarietà e terzo settore, Labsus Paper, 19, 2010; M. CAPUTI JAMBRENGHI, *Volontariato, sussidiarietà, mercato*, Bari, 2008; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2007, 895 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in Università Cattolica del Sacro cuore, *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, I, 179 ss.; Id., *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Roma-Bari, 2006; Id., *Sussidiarietà e solidarietà*, in *Impresa sociale*, 2005, 140 ss.; V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, 2004; G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, 171 ss.; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, 51 ss.; id., C. MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Sussidiarietà orizzontale e tutela della salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 6, 2003; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2002, 5 ss.; L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà nel processo di riforma della pubblica amministrazione*, in *Non profit*, 2000, 5 ss.; F. BILANCIA, *Sussidiarietà (il principio di)*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, 455 ss.; N. POLITO, *Articolo 118 u.c. della Costituzione. Un approfondimento sul "favoriscono"*, contributo reperibile in <http://www.astrid-online.it>.

¹⁶ In tal senso si esprimono S. BENVENUTI, S. MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, op. cit., 10.

¹⁷ Sul Codice del Terzo settore, di cui al d.lgs. n. 117/2017, cfr. tra gli altri: R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il ruolo del Terzo settore nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in Id., F. MANGANARO, V. MOLASCHI, D. SICLARI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 283 ss.; A. FOSSATI, *Terzo settore e altri soggetti senza scopo di lucro*, in Id., E. CODINI, S. A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, cit., 91 ss.; AA.VV., *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018.

comma, Cost.] in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi [...]».

Nello specifico, sono considerati enti del Terzo settore

«le organizzazioni di volontariato; le associazioni di promozione sociale; gli enti filantropici; le imprese sociali, incluse le cooperative sociali; le reti associative; le società di mutuo soccorso; ogni altro ente costituito in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione che persegue, senza scopo di lucro, finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma volontaria e di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritto nel registro unico nazionale del Terzo settore» (art. 4, comma 1, del Codice)¹⁸.

Il Codice dispone, altresì, che gli enti del Terzo settore svolgano una o più attività di interesse generale, elencate nel successivo art. 5 (rubricato proprio «attività di interesse generale»), operando in tal senso ancora un esplicito richiamo all'art. 118, comma 4, Cost. Le tipologie di attività che il Codice contempla sono molto numerose e comprendono, per quanto qui interessa, anche quelle aventi ad oggetto prestazioni sociali e socio-sanitarie¹⁹.

Nel Codice possono cogliersi spunti interessanti anche con riguardo alla disciplina del volontariato che, come si vedrà nel prosieguo, assume un ruolo determinante all'interno del processo di assistenza dei malati terminali con bisogni di cure palliative.

Lo «statuto giuridico» delle organizzazioni di volontariato trova infatti nella disciplina codicistica una propria regolamentazione, dapprima contenuta nella l. 11 agosto 1991, n. 266, legge-quadro sul volontariato. A ciò segue un complesso di disposizioni dedicate al «volontario e all'attività di volontariato», quale disciplina applicabile indistintamente a tutti gli enti del Terzo settore²⁰.

Nel legittimare le azioni del volontario poste in essere al di fuori della struttura organizzativa di un ente²¹, il Codice sembra inoltre conferire riconoscimento giuridico al fenomeno del c.d. «volontariato

¹⁸ Sul punto S. BENVENUTI, S. MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016, op. cit.*, osservano come nella Relazione al provvedimento, il Codice ammetta, accanto agli enti del Terzo settore «tipici» (le particolari categorie di enti del Terzo settore destinatari di una disciplina particolare di cui al Titolo V), enti del Terzo settore «atipici» in forma di associazione o fondazione, per non ingessare la libertà organizzativa degli enti, soprattutto quelli di nuova costituzione. In argomento v. P. CONSORTI, *La nuova definizione giuridica di Terzo settore*, in *Non Profit*, 3, 2017, 29 ss.

¹⁹ Cfr. art. 5, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, let. c).

²⁰ Cfr. articoli da 17 a 19, d.lgs. n. 117/2017. In particolare, ai sensi dell'art. 17, d.lgs. n. 117/2017 «Gli enti del Terzo settore possono avvalersi di volontari nello svolgimento delle proprie attività e sono tenuti a iscrivere in un apposito registro i volontari che svolgono la loro attività in modo non occasionale».

²¹ L'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 definisce il «volontario» come quella «persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore...». La pregressa disciplina, di cui alla l. 11 agosto 1991, n. 266, legge-quadro sul volontariato, non forniva esplicito riconoscimento al fenomeno del «volontario individuale»; anzi, sembrava preferire la sola attività svolta per il tramite di un'organizzazione cui il volontario doveva appartenere. In tal senso v. F. SANCHINI, *op. cit.*, 189.

individuale²². In coerenza con il disposto dell'art. 118, comma 4, Cost., le attività di interesse generale possono, dunque, essere svolte non solo da cittadini "associati", ma anche da "cittadini singoli"²³.

Le previsioni della riforma presentano spunti concreti: aiutano a tradurre in termini giuridici i principali riferimenti sociali del Terzo settore²⁴ e consentono di affrontare, nella prospettiva dei richiamati principi di rilievo costituzionale, il tema dei rapporti tra questi e gli enti pubblici.

3. La partecipazione del Terzo settore alla programmazione, progettazione ed organizzazione dei servizi sociali e socio-sanitari. Cenni alla disciplina lombarda

Individuata nel Codice la definizione normativa di Terzo settore, espressi i principi che ne riconoscono il valore e la funzione sociale, si può ora passare al tema del suo ambito di sviluppo, che comprende non solo la tradizionale produzione di beni e servizi a vantaggio di terzi nel sistema di *welfare*²⁵, ma anche le attività di partecipazione alla programmazione, progettazione ed organizzazione dei servizi sociali e socio-sanitari²⁶.

Viene innanzitutto in rilievo la l. 8 novembre 2000, n. 328, legge-quadro sul sistema integrato di interventi e servizi sociali, volta, fin dalla sua intitolazione, a creare un assetto di servizi alla persona come «sistema a rete», che vede la compresenza di strutture pubbliche e private nella programmazione e gestione dei servizi sociali.

La l. n. 328/2000 menziona i soggetti privati nell'ambito dell'art. 1, comma 4, senza, tuttavia, fornire una precisa definizione di Terzo settore – individuandoli quali «soggetti attivi» nella progettazione e realizzazione degli interventi (art. 1, comma 5). Lo stesso vale per il successivo d.p.c.m. 30 marzo 2001, che riconduce al Terzo settore tutti i soggetti privati senza scopo di lucro. Si dovrà, dunque, attendere la legge delega n. 106/2016 e il d.lgs. n. 117/2017 per giungere ad una dettagliata elencazione di tali enti²⁷.

²² In argomento v. L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale*, in *Non profit*, 2, 2017, 140 ss.

²³ Si richiama in tal senso la già citata sentenza della Corte costituzionale 28 febbraio 1992, n. 75, che definisce il volontariato come «paradigma dell'azione sociale», riferibile non solo alle associazioni di più individui, ma, ancor prima, agli individui singolarmente considerati.

²⁴ In argomento si vedano le riflessioni di R. COSTI, *Le linee portanti dell'ordinamento del terzo settore*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, giugno 2018, 11-18.

²⁵ Per quanto riguarda la dimensione "gestionale" dell'attività posta in essere dai soggetti del Terzo settore (l'erogazione dei servizi), occorre anzitutto ricordare che il nostro sistema di *welfare* si è da sempre contraddistinto per il ruolo svolto da soggetti privati nell'area dei servizi alla persona, consacrato nell'art. 38, comma 5, Cost., secondo cui «l'assistenza privata è libera».

²⁶ In argomento v. G. PASTORI, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza*, in Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", *Il nuovo welfare State dopo la riforma del titolo V. Sanità e assistenza a confronto. Atti del convegno – Roma, 17 maggio 2002*, Milano, 2005, 50.

²⁷ Sui soggetti del Terzo settore e sul loro ruolo nel sistema integrato di interventi e servizi sociali, cfr. R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il ruolo del Terzo settore nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in ID., F. MANGANARO, V. MOLASCHI, D. SICLARI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 279 ss.; E. ROSSI, *Linee guida sulla definizione di criteri e di modelli per la partecipazione del Terzo settore alla determinazione delle politiche pubbliche a livello locale*, in *Areté*, 2011, 5 ss.; ID., *Il futuro del Terzo settore nei servizi alla persona*, in *Areté*, 2010, 23 ss.; A. SANTUARI, *Il ruolo dei Comuni nell'erogazione dei servizi sociali: rapporto con le organizzazioni non profit e funzioni degli enti strumentali*, in <http://www.amministrazioneincammino.it>, dicembre 2002; S. LA PORTA, *Art. 5 Ruolo del Terzo settore*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi*

Giova, tuttavia, ribadire come la l. n. 328/2000, assieme al d.p.c.m. 30 marzo 2001 adottato in sua diretta esecuzione, abbiano conferito un ruolo significativo ai soggetti del Terzo settore, affrontano aspetti di assoluto rilievo in ordine al tema dei rapporti con la pubblica amministrazione.

In particolare, l'art. 1 della l. quadro, nella prospettiva di assicurare una concreta attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale, prescrive agli enti pubblici territoriali di riconoscere ed agevolare il ruolo degli organismi non lucrativi di utilità sociale, mentre il successivo art. 5 impone il ricorso a forme di aggiudicazione e negoziali che consentano ai soggetti operanti nel Terzo settore la piena espressione della propria progettualità²⁸.

Dal tenore di tali disposizioni si evince come la valorizzazione dell'apporto di tali soggetti vada oltre la mera erogazione delle prestazioni, a favore di una collaborazione in senso stretto²⁹, che comprende anche gli ambiti della programmazione e dell'organizzazione.

La l. n. 328/2000 fa riferimento, in particolare, al metodo della programmazione per definire gli obiettivi e per organizzare il sistema degli interventi e delle prestazioni sociali³⁰, indicando, quale principio guida per i piani che devono essere predisposti ai diversi livelli territoriali, il «coordinamento e l'integrazione» degli interventi di assistenza sociale «con gli interventi sanitari [...]» (art. 3, comma 2, lett. a).

A tal proposito si richiama lo strumento del Piano di Zona, quale atto definito dai Comuni associati in ambiti territoriali (d'intesa con le aziende sanitarie locali), che indica gli obiettivi strategici, le modalità organizzative dei servizi, i relativi mezzi di attuazione, le risorse finanziarie, strutturali e professionali³¹. La partecipazione degli enti non lucrativi alla programmazione locale si realizza mediante un loro intervento ai tavoli tematici di confronto e di programmazione sulle materie che compongono i Piani di zona, anche attraverso l'Accordo di programma, l'atto convenzionale per all'attuazione degli interventi indicati nel Piano, che richiede l'azione integrata di più soggetti, ivi compresi i soggetti non lucrativi accreditati.

Sempre in ambito sociale, il contributo innovativo del *non profit* assume rilievo con riguardo alla c.d. "co-progettazione" dei servizi. Quest'ultima, ai sensi dell'art. 7 del d.p.c.m. 30 marzo 2001, consiste in un accordo procedimentale di collaborazione tra pubblica amministrazione e Terzo settore, volto ad elaborare interventi innovativi e sperimentali in relazione a determinate problematiche sociali.

La funzione programmatica è altresì essenziale per realizzare una proficua integrazione dei servizi dell'area socio-sanitaria e che vede altresì coinvolti gli enti del Terzo settore.

Un aspetto determinante in tal senso è da ricercarsi nella finalizzazione e nella personalizzazione dei servizi alla persona, allo scopo di rendere effettivi i diritti fondamentali sottesi al diritto alla salute e all'assistenza sociale. Si pensi proprio alla medicina palliativa, laddove la "personalizzazione" del

sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del titolo V della Costituzione, Milano, 2006.

²⁸ Sul metodo della programmazione così come disegnato dalla l. n. 328/2000, cfr. E. JORIO, *Diritto dell'assistenza sociale*, Milano 2006, 111 ss.

²⁹ A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 174.

³⁰ Sulla "cultura dell'integrazione" come modo di attuazione dell'erogazione dei servizi sociali nella l. 8 novembre 2000, n. 328, si v. A. ALBANESE, *L'integrazione sociosanitaria*, cit., 183 ss.

³¹ Art. 19 l. n. 328/2000.

servizio diviene un aspetto primario del complesso processo di cura e di assistenza che coinvolge il paziente terminale.

In ambito sanitario e socio-sanitario la pianificazione di livello regionale³² prevede forme di partecipazione non solo delle autonomie locali, ma anche delle formazioni sociali private non aventi scopo di lucro³³.

Le Regioni, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, valorizzano, dunque, il ruolo del Terzo settore quale elemento d'integrazione nell'offerta dei servizi, quale co-attore nella programmazione, progettazione e realizzazione degli interventi a servizio della persona.

Si prenda ad esempio l'esperienza della Regione Lombardia.

Il modello di *welfare* lombardo si è delineato nei suoi tratti essenziali già a partire dagli anni '90 ispirandosi al principio di sussidiarietà e definendosi come "plurale":

«un modello di *welfare*, cioè, che riconosce la soggettività sociale di ogni attore [...] e la titolarità/capacità di ciascuno di contribuire al benessere comune (*welfare* e *well being*). È un *welfare* che valorizza la libertà e la responsabilità di ciascuno nel rispondere, secondo un proprio codice di azione, ai bisogni tradizionali ed emergenti»³⁴.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, che orienta il *welfare* lombardo, ha inoltre modificato anche il quadro delle politiche socio-sanitarie a favore di un assetto non più esclusivamente pubblico (*welfare state*), ma plurale (*welfare mix*) e partecipato (*welfare community*)³⁵.

Tra gli obiettivi della Regione Lombardia per la realizzazione di un modello di *welfare* sussidiario e plurale vi è, dunque, anche quello di promuovere lo sviluppo sociale e culturale del Terzo settore, potenziandone il ruolo nella programmazione e produzione dei servizi alla persona. Indicazioni in tal senso sono riscontrabili nella l.r. 12 marzo 2008, n. 3 «Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale e sociosanitario», il cui art. 3 dispone che

«nel quadro dei principi della presente legge e in particolare secondo il principio di sussidiarietà, concorrono alla programmazione, progettazione e realizzazione della rete delle unità di offerta sociali e

³² In ambito sanitario il procedimento che porta alla definizione del Piano regionale è sostanzialmente incentrato sulla dialettica tra Regione ed Enti locali rappresentati dalla Conferenza permanente; In argomento v. D. PARIS, *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 6, 2007, 983 ss.

³³ Cfr. l'art. 1, ult. comma, d.lgs. 30 dicembre 1992, modificato dal d.lgs. n. 229/1999: «Le istituzioni e gli organismi a scopo non lucrativo concorrono, con le istituzioni pubbliche e quelle equiparate di cui all'articolo 4, comma 12, alla realizzazione dei doveri costituzionali di solidarietà, dando attuazione al pluralismo etico-culturale dei servizi alla persona. Esclusivamente ai fini del presente decreto sono da considerarsi a scopo non lucrativo le istituzioni che svolgono attività nel settore dell'assistenza sanitaria e socio-sanitaria...».

Per un commento della predetta norma v. L. VANDELLI, C. BOTTARI, *Commento all'art. 1*, in F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 28 ss..

In generale sui temi della partecipazione e programmazione in sanità cfr. V. MOLASCHI, *La partecipazione nel servizio sanitario nazionale*, in A. CROSETTI, F. FRACCHIA, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 89 ss.

Nella medesima direzione la l. n. 328/2000 rimette alla pianificazione regionale l'obiettivo di assicurare l'integrazione degli interventi sociali con l'attività sanitaria e socio-sanitaria.

³⁴ Irer Lombardia, *Rapporto di fine legislatura*, Milano, 2010.

³⁵ Sulle politiche di welfare nella X legislatura regionale v. C. GORI (a cura di), *Il welfare delle riforme? Le politiche lombarde tra norme ed attuazione*, Santarcangelo di Romagna, 2018.

sociosanitarie, secondo gli indirizzi definiti dalla Regione: [...] c) i soggetti del terzo settore, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e gli altri soggetti di diritto privato che operano in ambito sociale e sociosanitario»³⁶.

Va inoltre considerato il progressivo rafforzamento del *non profit* come soggetto programmatore e gestore di servizi, interventi e progettualità in area socio-sanitaria.

Il tema è presente nella legge di riordino del sistema socio-sanitario lombardo, la l. reg. 11 agosto 2015, n. 23, che fa espresso riferimento anche agli enti del Terzo settore. Si legge infatti che

«le Asst garantiscono e valorizzano il pluralismo socioeconomico, riconoscendo il ruolo della famiglia, delle reti sociali e degli enti del terzo settore, quali componenti essenziali per lo sviluppo e la coesione territoriale e assicurano un pieno coinvolgimento degli stessi nell'erogazione dei servizi e delle prestazioni»

(art. 7, comma 3)³⁷.

Di sicura rilevanza sono, altresì, le previsioni del Codice del Terzo settore, che si riferiscono all'attività di co-programmazione e di co-progettazione degli interventi e dei servizi nell'ambito delle «attività di interesse generale», di cui all'art. 5. Coerentemente con il principio di sussidiarietà orizzontale, le modalità di raccordo tra pubblica amministrazione e Terzo settore potranno, quindi, realizzarsi in tutti quei settori di «interesse generale» in cui il Terzo settore può operare.

Il Codice del Terzo settore disciplina il coinvolgimento dei soggetti privati nelle attività di programmazione e progettazione nel Titolo VII, rubricato «Dei rapporti con gli enti pubblici», il cui art. 55 stabilisce che tutte le amministrazioni pubbliche,

«nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi [il richiamo va alle attività di «interesse generale»³⁸], assicurano il coinvolgimento attivo

³⁶ La l.r. n. 3/2008, a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 23/2015, diviene legge riferita esclusivamente all'ambito dei servizi alla persona nell'area sociale. Viene eliminato, dunque, a partire dal titolo della legge e in tutta l'articolazione della stessa, ogni riferimento al socio-sanitario.

³⁷ Secondo V. GHETTI, *La governance lombarda*, in C. GORI (a cura di), *op. cit.*, 73 ss. con la l.r. n. 23/2015 il legislatore lombardo sembra, tuttavia, privilegiare la relazione con gli Enti del Terzo settore in quanto gestori di servizi, allestendo spazi di confronto tecnico su questioni specifiche inerenti alla regolazione del *welfare* lombardo, e riferendosi dunque agli stessi prioritariamente come erogatori e non nel loro ruolo di rappresentanti istituzionali e di *advocacy*. Sempre secondo l'Autrice, sembra, dunque, che l'asse della legislatura sia cambiato, più in favore del sostegno alla titolarità pubblica di alcune funzioni, più attento alla presa in carico, che alla programmazione del sistema di offerta

Ciò risulta evidente, ad esempio, quando è stata approvata la legge di riforma del sistema socio-sanitario lombardo che – nonostante la sua rilevanza e i lunghi mesi dedicati alla sua gestazione – ha visto un limitato coinvolgimento del Terzo settore, diversamente da quanto è avvenuto con il percorso di confronto che aveva anticipato la legge sul governo della rete (l.r. n. 3/2008).

³⁸ Occorre far notare che l'attuale formulazione inserita nel Codice del Terzo settore postula un allargamento dell'ambito di applicazione delle attività di co-programmazione rispetto a quello previsto dalla l. n. 328/2000 e dal d.p.c.m. 30 marzo 2001. Tale mutamento è indice della diversa percezione del Terzo settore: se fino all'entrata in vigore del Codice, esso era considerato prevalentemente riferito ai servizi sociali, la nuova disposizione lo vede coinvolto in tutte le attività di interesse generale. In argomento si vedano le riflessioni di P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., 140.

degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento»³⁹.

La predetta disposizione definisce l'attività di co-programmazione come «l'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili».

Nell'ottica di «integrare conoscenza, competenze e risorse per costruire visioni e programmi condivisi»⁴⁰, amministrazione pubblica e soggetti del Terzo settore collaborano a partire dall'individuazione dei bisogni del territorio, sino alla valutazione delle risorse da impiegare, non limitate a quelle pubbliche, ma estese anche a quelle private *profit* e *non profit*⁴¹.

L'attività di co-progettazione, che si pone in una logica consequenziale rispetto a quella di programmazione, è, nel testo del Codice, finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento, volti a soddisfare bisogni che sono definiti alla luce degli strumenti di programmazione.

Mentre la co-programmazione si sostanzia in una forma di partecipazione, c'è chi ritiene⁴² che la co-progettazione sia espressione anch'essa di partecipazione, ma anche, concretamente, di gestione di un servizio.

Sul punto, si osserva che tale processo non intende sostituire, sul piano delle decisioni, l'azione di governo, che resta tale. L'introduzione di nuovi strumenti di *governance* è tesa, invece, a rafforzare la fase istruttoria delle decisioni politiche⁴³.

L'importanza degli istituti di cui all'art. 55 del Codice è stata messa in rilievo dalla Corte costituzionale nella recente sentenza 26 giugno 2020, n. 131⁴⁴, che ha approfondito, in particolar modo, il rapporto (non solamente sinallagmatico) tra soggetti pubblici e soggetti del privato sociale.

³⁹ In argomento si vedano le riflessioni di E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice del Terzo settore*, in *Non Profit*, 2017, 170-171.

⁴⁰ F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, 272.

⁴¹ Quanto ai criteri per l'individuazione da parte della pubblica amministrazione dei soggetti con cui svolgere detta attività, non viene indicata la necessità di forme di accreditamento o di procedure concorsuali, ma ci si limita a richiamare il «rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti e in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona». Critiche al riguardo sono mosse da P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., 142. Diversamente, per l'attività di co-progettazione (su cui si dirà subito dopo), l'art. 55, comma 4, del Codice prevede una procedura specifica per l'individuazione degli Enti del Terzo settore, diretta espressione dei principi di trasparenza e *par condicio* sanciti dalla normativa dell'Unione europea.

⁴² Cfr. L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2018, 8.

⁴³ Cfr. G. TIBERI, *op. cit.*, 1 ss.

⁴⁴ Il caso riguardava la legge Regione Umbria n. 2/2019, che nel riconoscere e disciplinare le cooperative di comunità, prevedeva, tra l'altro, che la Regione, «riconoscendo il rilevante valore sociale e la finalità pubblica della cooperazione in generale e delle cooperative di comunità in particolare» disciplinasse «le modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accredimento previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) [...]». Il Governo ha proposto ricorso alla Consulta, sostenendo che una siffatta formulazione non sia rispettosa del Codice del Terzo settore, nella parte in cui finisce per ammettere a co-programmazione, co-progettazione e accreditamento anche cooperative di comunità, non in possesso della qualifica di ente del Terzo settore. La Corte costituzionale ha risolto la questione in via interpretativa, affermando che gli istituti

La Consulta ha ritenuto che la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» si configurino come fasi di un procedimento complesso, espressione, ai sensi dell'art. 55 del Codice del Terzo settore, di un legame tra il pubblico ed il privato sociale «alternativo a quello del profitto e del mercato», e, dunque, fondato, come vuole il principio di sussidiarietà orizzontale, su una prassi collaborativa, nella comune finalità di perseguire l'interesse generale della comunità.

Si tratta di un modello che si fonda

«sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

Nel proprio dispositivo, la Corte si richiama all'ispirazione personalista che attraversa tutta la nostra Costituzione, ricordando la «profonda socialità» che connota la persona umana in quanto capace di realizzare una «azione positiva e responsabile», sottolineando che le relazioni di solidarietà – all'origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità – costituiscono un fattore fondamentale per lo sviluppo sociale, culturale ed economico.

Alla luce della rilevanza dei contenuti enunciati, è evidente come la sentenza in commento, nel valorizzare l'apporto degli enti del Terzo settore nel perseguimento dell'interesse generale, costituisca un importante punto di riferimento per delineare i rapporti tra questi e la pubblica amministrazione.

4. Il ruolo determinante del Terzo settore e, in particolare, del volontariato per combattere il rischio di un'eccessiva “sanitarizzazione” del sistema di cure palliative

Con riguardo al coinvolgimento del Terzo settore nell'ambito della medicina palliativa, si conferma il valore dello stesso come parte integrante e qualificante del percorso di assistenza al malato, contribuendo allo sviluppo delle reti di cure palliative attraverso la gestione diretta delle unità d'offerta e con forme di sostegno economico.

Contestualmente, il volontariato, diffuso e coordinato, risponde ai bisogni di relazione e di inclusione sociale dei malati e delle famiglie, garantisce alle strutture il necessario radicamento nel territorio e promuove la conoscenza del valore delle cure palliative.

I principali riferimenti normativi in materia vanno alla l. n. 38/2010, di cui si è già fatto cenno, e all'Intesa siglata in data 25 luglio 2012, in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano per la «definizione dei requisiti minimi e delle modalità organizzative necessari per l'accreditamento delle strutture di assistenza ai malati in fase terminale e delle unità di cure palliative e della terapia del dolore». Completa il quadro dei principali

dell'art. 55 del Codice del Terzo settore, richiamati dalla legge regionale, non possano trovare applicazione qualora le cooperative di comunità non siano anche in possesso della qualifica di Enti del Terzo settore.

Per un commento alla sentenza v. L. GORI, *Co-progettazione, la sponda della Consulta*, in <http://www.vita.it>, 26 giugno 2020; Id., *Sentenza n. 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in <http://rivistaimpresasociale.it>; giugno 2020; E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2020; A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo settore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020.

provvedimenti normativi il d.p.c.m. 12 gennaio 2017 di aggiornamento dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), che recepisce la normativa progressivamente adottata e definisce i livelli di assistenza nell'ambito della rete locale di cure palliative⁴⁵.

Il ruolo dei soggetti del Terzo settore è indicato in più passaggi della l. n. 38/2010: all'art. 4, comma 1, laddove le «organizzazioni private senza scopo di lucro impegnate nella tutela dei diritti in ambito sanitario ovvero operanti sul territorio nella lotta contro il dolore e nell'assistenza nel settore delle cure palliative» sono coinvolte in «campagne istituzionali di comunicazione destinate a informare i cittadini sulle modalità e sui criteri di accesso alle prestazioni e ai programmi di assistenza in materia di cure palliative e di terapia del dolore»; all'art. 8, dove sono previsti percorsi formativi obbligatori ai fini dello «svolgimento di attività professionale nelle [...] organizzazioni senza scopo di lucro operanti nell'ambito delle due reti per le cure palliative e per la terapia del dolore [...]»; all'art. 9, laddove per il «monitoraggio ministeriale per le cure palliative e per la terapia del dolore» è prevista la collaborazione anche delle «organizzazioni senza scopo di lucro operanti nei settori delle cure palliative e della terapia del dolore».

Inoltre, come soggetto erogatore della rete, il Terzo settore rappresenta un possibile punto di accesso ad essa, ed è quindi chiamato a gestire la valutazione multidimensionale dei bisogni, a verificare l'appropriatezza dei criteri di eleggibilità delle persone al sistema di cure palliative e a progettare la loro presa in carico nel *setting* più appropriato.

Tra i soggetti del Terzo settore coinvolti nelle reti di cure palliative le associazioni di volontariato⁴⁶ rivestono un ruolo di primo piano, in virtù del loro radicamento sul territorio e della loro capacità di operare da *trait d'union* tra i luoghi di cura e l'ambito in cui operano.

Nell'ambito della medicina palliativa, il volontario è una persona che opera all'interno delle reti, ponendo al centro del suo operato il malato inserito nel suo contesto socio-familiare, lo accompagna nel percorso di malattia – anche in fase terminale – e lo sostiene con interventi coordinati e integrati con l'*équipe* curante, sviluppando un'efficace relazione di aiuto con il malato stesso e con la famiglia. Il volontario, nel prestare la propria opera in *hospice* o a domicilio, diviene così un membro dell'*équipe* multi-professionali di assistenza e come tale concorre a determinare, attraverso la propria professionalità, l'organizzazione dei servizi e la qualità della cura offerta. Un aspetto che lo contraddistingue è, infatti, la sua inclinazione a coinvolgere una pluralità di attori e portatori d'interesse, creando spazi di discussione che favoriscono la condivisione e la co-decisione.

Con la propria opera, esso contribuisce, peraltro, a combattere il fenomeno della c.d. "sanitarizzazione" dei servizi⁴⁷, favorendo, ove possibile, il reinserimento della persona malata nel proprio contesto di vita.

⁴⁵ Il riferimento va agli artt. 21, 23, 31 e 38 del d.p.c.m. 12 gennaio 2017.

⁴⁶ Sul volontariato v. gli scritti di F. G. ARENA, *Il volontariato, una risorsa per la democrazia. Ma come?*, in *Labsus*, 2012, in http://www.labsus.org/index.php?option=com_content&view=article&id=3191:il-volontariato-una-risorsa-per-la-democrazia-ma-come&catid=92:home-page-di-sezione&Itemid=40; Id., *Volontariato, sussidiarietà, beni comuni*, in G. TURUS, L. CAPALBO (a cura di), *Per una cittadinanza responsabile*, Padova, 2011, 35-54; Id., *I veri soggetti della sussidiarietà: volontari e cittadini attivi*, in *Labsus*, 2010, http://www.labsus.org/index.php?option=com_content&task=view&id=2435&Itemid=163.

⁴⁷ Il concetto di "sanitarizzazione" dei servizi può essere inteso come il prevalere di forme di cura e di assistenza, tipicamente "sanitarie", sui processi e le relazioni sociali. Sul concetto di "sanitarizzazione" dei servizi nel *welfare*

In particolare, la medicalizzazione dei servizi in favore delle persone con bisogni di cure palliative può essere rappresentata come una sorta di amplificazione ed enfattizzazione dei soli aspetti sanitari, a discapito di quelli socio-assistenziali, che si è visto essere altrettanto necessari.

Proprio perché il volontario non svolge solo una fondamentale opera di raccordo nella comunità, ma garantisce anche una strategica funzione di *provider* di servizi, rappresenta una necessità strutturare per lo stesso un percorso formativo omogeneo. Ciò trae origine da una serie di fattori: la complessità contestuale in cui il volontariato opera, la specificità del profilo assunto all'interno dei contesti di cura e l'essere parte integrante dell'*équipe* multidisciplinare.

In tal senso, la l. n. 38/2010⁴⁸ evidenzia l'esigenza di definire per i volontari percorsi formativi omogenei su tutto il territorio nazionale, al fine di conferire maggiore certezza e uniformità all'attività formativa e garantire l'acquisizione di competenze che superino la personale e spontanea iniziativa, per assicurare al malato e alla sua famiglia cure palliative di elevata qualità.

Anche l'intesa in Conferenza permanente Stato-Regioni del 25 luglio del 2012 e la più recente del 9 luglio 2020 definiscono profili formativi omogenei per le attività di volontariato nell'ambito delle reti di cure palliative e di terapia del dolore, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, della l. n. 38/2010.

A livello regionale, la d.g.r. 28 novembre 2016 n. 5918 della Regione Lombardia segue l'evoluzione della normativa nazionale e l'attuazione della l.r. n. 23/2015, ponendosi come obiettivo quello di «costruire sinergie e connessioni organizzative tra i vari livelli di erogazione, tra ospedale e territorio, tra sanitario, socio-sanitario e sociale, tra settore pubblico, privato e organizzazioni *non profit*, in un'ottica di *empowerment* del malato, della famiglia e della comunità locale».

Essa promuove e facilita la presenza nei nodi della rete di volontari con formazione specifica in cure palliative, sulla base di protocolli d'intesa e documenti formalizzati che regolino l'attività, le responsabilità, le forme di integrazione tra l'*équipe* professionale e la componente di volontariato, prevedendo, a tal fine, processi di selezione, di formazione di base e continua dei volontari.

Sempre secondo la d.g.r. n. 5918/2016, i rappresentanti del Terzo settore e del volontariato fanno parte del Gruppo di lavoro (costituito anche da professionisti esperti e dai direttori dei Dipartimenti di cure palliative, quando presenti) che opera nella struttura di coordinamento della Rete regionale di cure palliative, con il compito di monitorare lo stato di realizzazione della stessa e fornire linee di indirizzo circa l'implementazione e la qualità dei servizi erogati⁴⁹.

lombardo, con particolare riguardo alle persone disabili, v. G. MERLO, *L'importante è la Salute e non la sanità. La sanitarizzazione nei servizi per le persone con disabilità in Regione Lombardia*, in <http://www.lombardiasociale.it>, 12 aprile 2017; Id., *La complicata vita delle unità di offerta per le persone con disabilità*, in <http://www.lombardiasociale.it>, 7 maggio 2017; Id., *Sanitarizzazione: la responsabilità è anche nei servizi?*, in <http://www.lombardiasociale.it>, 17 maggio 2017.

⁴⁸ Cfr. l'art. 8 della l. n. 38/2010.

⁴⁹ Interessanti sono anche altre esperienze regionali che, al fine di contribuire ad un buon funzionamento delle reti di cure palliative e per garantire la continuità dei percorsi integrati di cura, coinvolgono le associazioni di volontariato, attribuendo particolare rilievo alla figura del volontario direttamente coinvolto nell'assistenza del malato e della sua famiglia. Ad esempio, la l.r. 1 aprile 2019, n. 7 della Regione Marche, che detta «Disposizioni per garantire una buona vita fino all'ultimo e l'accesso alle cure palliative», ribadisce l'importanza di sviluppare una rete regionale di cure palliative diffusa, ma allo stesso tempo integrata, in grado di garantire la disponibilità di team multidisciplinari, composto da figure mediche e socio-sanitarie supportate anche da organizzazione di volontariato, in grado di pianificare «attività orientate alla promozione e al mantenimento "dell'agio" in un'ottica

5. Le cure palliative nella pandemia da Covid-19 e la risposta del Terzo settore all'emergenza sociale. Cenni conclusivi

Nel drammatico momento segnato dalla pandemia da Covid-19, le reti di cure palliative sono state parte attiva dell'emergenza sin dal suo esordio.

Con il crescere dei contagi e della diffusione del virus negli ambienti ospedalieri, residenziali e domiciliari, con un *target* di soggetti maggiormente colpiti, rappresentato soprattutto da malati fragili e anziani, con una mortalità in alcune zone molto elevata, si è entrati in una fase in cui l'emergenza è divenuta sinonimo di fine vita e di morte⁵⁰.

Se da un lato, la medicina palliativa è stata costantemente impegnata nel garantire una morte dignitosa alle persone affette da Covid, non rispondenti o escluse da trattamenti intensivi poiché presentavano sintomatologia complessa e refrattaria, dall'altro, il sistema delle cure palliative ha dovuto rimodulare le proprie modalità assistenziali nei diversi *setting* di cura per rispondere al meglio alle necessità emergenziali.

L'isolamento imposto dalle misure di contenimento del virus e la brevità della durata media dei ricoveri hanno, tuttavia, fatto emergere un forte squilibrio tra la parte clinico-assistenziale e quella comunicativa-relazionale (di competenza, per taluni aspetti, del volontariato) con una decisa prevalenza della prima sulla seconda. La comunicazione con i malati e con i familiari si è, dunque, rilevata una costante criticità.

Se durante la fase emergenziale, il volontariato ha visto un limitato coinvolgimento nei programmi di assistenza dei malati nel *setting* delle cure palliative, per via delle restrizioni che hanno stravolto il sistema, il suo apporto in altri ambiti si è dimostrato strategico⁵¹.

Si pensi alla sua opera come valido aiuto e sostegno nella consegna della spesa e dei farmaci per le persone più fragili, che sono rimaste a casa nel periodo di *lockdown*; come grande attore di costruzione della qualità delle relazioni, che ha agito sul piano dell'interlocazione istituzionale, della comunicazione con i soggetti con bisogni sociali e dell'approvvigionamento e consegna a domicilio dei dispositivi di protezione individuale⁵².

Interessante è la strategia adottata da alcune province, che hanno reagito in modo coordinato per rispondere ai bisogni di assistenza generati dalla pandemia, coinvolgendo sia attori pubblici che privati del territorio. Nella provincia di Bergamo, ad esempio, area maggiormente colpita dall'emergenza sanitaria, il Consiglio di Rappresentanza dei Sindaci (organo di rappresentanza di tutti i sindaci dei 243

di cambiamento, sviluppo e trasformazione, finalizzata al miglioramento della qualità di vita dei pazienti e dei loro familiari» (art. 6). Nella Regione Veneto, la d.g.r. 28 febbraio 2017, n. 208, volta all'«Individuazione del modello assistenziale di rete delle cure palliative e della terapia del dolore...», individua il «Nucleo di Cure Palliative (NCP)», come un'organizzazione funzionale multiprofessionale, parte integrante dell'Unità Operativa di Cure Palliative (UOCP), con compiti di assistenza. Ne fanno parte oltre al personale sanitario dedicato, altre professionalità ed il volontariato.

⁵⁰ AA.VV., *Le cure palliative nella pandemia da SARS-CoV-2: esperienze italiane e internazionali a confronto*, in *Rivista italiana di cure palliative*, maggio 2020, 54.

⁵¹ Redazione, *Coronavirus e volontariato, come continuare a fare attività?*, in <http://www.vita.it>, marzo 2020.

⁵² Sul ruolo delle organizzazioni di volontariato e del Terzo settore durante l'emergenza sanitaria e sociale da Covid-19, si rimanda a A. SEMINATI, *Covid-19: un volontariato diverso*, in <http://www.lombardiasociale.it>, luglio 2020.

comuni della bergamasca), in accordo con ATS e Protezione civile, ha dato vita alle UTES – Unità territoriali per la gestione dell'emergenza sociale⁵³. Pur rappresentando realtà a supporto dei servizi sociali, che offrono sostegno ai Comuni nella gestione del flusso di pazienti dimessi dagli ospedali e in relazione ai servizi domiciliari, le Utes hanno anche il compito di potenziare l'assistenza domiciliare territoriale e di rafforzare la gestione dell'integrazione socio-sanitaria; esse rappresentano, quindi, uno snodo importante rispetto al lavoro di rete sul territorio, che comprende non solo i Comuni ma anche i soggetti del Terzo settore per la co-progettazione e l'erogazione dei servizi di assistenza.

I temi sin qui trattati stimolano alcune brevi riflessioni conclusive.

La promozione di un'efficace strategia di prevenzione, di assistenza territoriale e di integrazione socio-sanitaria presuppone un ripensamento della *governance* del sistema, dei modelli organizzativi e delle relazioni tra gli attori coinvolti soprattutto a livello territoriale.

Ma in quale direzione?

È evidente come la tradizionale distinzione tra "sanitario" e "sociale" tenda a svanire di fronte all'emergere di nuovi e complessi bisogni di cura, cui soltanto una risposta integrata può fornire adeguata risposta⁵⁴.

Se da un lato la situazione di emergenza ha confermato la forza del nostro Servizio sanitario nazionale, in relazione agli aspetti dell'universalità e della qualità della cura, dall'altro ha messo a nudo la fragilità di un sistema che mette al centro l'assistenza ospedaliera, a discapito di un sistema socio-sanitario territoriale, che, a sua volta, si è rilevato non sufficientemente articolato ed organizzato⁵⁵.

L'ospedale non può costituire la sola risposta alla domanda di salute, ma diventa il luogo dove concentrare i grandi interventi, gli eventi acuti e che sposta sul "territorio" la prevenzione e in parte anche l'assistenza ai malati, non solo di tipo medicale. La "territorializzazione", che designa la presa in carico dei soggetti bisognosi attraverso interventi mirati, in funzione delle esigenze di uno specifico territorio, e la personalizzazione delle prestazioni e dei programmi di intervento, rappresentano, mai come oggi, importanti finalità delle politiche di integrazione socio-sanitaria.

Sarebbe dunque auspicabile che il contesto delle cure sposti il proprio baricentro sempre di più verso il territorio, con modelli a rete di assistenza personalizzata a forte integrazione socio-sanitaria e a forte coinvolgimento dei pazienti e delle loro famiglie.

In tale scenario, gli enti del Terzo settore, in quanto rappresentativi della "società solidale", sarebbero in grado di formare sul territorio una rete capillare di vicinanza e di solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale⁵⁶. Il loro contributo può rivelarsi indispensabile sia nel processo di informazione e raccolta di dati in favore dell'ente pubblico, che nella risposta ai nuovi emergenti bisogni sociali, mediante un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò potrebbe produrre effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e

⁵³ Deliberazione del Direttore generale dell'Ats di Bergamo 1° aprile 2020, n. 248.

⁵⁴ Sul tema dell'integrazione socio-sanitaria e Covid-19, cfr. V. MOLASCHI, *Integrazione socio-sanitaria e Covid-19: alcuni spunti di riflessione*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2, 2020.

⁵⁵ F. CAPOBIANCO, M.C. PERRELLI, L. SCAROLA, *Covid-19: Le lezioni (non) apprese della Fase 0*, in <http://www.vita.it>, aprile 2020.

⁵⁶ In argomento cfr. G. GALERA, *Verso un sistema sanitario di comunità. Il contributo del Terzo settore*, in *Impresa sociale*, 2, 2020.

delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno"⁵⁷. Inoltre, la propensione del Terzo settore a innescare processi partecipativi, che porta alla costruzione di modelli organizzativi fortemente inclusivi nei tavoli di programmazione e di co-progettazione, potrebbe essere maggiormente valorizzata per coagulare professionalità diverse, per disegnare percorsi di cura integrati, per costruire alleanze a livello territoriale, nell'ottica del potenziamento di una medicina di prossimità. Per far ciò molto dipende da quanto il privato sociale sia capace, nel leggere i bisogni del territorio, di individuare risposte innovative ed efficaci⁵⁸ e da quanto le istituzioni pubbliche sappiano rapportarsi con esso nella costruzione della rete dei servizi.

In tale direzione si muove il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. Decreto Rilancio, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito nella l. 17 luglio 2020, n. 77, laddove dispone che il Ministero della salute, sulla base di un'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, coordinerà la sperimentazione, per il biennio 2020-2021, di

«strutture di prossimità per la promozione della salute e per la prevenzione, nonché per la presa in carico e la riabilitazione delle categorie di persone più fragili, ispirate al principio della piena integrazione socio-sanitaria, con il coinvolgimento delle istituzioni presenti nel territorio, del volontariato locale e degli enti del Terzo settore senza scopo di lucro» (art. 1, comma 4 *bis*, d.l. n. 34/2020, introdotto dalla l. n. 77/2020)⁵⁹.

Anche nell'ambito della medicina palliativa, risulta strategico operare un riequilibrio di attività e risorse tra ospedale e territorio, garantendo l'integrazione tra i diversi *setting* assistenziali nella cura dei malati terminali.

Ciò può avere riflessi importanti anche per la valorizzazione delle funzioni del volontariato, che costituisce un elemento di qualità e di diversificazione nell'ottica di un'umanizzazione delle cure palliative. Un primo passo in tal senso è senza dubbio il riconoscimento del valore del volontariato nella medicina palliativa, oggetto dell'Intesa in Conferenza Stato-Regioni del 9 luglio 2020, che interviene sui profili formativi omogenei per il volontariato nelle reti di cure palliative e di terapia del dolore. L'Intesa, come visto, raccomanda che le organizzazioni che gestiscono attività di volontariato in cure palliative uniformino i loro processi di selezione, formazione ed organizzazione.

A questo scopo, l'auspicio è che la pandemia sia l'occasione per avviare una nuova stagione, che incrementi sia la dimensione territoriale della sanità che la dimensione sociale della medicina, che sappia armonizzare le competenze dei diversi professionisti coinvolti e che valorizzi il ruolo del Terzo settore⁶⁰ all'interno del sistema di assistenza e cura.

⁵⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 131/2020 con commento di L. GORI, *Co-progettazione, la sponda della Consulta*, cit.

⁵⁸ P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., 151.

⁵⁹ Sempre nell'ambito della sperimentazione, la norma prevede che i progetti proposti dalle strutture di prossimità devono prevedere modalità di intervento che riducano le logiche di istituzionalizzazione, favoriscano la domiciliarità e consentano la valutazione dei risultati ottenuti anche attraverso il ricorso a strumenti innovativi quali il budget di salute individuale e di continuità.

⁶⁰ In argomento cfr. B. DENTE, *Dopo il Coronavirus. Che fare del sistema sanitario? Ovvero le possibili conseguenze strutturali dell'epidemia*, in <http://www.welforum.it>, 22 aprile 2020; G. GALERA, *Verso un sistema sanitario di comunità. Il contributo del Terzo settore*, cit., 2, 2020, 88 ss.

Essays

Diventa peraltro fondamentale potenziare l'approccio palliativo, la presa in carico precoce e la continuità dell'assistenza, garantendo cure palliative e terapia del dolore in una prospettiva di integrazione e complementarità.



I fantasmi del diritto. Alcune riflessioni sul trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero

Enrico Daly*

GHOSTS OF LAW. REFLECTIONS ON COMPULSORY COMMUNITY TREATMENT

ABSTRACT: This essay addresses the issue of compulsory community treatment (CCT) in psychiatry. The existence of this legal instrument is controversial because it is arguably incompatible with the constitutional rules and the saving clause required for all mandatory health treatments. After analyzing the evolution of the institute over time, this essay focuses on the Recommendations of the Conference of the Regions (29 April 2009). The way the CCT is characterized and operationalized led to its increasing use by territorial psychiatric services.

KEYWORDS: psychiatry; Basaglia Law; mandatory health treatments; TSOE; Conference of the Regions

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il TSO ospedaliero – 3. Il TSO extraospedaliero (TSOE) – 3.1. Il TSOE come atto prodromico del TSO ospedaliero – 3.2. Il TSOE come istituto autonomo – 3.3. L'opzione "politica" per il TSOE – 4. Le linee-guida delle Regioni – 5. La libertà personale: principio di legalità e riserva di legge – 6. Tra Stato e Regioni.

1. Introduzione

Chiunque, nell'ultimo decennio, si fosse occupato del tema dei trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale, si sarebbe imbattuto nell'istituto del TSOE: una ricerca più approfondita sul significato dell'acronimo avrebbe condotto a consultare una pluralità di siti istituzionali (che vanno dai siti internet delle Regioni a quelli delle singole Asl) contenenti le linee-guida in materia di trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero. Tale istituto ha dunque un proprio *nomen iuris* che ne attesta e sancisce l'esistenza, viene individuato da un acronimo (TSOE) che ad esso conferisce una dignità burocratica ed è strutturato come uno strumento tecnico-giuridico dotato di una propria autonomia: nelle linee-guida sono indicati i presupposti in base ai quali attivare il trattamento in questione, è delineato in modo preciso e puntuale il procedimento amministrativo a cui ricorrere e, negli allegati, compare la modulistica (molto dettagliata) da compilare per sottoporre un paziente psichiatrico a TSOE. Da Monza a Ragusa (tanto per citare i primi siti delle Asl restituiti da Google) la procedura pare essere omogenea, disciplinata allo stesso modo su tutto il territorio della penisola, ormai acquisita sia dal punto di vista amministrativo che come strumento terapeutico.

* PhD student in Filosofia del Diritto; Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Milano-Bicocca. Mail: e.daly@campus.unimib.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

Una simile ricerca rende agevole l'individuazione dell'istituto del TSOE e la conoscenza delle relative procedure burocratico-amministrative. Molto più difficile e complicato sarebbe riuscire a enucleare tale istituto giuridico semplicemente esaminando la legge, cioè quella fonte del diritto che dovrebbe essere la *sedes materiae* costituzionalmente prevista per la statuizione di un trattamento sanitario obbligatorio, ancorché extraospedaliero. Alla luce delle prescrizioni legislative, infatti, il TSOE si presenta come un "istituto-fantasma": appare e scompare dal panorama giuridico a seconda delle capacità interpretative di chi, in un dato periodo storico, si dedica all'esame e all'analisi della L. n. 833/1978, la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, normativa che ha recepito al proprio interno, con lievi modifiche, la L. n. 180/1978 (la cd. legge Basaglia). Nella legge, infatti, il TSOE non ha un proprio *nomen iuris*: l'art. 34, 4° co., della L. n. 833/1978 si limita, semplicemente, a fare riferimento a non meglio specificate "misure sanitarie extraospedaliere"; i presupposti dell'istituto *de quo* non sono individuati in modo chiaro e preciso, e lo stesso procedimento amministrativo si presenta oscuro e contraddittorio, in alcuni punti palesemente contrastante con il dettato costituzionale. L'istituto del TSOE, presente con netta chiarezza nelle linee-guida di Regioni e Asl, nella legge si fa evanescente, tanto che si potrebbe – o, secondo alcuni giuristi, addirittura si dovrebbe – dubitare della sua esistenza.

2. Il TSO ospedaliero

L'art. 34, 4° co., della L. n. 833/1978 enuncia i presupposti per sottoporre un paziente psichiatrico a TSO ospedaliero (in alcune linee-guida si utilizza l'acronimo TSOO). Così si esprime la legge:

«Il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale può prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera solo se esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere».

In questa enunciazione sono contenuti i principi fondamentali della riforma psichiatrica del 1978, nella quale trova espressione una nuova concezione della malattia mentale e una diversa considerazione dei pazienti psichiatrici. In primo luogo, occorre rilevare come il trattamento sanitario obbligatorio possa essere attivato solo per curare una *persona*, unicamente per affrontare una *malattia*: il dovere del medico è quello di «agire in senso terapeutico, facendosi carico della salute psichica della persona, invece che della difesa della società»¹. Si tratta davvero di una "rivoluzione copernicana": vengono abbandonate, infatti, le categorie della pericolosità sociale e del pubblico scandalo, le quali costituivano i presupposti giuridici dell'internamento secondo i criteri espressi nella legge manicomiale del 1904. In secondo luogo, la legge si concentra sull'elemento del *consenso* del paziente quale manifestazione della libertà di quest'ultimo, proprio perché il TSO non è concepito come uno strumento meramente sostitutivo del consenso della persona, ancorché affetta da gravi alterazioni psichiche. L'art. 33, 5° co., della L. n. 833/1978, infatti, così stabilisce: «Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori [...] devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato». Gli operatori sanitari devono dunque «farsi carico della libertà del malato»²,

¹ M. COLUCCI, P. DI VITTORIO, *Franco Basaglia*, Milano, 2001, 299.

² *Ivi*, 301.

al quale è riconosciuto, «per quanto possibile», il «diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura» (art. 33, 2° co., della L. n. 833/1978). I diritti del paziente possono essere assicurati solo se la *risposta del servizio psichiatrico* è efficiente e adeguata. Al riguardo giova riportare le parole di Franco Basaglia:

«Il trattamento sanitario obbligatorio si giustifica solo di fronte all'urgenza, al rifiuto della persona e se "non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere". Il che significa che trattamento sanitario obbligatorio come necessità indica quantomeno un doppio ordine di problemi: da un lato la difficoltà del soggetto, ma dall'altro la risposta del servizio, che ricorre al ricovero in ospedale psichiatrico in quanto non ha saputo o potuto organizzare altre misure tempestive ed idonee»³.

Questo è, dunque, il terzo punto sul quale si concentra la legge, cioè la capacità del servizio psichiatrico territoriale di "rispondere" in modo tempestivo e idoneo ai "bisogni" degli utenti: la legge impone un'organizzazione del servizio psichiatrico che sia in grado di fornire risposte terapeutiche efficaci sul territorio, in modo tale da evitare il ricorso a trattamenti obbligatori in regime di degenza ospedaliera, le "tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere" non implicando, di per sé, la possibilità di ricorrere alla forza nella gestione ordinaria della malattia.

Il TSO (in condizione di degenza ospedaliera) è dunque concepito come un'*extrema ratio*⁴, come uno strumento a cui ricorrere in casi eccezionali, la regola della cura essendo costituita dall'assistenza territoriale e da una relazione medico-paziente incardinata su un rapporto di fiducia: la filosofia della legge esclude (o, forse, sembrerebbe escludere) che le nuove forme dell'assistenza psichiatrica riformata possano comportare provvedimenti di carattere coercitivo da adottarsi sul "territorio", proprio perché "la libertà è terapeutica"⁵ e il compito del medico è soprattutto quello di "proteggere" il più possibile la libertà del paziente al fine di rendere praticabile e realizzabile un "incontro" tra persone (tra due soggettività, per utilizzare una terminologia tipica della fenomenologia), senza ricadere nella logica istituzionale dello "scontro" tra un'autorità costituita e un individuo in stato di soggezione.

La dottrina maggioritaria⁶ che si cimentò sulla legge Basaglia subito dopo l'entrata in vigore di tale normativa si concentrò quasi esclusivamente sull'istituto del TSO "in condizioni di degenza ospeda-

³ F. BASAGLIA, M. G. GIANNICEDDA, *Legge e psichiatria*, in F. BASAGLIA, *Scritti*, Milano, 2017, 895. Recentemente si è sostenuto, invece, che «con il termine condizioni si intende riferirsi al contesto non solo strutturale dei servizi, ovvero alla loro capacità di far fronte al bisogno di cura, ma anche patologico della persona, che può influire e determinare l'idoneità e l'adeguatezza delle diverse tipologie di intervento. Diversamente le circostanze rappresentano quelle situazioni particolari, di carattere anche transitorio, che accompagnano l'evento patologico e ne determinano la natura, connotandosi in termini di azione/reazione» (S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 288).

⁴ «Dal comportamento in quanto tale pericoloso, si passa alla necessità del trattamento ospedaliero in quanto *extrema ratio* di un sistema di servizi che non ha organizzato sul territorio una risposta efficace al caso specifico» (F. BASAGLIA, M. G. GIANNICEDDA, *op.cit.*, 895).

⁵ Si tratta di una frase scritta a caratteri cubitali sui muri del manicomio di Trieste diretto da Franco Basaglia.

⁶ Cfr. A. A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, Genova, 2015, 157. L'Autore cita, come esempi, il *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, edito nel 2006 (voce *Trattamenti sanitari obbligatori*, scritta da CAVASINO, 5961 ss.) e il *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE, R. BIN, edito nel 2008 (commento all'articolo 32 di TRIPODINA, 321 ss.).

liera”, il quale sembrava essere l’unico tipo, l’unico modello di trattamento sanitario obbligatorio previsto dalla L. n. 833/1978: solo di tale istituto, infatti, la legge disciplina espressamente i presupposti, il procedimento, la durata (sette giorni rinnovabili) nonché il luogo di effettuazione («il ricovero deve essere attuato presso gli ospedali generali, in specifici servizi psichiatrici di diagnosi e cura»⁷). Testimonianza di tale orientamento dottrinale, all’epoca maggioritario, si può ritrovare in una delle prime opere sistematiche sulla riforma sanitaria del 1978, laddove si sostiene che «la legge, in sostanza, pare voler provvedere solo ai casi più eclatanti, che richiedono immediatezza di interventi terapeutici, in condizioni di degenza ospedaliera», mentre, per quanto concerne gli altri «accertamenti e trattamenti» domiciliari o ambulatoriali, occorre un’«apposita successiva normativa che [ne] disciplini dettagliatamente l’obbligatorietà» in modo tale da rispettare i «principi di legalità e riserva di legge ex art. 32, 2° comma Cost.»⁸.

Nella stessa prassi dei servizi psichiatrici territoriali, quando si riteneva necessario il ricorso all’uso della forza, si utilizzava esclusivamente lo strumento del TSO ospedaliero, mentre quasi⁹ assente era il ricorso ai trattamenti sanitari obbligatori extraospedalieri. Il “mito” di Basaglia e l’esperienza ancora vicina, emotivamente coinvolgente, della sua azione riformatrice imponevano un uso limitato della forza, circoscritto ai casi più gravi, i quali venivano ricoverati in “repartino” per il più breve tempo possibile e solo al fine di risolvere lo stato di acuzie che aveva determinato il ricovero. Sul “territorio” (una parola quasi magica, fortemente evocativa per il movimento basagliano) la forza restava bandita: il rapporto del paziente con i servizi doveva essere improntato ai criteri della libera scelta e della volontarietà.

3. Il TSO extraospedaliero (TSOE)

Epperò nella legge esiste un’evanescenza, un’indeterminatezza all’interno della quale l’interprete può muoversi seguendo una pluralità di direzioni, anche tra loro totalmente contrapposte. Non aiuta, al riguardo, la ricostruzione dell’intenzione del legislatore in senso storico, perché anche nei lavori pre-

⁷ Si tratta dei cd. “repartini” (come vengono chiamati in gergo gli SPDC). L’art. 64 della L. n. 833/1978 stabilisce che, fino all’adozione dei piani sanitari regionali, i “repartini” siano dotati di un numero di posti letto non superiore a 15.

⁸ A. M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Milano, 1983, 84-85. Sostiene, infatti, l’Autrice: «Tuttavia, se [...] si ravvisa un’ipotesi di incostituzionalità dell’art. 33 per la indeterminatezza dei presupposti e dei concetti stessi di “accertamento” e “trattamento” per quanto riguarda il momento del ricovero, ancor più legittimamente può dubitarsi della costituzionalità dell’art. 33, legge 833 per quanto si riferisce a tutti gli altri “accertamenti e trattamenti” domiciliari o ambulatoriali, che il sindaco potrebbe disporre, giacché per essi, non solo sono indeterminati i presupposti, ma addirittura manca una previsione del procedimento e della tutela giurisdizionale» (*Ibidem*).

⁹ A Trieste e, soprattutto, a Perugia vi era la prassi di far pernottare i pazienti in stato acuto in apposite stanze annesse al servizio territoriale, cioè al CIM o al CSM, ma, anche in tali casi, raro era il ricorso all’uso della forza: ciò che caratterizzava lo svolgimento del servizio in questi luoghi di “punta” della nuova pratica psichiatrica erano la persuasione e, soprattutto, l’apertura 24 ore su 24 del centro di salute (o di igiene) mentale (sul lavoro di Carlo Manuali e della sua équipe a Perugia cfr. G.A. MICHELI, *I nuovi Catari. Analisi di un’esperienza psichiatrica avanzata*, Bologna, 1982).

paratori e nella discussione finale sulla legge Basaglia (la L. n. 180/1978 fu approvata dalla Commissione Igiene e Sanità pubblica riunita in sede deliberante) si registrano le medesime contraddizioni. Mentre il relatore, Bruno Orsini, afferma che

«l'art. 2 della legge introduce in modo diretto la tematica relativa ai trattamenti sanitari obbligatori di interesse psichiatrico e definisce le condizioni per le quali essi possono essere adottati [...]; sottolinea inoltre la necessità che il trattamento sanitario obbligatorio avvenga in condizioni di degenza ospedaliera, se constatato da più sanitari che tale trattamento può essere espletato correttamente solo in ospedale, per l'assenza di condizioni *extra* ospedaliere che ne consentano l'effettuazione senza il ricovero»¹⁰,

in sede di dichiarazioni finali, invece, Susanna Agnelli garantisce il voto favorevole alla legge da parte del gruppo del partito repubblicano proprio perché «il trattamento sanitario obbligatorio [...] verrà attuato esclusivamente in specifici e autonomi servizi psichiatrici degli ospedali generali»¹¹. Se, da un lato, pare essere concretamente riconosciuta la possibilità di ricorrere a un TSOE, dall'altro, invece, si riconosce in modo altrettanto deciso il carattere *esclusivo* del TSO ospedaliero.

All'interno di quest'ambiguità delle norme, presto muove i propri passi una dottrina molto attiva e battagliera, ancorché minoritaria, la quale si mostra, fin dall'inizio, critica nei confronti dell'impostazione di fondo della legge Basaglia e che, in modo lucidamente argomentato, si pronuncia a favore dell'esistenza dell'istituto giuridico del TSO extraospedaliero, strumento che con il tempo acquisisce una sempre più precisa caratterizzazione e una maggiore autonomia operativa rispetto al TSO ospedaliero. Occorre, dunque, seguire il percorso lungo il quale s'incammina tale dottrina, perché solo così si può comprendere come, in seguito, l'istituto del TSOE, da semplice prodotto di disquisizioni meramente teoriche, sia riuscito a trasformarsi in prassi riconosciuta dei servizi psichiatrici territoriali.

3.1. Il TSOE come atto prodromico del TSO ospedaliero

Un rilevante contributo critico alla tipologia unica di trattamento sanitario presente nella L. n. 180/1978 è stato quello di Diana Vincenzi Amato¹², la quale, prendendo atto che «non tutto ha funzionato in questi anni di applicazione»¹³ della legge 180, propone di affiancare al modello di trattamento obbligatorio costituito dal ricovero ospedaliero – «il solo modello che si trova esplicitato»¹⁴ dalla legge, «da applicare in via estrema»¹⁵, modello che «sembrerebbe anche l'unico»¹⁶ – altre forme di trattamento sanitario obbligatorio da adottarsi in condizioni extraospedaliere. Il fondamento normativo del «nuovo» istituto sarebbe costituito proprio dal riferimento, operato dalla L. n. 180/1978 in ordine ai presupposti del ricovero obbligatorio in ospedale, all'assenza di condizioni e di circostanze che consentano di adottare «tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere». Se, per Basaglia, tale inciso si riferiva alla struttura organizzativa del servizio psichiatrico territoriale e alla capacità degli

¹⁰ Atti della XIV Commissione Igiene e Sanità pubblica, Camera dei Deputati, seduta del 28 aprile 1978.

¹¹ Atti della XIV Commissione Igiene e Sanità pubblica, Camera dei Deputati, seduta del 2 maggio 1978.

¹² D. VINCENZI AMATO, *Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988.

¹³ *Ivi*, 171. Il contributo dell'Autrice è una relazione a un convegno tenutosi «a distanza di otto anni» dall'approvazione della legge 180.

¹⁴ *Ivi*, 176.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

operatori dislocati sul territorio di rispondere efficacemente ai bisogni del paziente, ora l'espressione utilizzata dall'art. 2, 2° co., della L. n. 180/1978 viene ricollegata all'indicazione precisa di un trattamento obbligatorio "diverso dal ricovero": il termine "misure", infatti, individuerrebbe "specifici" trattamenti sanitari da attuarsi da parte dei «servizi e presidi psichiatrici *extraospedalieri*» di cui all'art. 6 della L. n. 180/1978 (poi confluito nell'art. 34 della L. n. 833/1978). Quali sarebbero, però, concretamente i trattamenti sanitari extraospedalieri a cui un paziente psichiatrico potrebbe essere obbligatoriamente (e coattivamente) sottoposto? Come sottolinea l'Autrice, l'espressione "misure sanitarie" «ricorda però gli psicofarmaci, l'elettroshock, o lo shock insulinico più facilmente di quanto non ricordi l'analisi, le psicoterapie, i gruppi di lavoro»¹⁷. Poiché non è concepibile (né attuabile) l'imposizione forzosa di una psicoterapia, si può al massimo pensare a un accompagnamento coattivo del paziente ai vari centri extraospedalieri o a visite periodiche di un operatore a casa del malato, ancorché occorra riconoscere che, in codeste eventualità, l'utilizzo della coazione sarebbe francamente limitato e modesto. Per quanto concerne, invece, l'imposizione coattiva del "trattamento chimico" (cioè psicofarmacologico) in via extraospedaliera, l'Autrice ritiene che tale possibilità sussista nel momento in cui si verificano i due presupposti previsti dalla L. n. 180/1978 per il ricovero obbligatorio, vale a dire le gravi alterazioni psichiche e il rifiuto da parte del paziente degli urgenti interventi terapeutici proposti. È tale la situazione che l'Autrice definisce di "acuzie", cioè quella condizione nella quale, nonostante la svolta terminologica imposta dalla legge Basaglia, il paziente manifesta la propria "pericolosità sociale": «sebbene si tenda ad evitare di parlare di pericolo per sé o per gli altri, io non vedo proprio quali altre situazioni che non siano un "pericoloso" stato di disordine mentale, di agitazione psicomotoria, di depressione suicida, possano essere definite "acuzie" e richiedere urgenti interventi terapeutici»¹⁸. Il TSOE, dunque, diventa lo strumento più idoneo per la gestione dell'"acuzie" e consente l'imposizione coattiva di un «qualcosa di immediatamente risolutivo, i lacci, l'iniezione, l'elettroshock»¹⁹.

Vincenzi Amato, quindi, anche in una prospettiva *de iure condendo*, propone di guardare alla L. n. 180/1978 come a una normativa che delinea non un unico modello, bensì una pluralità di modelli di trattamento sanitario: da un lato vi è il trattamento sanitario *volontario* che, secondo l'Autrice, è il vero grande assente dalla legge Basaglia, trattamento diretto contemporaneamente «alla cura del paziente ed alla tutela della salute collettiva»²⁰; dall'altro vi è il gruppo dei trattamenti sanitari *obbligatori*, dei quali fanno parte sia le cure prestate in "condizioni di degenza ospedaliera" che le "misure sanitarie extraospedaliere", cioè quell'insieme di trattamenti «in cui alla cura della salute del paziente si associa la tutela della sicurezza sua e della collettività»²¹, in un'ottica – come viene sottolineato in modo espresso²² – eminentemente custodialistica. Come si può rilevare anche semplicemente dal lessico utilizzato, la concezione della psichiatria che compare nel contributo di Diana Vincenzi Amato risente

¹⁷ *Ivi*, 177.

¹⁸ *Ivi*, 177-178.

¹⁹ *Ivi*, 178.

²⁰ *Ivi*, 179.

²¹ *Ibidem*.

²² «Beh, rispondo – e non credo o mi auguro di non fare scandalo – il trattamento in condizioni di degenza è una misura in gran parte custodialistica, anche se completamente diversa dal passato internamento manicomiale» (*Ivi*, 178). E ancora: «Lo dico ribadendo le mie convinzioni iniziali: che non vi sia spazio per trattamenti obbligatori della salute mentale se non lo si motiva con esigenze di pubblica sicurezza» (*Ivi*, 186-187).

delle categorie di pensiero di un passato che si ostina a resistere contro ogni cambiamento: è, questo, il mondo della custodia, del “ricovero coatto” (espressione spesso utilizzata dall’Autrice e che rinvia a una terminologia manicomiale), dei lacci, delle cinghie di contenzione, della pericolosità sociale, dell’elettroshock.

In questa sede, tuttavia, preme rilevare come il TSOE venga dall’Autrice enucleato unicamente come strumento per la gestione delle “acuzie”, momento al quale dovrà necessariamente seguire un ricovero ospedaliero: il trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero si presenta, dunque, come l’atto prodromico del trattamento ospedaliero, condividendone i presupposti giuridici e confluendo in esso quale atto sostanzialmente custodialistico (nonostante gli intendimenti della riforma Basaglia) e rispondente a logiche di tutela della sicurezza pubblica.

3.2. Il TSOE come istituto autonomo

È, invece, nell’elaborazione di una successiva dottrina che il TSOE si emancipa dal ricovero ospedaliero, assumendo, a poco a poco, le sembianze di un istituto giuridico autonomo con finalità specifiche. Tale dottrina, infatti, critica in modo deciso l’«idea [...] che i trattamenti obbligatori extraospedalieri non siano altro che una sorta di stato allotropico di quelli in condizioni di degenza ospedaliera»²³, una loro «pura variante»²⁴: il TSOE, invece, deve essere concepito come uno strumento autonomo e indipendente rispetto al TSO in condizioni di degenza, proprio perché – almeno secondo tale innovativo orientamento dottrinale – è la legge stessa a distinguere i due istituti. Tale netta distinzione, inoltre, giustificherebbe la diversità dei presupposti giuridici e dei procedimenti previsti per le due fattispecie.

Il fondamento giuridico per una simile differenziazione si rinviene nella stessa L. n. 833/1978, normativa che, invero, prevede una disciplina generale valida per tutti i trattamenti sanitari obbligatori. L’art. 33, 2° co., infatti, stabilisce che «nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall’autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l’articolo 32 della Costituzione» (tale norma riproduce l’art. 1, 2° co., della L. n. 180/1978, nel quale mancava, però, il richiamo all’art. 32 Cost.); l’art. 33, 3° co., della L. n. 833/1978 disciplina, poi, in termini generali e astratti, cioè senza alcun riferimento alle patologie psichiatriche, la procedura a cui ricorrere per effettuare ogni tipo di TSO: «gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico» (tale norma riproduce, a sua volta, in modo pressoché uguale²⁵, l’art. 1, 6° co., della L. n. 180/1978).

Per meglio comprendere la *ratio* delle norme in questione giova, a questo punto, richiamare le parole contenute nella Relazione del governo Andreotti sul disegno di legge²⁶ rubricato «Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori», overossia sulla futura legge Basaglia:

²³ C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 2-3, 1990, 180.

²⁴ *Ivi*, 182.

²⁵ Nella L. n. 180/1978 il sindaco viene qualificato «autorità sanitaria locale», nella L. n. 833/1978 la qualifica del sindaco è invece quella di «autorità sanitaria».

²⁶ L’approvazione della legge Basaglia fu una vera e propria “corsa contro il tempo”: i radicali di Marco Pannella, infatti, avevano raccolto 700.000 firme per l’abolizione della legge manicomiale del 1904 e, se entro l’11 maggio 1978 non fosse stata approvata una legge sostitutiva, il popolo italiano sarebbe stato chiamato alle urne e sulla

«La previsione di possibili trattamenti obbligatori non è riferita a specifiche malattie, ma a tutti i casi espressamente previsti da leggi dello Stato. La formulazione adottata fa cadere ogni discriminazione nei confronti delle malattie mentali, che vengono prese in considerazione nell'ambito dei trattamenti obbligatori alla stregua di ogni altra malattia, senza più riferimento a una supposta pericolosità a sé o agli altri o all'occasione di scandalo»²⁷.

Proprio per evitare discriminazioni e procedure *ad hoc* per i casi di malattia mentale, la cd. legge Basaglia si presenta come una normativa generale – a maggior ragione perché destinata a essere recepita nella legge di istituzione del Servizio sanitario nazionale – tesa a unificare in un unico procedimento amministrativo tutti i trattamenti sanitari obbligatori (espressamente) previsti dalle leggi vigenti²⁸.

Nella sua relazione alla Camera dei deputati, però, il governo manifesta altresì un'opinione dal contenuto equivoco, destinata ad aumentare la confusione già presente nelle norme del disegno di legge. Alludendo ai trattamenti sanitari obbligatori extraospedalieri (domiciliari e ambulatoriali), sempre di carattere generale, cioè validi per tutte le tipologie di malattie per le quali la legge stabilisce un obbligo

questione della riforma psichiatrica avrebbe gravato l'ombra della spada di Damocle dell'esito della consultazione popolare. Da un lato vi era la possibilità che, in seguito all'approvazione del referendum da parte del corpo elettorale, si creasse un vuoto normativo nell'ordinamento, con pesanti ricadute sulle famiglie, le quali avrebbero dovuto farsi interamente carico dei pazienti psichiatrici dimessi dai manicomi provinciali; dall'altro, nel caso in cui il referendum fosse stato respinto, sorgeva il fondato timore che tutte le esperienze di riforma dell'istituzione manicomiale praticate sul campo negli anni precedenti (Gorizia, Colorno, Perugia, Reggio Emilia, Arezzo, Trieste) potessero essere neutralizzate, arrestandosi di fronte al muro invalicabile della sovranità popolare, e che la situazione degli ospedali psichiatrici italiani ritornasse indietro di almeno due decenni. Il raggiungimento di un compromesso era, quindi, nell'interesse di tutti. Poiché in Parlamento era già stato presentato il testo della riforma sanitaria, la quale inseriva la psichiatria nell'ambito della medicina e degli ospedali generali, si pensò di stralciare la materia psichiatrica (questo fu un elemento di regressione, imposto dalla pressione referendaria) e di procedere all'approvazione di una legge autonoma. Tale legge sarebbe stata poi incorporata nella legge generale di istituzione del Servizio sanitario nazionale, dalla quale era stata estrapolata, nel momento in cui si fosse giunti all'approvazione anche di quest'ultima normativa: «fu di nuovo lo psichiatra e deputato democristiano Bruno Orsini, che di quegli articoli per così dire psichiatrici era stato l'estensore, a farsi promotore di tale soluzione presso il ministro della Sanità, Tina Anselmi, e il presidente del Consiglio di allora, Giulio Andreotti. Il governo approvò così un disegno di legge denominato "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori" che presentò alla Camera il 19 aprile 1978 (atto 2130)» (V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, Bologna, 2009, 288-289). Sempre per ragioni di tempo, la materia fu affidata alla discussione e all'approvazione da parte di commissioni parlamentari riunite "in sede deliberante": la cd. legge Basaglia non venne approvata dall'assemblea parlamentare, ma dalle commissioni igiene e sanità dei due rami del Parlamento.

²⁷ Relazione del governo, Camera dei deputati, seduta del 19 aprile 2019 (atto 2130).

²⁸ «Il preciso riferimento, non contenuto nel testo della legge 180, al dettato costituzionale dell'art. 32 appare voler ricondurre tutti i provvedimenti d'autorità, siano essi accertamenti o siano trattamenti sanitari, che possono incidere sulla libertà del cittadino, ad un'unica normativa, contemperando gli effetti negativi di tale incidenza con il perseguimento di un fine (tutela della salute) se non più alto, almeno pari a quella» [corsivo nostro] (A. M. VECCHIETTI, *op. cit.*, 60). L'Autrice, nell'opera testé citata, riporta un catalogo esteso di tutti i trattamenti sanitari obbligatori previsti dalle leggi vigenti (*Ivi*, 61 e ss.) ed esprime le sue perplessità, peraltro tutt'oggi condivisibili, sul *modus operandi* del legislatore: «Tuttavia, proprio dal raffronto con gli altri tipi di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, già previsti da altre leggi dello Stato, appare molto strano che il legislatore della legge 833, nel riformare i principi su cui deve fondarsi il moderno sistema sanitario, abbia inteso disciplinare intanto solo quelli per malattia mentale, trascurando di adeguare ai criteri informativi della nuova legge anche quelli già in vigore, sia sotto il profilo della procedura, dei soggetti e dei gravami, sia sotto l'aspetto sostanziale del concetto di "salute" come dovere-diritto, affermato dall'art. 32 Cost.» (*Ivi*, 71).

di trattamento, il governo afferma: «anche se non espressamente previsto, è evidente che i trattamenti sanitari obbligatori possono assumere forme molteplici: il trattamento ambulatoriale, quello domiciliare, quello in strutture pubbliche o private dichiarate idonee dalla regione»²⁹. Il TSOE, quindi, secondo il governo, si presenta come una manifestazione *implicita* di tutti quei trattamenti sanitari obbligatori che la legge deve comunque prevedere in modo espresso.

Il TSOE “nasce” davvero sotto il segno dell’ineffabilità. Gli stessi artt. 33 e 34 della L. n. 833/1978 hanno dato luogo a una pluralità di interpretazioni, soprattutto perché possono essere concepiti come norme autonome e tra loro separate o come disposizioni normative collegate da un rapporto di genere a specie oppure, ancora, come un’unica norma giuridica destinata a disciplinare un solo istituto. Se l’art. 33 della L. n. 833/1978 detta una disciplina generale valida per tutti i trattamenti sanitari obbligatori espressamente previsti dalle leggi dello Stato, l’art. 34, invece, si concentra in modo specifico sul TSO per malattia mentale: l’art. 34, 2° co., stabilisce che «le misure di cui al secondo comma dell’articolo precedente possono essere disposte nei confronti di persone affette da malattia mentale», mentre l’art. 34, 4° co., disciplina una complessa procedura per l’effettuazione del TSO ospedaliero (occorrono, all’uopo, la proposta di un medico, la convalida di questa da parte di un medico pubblico³⁰, l’ordinanza del sindaco e la convalida del giudice tutelare).

È proprio sul rapporto tra l’art. 33 e l’art. 34 della L. n. 833/1978 che la dottrina si trova spaccata in due orientamenti contrapposti: da un lato vi sono coloro che ritengono che l’art. 33, 2° e 3° co., e l’art. 34, 2° co., costituiscano semplicemente le “premesse” per attivare il procedimento del TSO in regime di degenza ospedaliera di cui all’art. 34, 4° co., il quale sarebbe dunque l’unico modello di trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale previsto dalla legge (in tal senso, come si è visto, si è espressa la prima dottrina formatasi sull’esegesi delle norme in questione); dall’altro, invece, una differente dottrina ha ritenuto che «le disposizioni contenute negli artt. 33, 2° co., e 34, 2° co., della legge n. 833/1978 non [siano] semplici premesse alla disciplina del trattamento obbligatorio prevista nel quarto comma dell’art. 34, ma definisc[a]no discipline autonome e determinate: una di carattere generale, inerente l’imposizione di un qualsiasi trattamento sanitario, operando per rinvio alle discipline speciali, ed una di carattere speciale, dettata esclusivamente per le persone affette da infermità mentale»³¹. Secondo tale dottrina, di conseguenza, mentre l’art. 34, 4° co., disciplina il TSO ospedaliero, l’art. 33, 2° e 3° co., in combinato disposto con l’art. 34, 2° co., autorizza il ricorso a una procedura semplificata per attivare il TSOE, il quale viene dunque a configurarsi come uno strumento giuridico autonomo e indipendente rispetto al ricovero ospedaliero³².

²⁹ Relazione del governo, Camera dei deputati, seduta del 19 aprile 2019 (atto 2130).

³⁰ «[...] un medico della unità sanitaria locale»

³¹ S. ROSSI, *op. cit.*, 267. In tal senso cfr. anche E. FERRARI, *Art. 33*, in F. A. ROVERSI MONACO (coord.), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Milano, 1979, 343-346; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, 103 e ss.

³² P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in P. CENDON (a cura di), *op. cit.* L’Autore, distinguendo fra “trattamento” e “ricovero”, sostiene la tesi secondo cui, «dal momento che, nella nostra legge, il carattere obbligatorio riguarda il trattamento sanitario, cioè – secondo la lettera degli artt. 33 e 34 della legge 833 – le “cure” e gli “interventi terapeutici”», il ricovero sia solo previsto «in modo strumentale» al trattamento. Il trattamento obbligatorio, dunque, secondo l’Autore citato, può prescindere dallo stesso ricovero, qualora sia possibile l’adozione di (non meglio specificate) misure sanitarie extraospedaliere.

3.3. L'opzione "politica" per il TSOE

Sul punto dell'esistenza giuridica del TSOE la dottrina si è divisa a metà proprio perché l'ambiguità e l'indeterminatezza delle norme di legge lasciano aperti varchi per entrambe le interpretazioni, le quali, ancorché diametralmente opposte, risultano egualmente giustificabili sulla base di argomenti logico-razionali³³: l'opzione per l'una o per l'altra tesi, di conseguenza, non può che risentire delle scelte *lato sensu* politiche dell'interprete nonché della sua concezione del mondo. I problemi interpretativi, tuttavia, non finiscono certo qui: anche tra coloro che ammettono l'esistenza giuridica del TSOE si possono enucleare tesi radicalmente differenti in ordine alla configurazione dell'istituto *de quo*, con riferimento soprattutto ai presupposti giuridici e alla funzione o finalità istituzionale del provvedimento dispositivo del trattamento in questione.

La legge prevede l'istituzione di servizi psichiatrici «a struttura dipartimentale», ai quali sono demandate «funzioni preventive, curative e riabilitative relative alla salute mentale» (art. 34, 1° co., della L. n. 833/1978). Al Dipartimento di salute mentale (DSM) afferiscono sia l'SPDC (cioè il servizio psichiatrico ospedaliero di diagnosi e cura) che i «presidi e i servizi extraospedalieri»³⁴ (art. 34, 5° co., della L. n. 833/1978), i quali svolgono funzioni di assistenza psichiatrica sul territorio, garantendo la continuità terapeutica dei pazienti dimessi dal reparto ospedaliero e gestendo i rapporti con una pluralità di residenze e comunità protette e semi-protette dislocate sull'intero territorio nazionale. Mentre il TSO ospedaliero comporta un ricovero in "repartino" (cioè in SPDC), il TSOE, insieme all'ASO (accertamento sanitario obbligatorio), è invece uno strumento a cui i servizi territoriali possono ricorrere per la "gestione" dei pazienti in (non meglio precisate) situazioni extraospedaliere (le quali possono variare entro un ampio spettro, che va dal domicilio del paziente alla struttura residenziale, dal centro diurno alla comunità alloggio). Ed è proprio in relazione alla funzione attribuita al TSOE e al ruolo svolto dai servizi psichiatrici presenti sul territorio che i sostenitori dell'esistenza giuridica di tale istituto possono essere suddivisi in teorici di orientamento tendenzialmente "conservatore" oppure più spiccatamente "progressista".

Non essendo più il TSOE concepito come una semplice articolazione, come uno stadio meramente prodromico del TSO in condizioni di degenza, si è ritenuto che anche i suoi presupposti giuridici dovessero essere diversi da quelli che legittimano il ricovero ospedaliero e che, quindi, nel ricorso al TSOE si potesse prescindere dalla gravità delle alterazioni psichiche e dall'urgenza degli interventi terapeutici. Coerentemente con questa impostazione, che potremmo definire "conservatrice"³⁵, si è concluso che, se il TSO in regime di degenza ospedaliera adempie ai compiti di cura e riabilitazione, l'istituto del TSOE non può che svolgere

³³ In dottrina si è riconosciuto che la normativa in questione «può essere letta in due modi diversi» (E. FERRARI, *op. cit.*, 343). Per ragioni di ordine letterale e sistematico l'Autore citato opta per un'interpretazione che identifica «due "misure" ben diverse: una più tenue, l'altra più grave» (*Ivi*, 344).

³⁴ Si tratta dei centri di igiene o salute mentale.

³⁵ Tale interpretazione del TSOE, incentrata sulla prevenzione, tende a muoversi in una prospettiva di tipo securitario che ricorda la disciplina in vigore prima della riforma psichiatrica: «Ora, se si vuole affrontare con il dovuto candore la realtà, a me pare che, esclusa l'esigenza di reagire alla pericolosità, non rimanga altro per giustificare in nome della società l'intervento coattivo nei confronti del malato di mente» (C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 191).

«una funzione di prevenzione rispetto a esiti di malattia più gravi e più gravosi per i malati e per coloro che ne hanno la cura, senza peraltro costituire quella limitazione così incisiva della libertà personale rappresentata dal ricovero ospedaliero e anzi intendendolo evitare»³⁶.

Tale conclusione, tuttavia, con l'attribuzione di una funzione preventiva al TSOE, non pare allinearsi con i valori e i principi direttivi a cui si ispira la legge Basaglia, in forza della quale gli unici presupposti "espressi" del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale (ancorché riferiti al TSO ospedaliero) debbono avere i caratteri dell'*attualità* e dell'*effettività*: è infatti la legge stessa ad autorizzare il ricorso a un TSO solo in caso di rifiuto da parte dell'infermo di interventi terapeutici definiti "urgenti", escludendo quindi la possibilità di un trattamento sanitario obbligatorio *preventivo* per malattia mentale. La prevenzione è un compito istituzionale del servizio psichiatrico territoriale e un obiettivo dell'intero Servizio sanitario nazionale (cfr. art. 2, 1° co., n. 2, della L. n. 833/1978), ma non può certo svolgersi e attuarsi attraverso l'imposizione coattiva ed estemporanea di trattamenti sanitari.

In una prospettiva "progressista" si collocano invece coloro che ritengono il TSOE un istituto perfettamente inserito nella logica di "territorializzazione" dell'assistenza psichiatrica a cui si ispira l'intera filosofia della legge Basaglia: con la previsione del TSOE, infatti, si sarebbe creato

«un sistema graduale che dà luogo ad una preminenza dell'intervento domiciliare o territoriale [...], in linea con la filosofia della psichiatria di comunità, e, solo ove necessario, dispone l'attuazione del trattamento in sede di degenza nel contesto delle strutture ospedaliere dipartimentali»³⁷.

Il TSOE, dunque, svolgerebbe una funzione di deospedalizzazione del paziente psichiatrico, favorendo un'assistenza territoriale e relegando il TSO ospedaliero in una dimensione residuale. Pur riconoscendo a tale orientamento dottrinale ogni "buona intenzione" in un'ottica di riduzione del danno nonché la volontà di graduare e quindi, in un certo senso, di diluire e limitare l'uso della forza, preme in questa sede evidenziare i rischi e i pericoli per la libertà del paziente che tale prospettiva comporta. In primo luogo, la territorializzazione delle cure non implica, *ipso facto*, un'esportazione sul territorio dell'uso della forza e di altri strumenti coercitivi: anzi, l'utilizzo della forza sul territorio – si pensi, solo per fare alcuni esempi, a visite e colloqui psichiatrici obbligatori (ovvero coercibili), attivabili nel momento in cui il paziente abbia rifiutato di recarsi presso il servizio psichiatrico territoriale, o alla somministrazione coattiva di farmaci LAI oppure, ancora, a trattamenti sanitari obbligatori eseguiti in strutture residenziali³⁸ – rischia di trasformare la coazione, da pratica eccezionale concentrata unicamente

³⁶ *Ivi*, 184. Dopo aver perorato la causa del TSOE con funzione *preventiva*, è tuttavia lo stesso Autore citato a evidenziare i limiti giuridici dell'istituto che egli stesso ha in tal modo configurato, riconoscendo che un simile TSOE, necessariamente comportando una, per quanto esigua, restrizione della libertà personale, contrasta con l'art. 13, 2° co., Cost., nella misura in cui, nella relativa procedura, non è previsto *un atto motivato dell'autorità giudiziaria*, con conseguente violazione della riserva di giurisdizione costituzionalmente prevista. Evidentemente l'intendimento dell'Autore era quello di indicare, in una prospettiva *de iure condendo*, una possibile riforma della legge Basaglia.

³⁷ S. Rossi, *op. cit.*, 267.

³⁸ Si è inoltre sostenuto che, «quando la legge consente l'imposizione coattiva di un intervento sanitario, all'interno di un ospedale o altrove, la contenzione si può considerare legittima» (M. MASSA, *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in S. Rossi (a cura di), *Il nodo della contenzione*, Merano, 2015, 97). Coerentemente con tale impostazione, il presupposto giuridico di una contenzione legittima potrebbe essere costituito da un TSOE in una struttura residenziale o addirittura a domicilio. L'aver legittimato, alla luce di una particolare interpretazione della legge Basaglia, la contenzione sul territorio (in particolare in strutture residenziali), ancorché

nell'istituto del TSO ospedaliero, in un gesto routinario, quotidiano, quasi connaturale allo svolgimento del servizio medico-psichiatrico. In tali situazioni, infatti, l'uso della forza, ancorché non concretamente esercitato, si configura come una *minaccia* sempre incombente sulla libertà del paziente e, di conseguenza, come un potenziale (se non addirittura reale) impedimento all'instaurazione di un rapporto terapeutico di tipo tendenzialmente paritario, fondato sulla reciproca fiducia e sul consenso. Inoltre, la deospedalizzazione da TSOE potrebbe rivelarsi una mera illusione o un semplice abbaglio, soprattutto nel momento in cui si ammettesse la possibilità di un trattamento sanitario obbligatorio presso residenze e comunità protette³⁹: in una tale eventualità, infatti, non più soggetto al TSO in "repartino" (cioè in un ospedale generale pubblico, con la garanzia del controllo giudiziario), il paziente psichiatrico potrebbe, però, essere destinatario di "interventi" terapeutici obbligatori e coattivi all'interno di strutture residenziali, molte delle quali private, ancorché accreditate⁴⁰, in forza di un atto amministrativo non più controllabile dall'autorità giudiziaria⁴¹. Si fatica, dunque, a comprendere come, attraverso il ricorso a uno strumento coattivo ulteriore rispetto a quelli già espressamente previsti dalla legge vigente (cioè l'ASO e il TSO ospedaliero), si possa «dare una *chance* alla libertà del paziente», ancorché «graduando le forme di intervento e di correlata coazione, in ragione delle circostanze concrete, quali le caratteristiche della patologia, l'intensità della sua manifestazione, le alternative terapeutiche e, non ultimo, il contesto socio-assistenziale di riferimento»⁴². Proprio per questo motivo, nel 2004, un comunicato ufficiale di Psichiatria Democratica, l'associazione degli psichiatri basagliani, si pronunciava contro il TSOE, imputando a tale istituto uno "stravolgimento" della legge di riforma psichiatrica: «La legge vigente parla [...] dell'impossibilità "di adottare tempestive e idonee misure sanitarie extraospedaliere" per effettuare un TSO, laddove le suddette misure sono considerate come trattamento volontario. Con un'acrobazia lessicale, che, di fatto, stravolge lo spirito della legge, si fa coincidere la possibilità di adottare le suddette misure con "gli estremi per il TSO extraospedaliero": bizantinismo stupefacente, ma drammatico per la libertà della persona»⁴³.

In seguito a questa breve analisi sul TSOE, si può concludere che tale strumento, accanto a un possibile e distorto utilizzo per finalità di sicurezza pubblica, presenta altresì notevoli criticità in ordine al rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie costituzionali dell'individuo: TSO preventivo, attivabile senza l'intervento della magistratura e in assenza dei presupposti previsti dalla legge, l'istituto in questione, anche in un'ottica di territorializzazione degli interventi terapeutici, non sembra davvero conciliabile con i principi fondamentali, ispiratori della legge Basaglia, di libertà del paziente e di riduzione dell'uso della forza ai soli casi di assoluta necessità e urgenza. Occorre comunque rilevare che l'istituto

solo come *extrema ratio* e nel rispetto di tutte le cautele possibili, pare una conclusione davvero pericolosa (e sconcertante).

³⁹ I servizi psichiatrici territoriali gestiscono le Strutture Residenziali (Comunità terapeutiche, Case protette e Case famiglia, Comunità Alloggio) o direttamente oppure stipulando convenzioni con strutture private accreditate dalla Regione.

⁴⁰ In tal caso il servizio psichiatrico territoriale si qualifica come "servizio inviante".

⁴¹ In una simile evenienza, ben illusoria si rivelerebbe la "tenuità" della misura extraospedaliera di cui parla E. FERRARI, *op. cit.*, 344, e sfumerebbe altresì la differenza fra "trattamento" e "ricovero" a cui allude P. ZATTI, *op. cit.*

⁴² S. ROSSI, *op. cit.*, 272.

⁴³ Comunicato del 23 giugno 2004 di Psichiatria Democratica.

del TSOE, seppur sempre presente, con la sua ambiguità di fondo⁴⁴, nelle opere della dottrina che negli anni si è occupata di legislazione psichiatrica, non è mai riuscito a compiere il “salto ontologico” dal pensiero alla realtà, dalla teoria alla pratica, dalle disquisizioni dei giuristi alla prassi dei servizi. Questo, almeno, fino all’intervento delle Regioni.

4. Le linee-guida delle Regioni

Anche qualora si ammettesse che la L. n. 833/1978 preveda la possibilità di ricorrere al TSOE, occorre riconoscere che la legge stessa non disciplina né i presupposti giuridici né la durata né tantomeno la funzione del provvedimento in esame, il cui contenuto essenziale nella fonte primaria resta indeterminato e aperto alle più disparate interpretazioni, mentre la determinazione positiva di quelle che sono le «misure sanitarie extraospedaliere» di cui all’art. 34, 2° e 4° co. (a questo punto da ritenersi potenzialmente obbligatorie), è rimessa alla più ampia discrezionalità amministrativa, i cui limiti non sono in alcun modo individuati dalla legge.

A disciplinare in modo puntuale il TSOE sono state le linee-guida delle Regioni, nelle quali l’istituto in questione assume una configurazione tecnico-giuridica idonea e funzionale all’utilizzo pratico da parte dei servizi territoriali. Già menzionato nella Direttiva 1457/89 della Regione Emilia Romagna, il TSOE fa la sua definitiva apparizione nelle *Raccomandazioni in merito all’applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale*, pubblicate il 29 aprile 2009 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome al fine di «facilitare l’applicazione, coerente e omogenea su tutto il territorio nazionale, delle procedure ASO e TSO di cui agli articoli 33-34-35 della Legge 833/78». In tale atto di “indirizzo operativo” il TSOE viene declinato come una delle molteplici manifestazioni del trattamento sanitario obbligatorio: caratterizzato da una procedura autonoma, viene riconosciuto come uno strumento tecnico di pieno diritto. Le *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni sono state poi recepite in atti normativi delle singole Regioni (si tratta per lo più di deliberazioni della Giunta regionale o decreti dell’Assessore alla Sanità⁴⁵) e ulteriormente implementate dai regolamenti delle

⁴⁴ Cfr. A. VENCHIARUTTI, *Nessun ricovero obbligatorio per malattia mentale senza motivazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 15, 1999. Sostiene l’Autore: «Nessun dubbio che [...] il testo della legge ipotizzi, pure in caso di imposizione obbligatoria, oltre al trattamento in condizioni di degenza ospedaliera il trattamento extraospedaliero». I dubbi dell’Autore, però, emergono subito dopo, nel momento in cui anch’egli deve riconoscere che «la scarsità di indicazioni normative “in positivo” complica tuttavia la definizione di uno spazio autonomo per i trattamenti obbligatori extraospedalieri».

⁴⁵ Nelle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni si prevede che «in fase applicativa le Regioni, e le Province autonome di Trento e di Bolzano, garantiranno, sul proprio territorio, una diffusa conoscenza di queste raccomandazioni e ne promuoveranno l’applicazione». Le *Raccomandazioni* sono state recepite (l’elencazione ha scopo meramente esemplificativo) dalla deliberazione della Giunta Regionale dell’Umbria n. 917 del 29 giugno 2009, dalla deliberazione della Giunta Regionale del Piemonte n. 93 del 29 marzo 2010, dalla deliberazione della Giunta Regionale della Sardegna n. 16 del 29 marzo 2011, dal Decreto 26 marzo 2013 dell’Assessorato alla Sanità della Regione Sicilia. Con tali atti di recezione le linee-guida (*soft law*) si sono trasformate in vere e proprie norme giuridiche (*hard law*). La Regione Veneto ha adottato proprie linee guida in materia di TSO e ASO con la deliberazione della Giunta Regionale n. 847 del 31 marzo 2009, un atto emanato poco prima della pubblicazione delle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni: la Dgr. della Regione Veneto, infatti, non contiene alcun riferimento al TSOE. La Regione Umbria ha poi emanato delle “Linee di indirizzo regionali in materia di Trattamento

single Asl, nei quali il TSOE viene disciplinato minuziosamente e in ogni dettaglio pratico, né mancano le convenzioni tra le Asl e la Polizia Municipale, con proliferazione di ulteriori linee-guida. Un istituto con un appoggio evanescente e altamente discutibile nella legge dello Stato, di linea-guida in linea-guida, di implementazione in implementazione, si ritrova solidamente configurato nelle norme regolamentari che le Asl emanano per indirizzare e orientare l'attività degli operatori sanitari dei servizi psichiatrici.

Il TSOE, secondo le *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni, è attivabile

«nel caso in cui, pur sussistendo le prime due condizioni previste per il TSO in degenza ospedaliera, e cioè le alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici e la non accettazione degli stessi da parte dell'infermo, manca invece la terza ed è quindi possibile "adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra ospedaliere"».

La procedura è semplificata: è sufficiente la proposta di un medico e l'ordinanza del sindaco, non essendo richiesta né la convalida di un medico pubblico né il controllo del giudice tutelare (evidentemente la Conferenza delle Regioni ritiene superata o irrilevante la questione di legittimità costituzionale di una procedura strutturata in modo siffatto in ordine al rispetto della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, 2° co., Cost.⁴⁶). La durata massima del TSOE (non disciplinata dalla legge!) è fissata in 7 giorni, «in analogia con il TSO in degenza ospedaliera»⁴⁷: non si comprende però se il provvedimento di TSOE sia rinnovabile, come accade per il TSO ospedaliero, oppure no (nel senso della prorogabilità del trattamento si sono pronunciati i regolamenti di alcune Asl). Il luogo in cui effettuare il TSOE resta indefinito: «l'ordinanza di tale TSO si caratterizza per il fatto che obbliga una persona a curarsi, ma il luogo non è vincolato a precise caratteristiche»⁴⁸. La determinazione del luogo di effettuazione del trattamento è dunque rimessa alla più ampia discrezionalità delle Asl e dei servizi psichiatrici territoriali.

Il TSOE, nella prassi dei servizi, viene per lo più utilizzato per la somministrazione coattiva di farmaci depot (ora chiamati farmaci LAI, *Long Acting Injectables*) a pazienti non "complianti"⁴⁹, nonostante la "puntura mensile" (ora anche trimestrale) non possa certo qualificarsi come un intervento sanitario "urgente" (uno dei presupposti richiesti dalle stesse *Raccomandazioni* delle Regioni). Nei regolamenti di alcune Asl⁵⁰, inoltre, si trovano descritte, a scopo esemplificativo, ulteriori «situazioni in cui potrebbe

Sanitario Obbligatorio e Accertamento Sanitario Obbligatorio in salute mentale" con la Dgr. 15/01/2020, n. 6, nelle quali, in ordine al TSOE, rinvia alle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni.

⁴⁶ Nelle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni si rimarca che «nella pratica corrente l'ordinanza di TSO extra ospedaliero da parte del Sindaco viene spesso comunicata al giudice tutelare, benché tale atto non sia richiesto dalla legge». In realtà, l'atto motivato dell'autorità giudiziaria in caso di restrizione della libertà personale è imposto dalla "riserva di giurisdizione" di cui all'art. 13, 2° co., Cost. Al riguardo mi permetto di rinviare al mio E. DALY, *Trattamento sanitario obbligatorio e somministrazione coattiva di farmaci, con particolare riferimento ai LAI*, in *Notizie di Politeia*, XXXVII, 141, 2021, 98-112.

⁴⁷ *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni, § 1.

⁴⁸ *Ivi*, § 3.

⁴⁹ Per una critica di tale prassi cfr. E. DALY, *op. cit.*

⁵⁰ Per esempio nei regolamenti delle Asp siciliane.

essere utile il ricorso al provvedimento del TSOE» e, tra queste, si menziona la possibilità che il trattamento in questione sia attivato dagli operatori di Strutture Residenziali (CTA⁵¹, Comunità Alloggio, Case-famiglia, etc.):

«In questo caso specifico l'affidamento alla cura nei giorni successivi al provvedimento potrà essere affidato (*sic!*) anche agli operatori sanitari della stessa Struttura Residenziale che dovranno mantenere un contatto quotidiano (anche solo telefonico) con gli operatori sanitari del D.S.M. a scopo di relazionare l'adesione al trattamento del paziente. Tale contatto quotidiano dovrà essere mantenuto per almeno tutto il periodo del provvedimento (7 giorni o più, in caso di proroga)»⁵².

L'attivazione di un trattamento sanitario obbligatorio in strutture psichiatriche residenziali e in comunità terapeutiche, riproponendo una "psichiatria dei contenitori"⁵³, contrasta in modo radicale con i principi fondamentali della legge Basaglia, ne tradisce e mortifica lo spirito, negandone l'intera filosofia. Si deve qui ricordare che il progetto Burani Procaccini di riforma della legge Basaglia, proposta di legge presentata in Parlamento il 30 maggio 2001 e mai approvata, prevedeva un particolare trattamento sanitario obbligatorio per l'inserimento del paziente in strutture residenziali. Poiché tale proposta di legge è rimasta lettera morta, *de iure condito* dovrebbe essere esclusa la possibilità di effettuare TSO in strutture residenziali e in qualsiasi altro luogo diverso dai "repartini" degli SPDC presso gli ospedali generali: invece, leggendo i regolamenti delle Asl di recezione delle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni, sembra quasi che ciò che il progetto di legge Burani Procaccini non è riuscito a fare sia stato poi direttamente attuato in via amministrativa, in assenza di qualsiasi autorizzazione da parte del legislatore.

Il TSOE in comunità terapeutiche, in strutture residenziali diverse dal reparto ospedaliero, al di fuori, oltretutto, di un controllo giudiziario, è la legittimazione del "manicomietto", è il compimento del processo – latente e silenzioso di questi ultimi anni – di "re-istituzionalizzazione"⁵⁴: un trattamento obbligatorio in strutture residenziali diverse dai reparti psichiatrici dell'ospedale generale, infatti, ripropone la situazione di esclusione dal mondo, cioè di segregazione, del malato psichiatrico.

⁵¹ Comunità Terapeutiche Assistite.

⁵² Art. 29, 3° co., del regolamento dell'Asp di Catania e punto 11 delle linee-guida dell'Asp di Ragusa.

⁵³ «Se disponessi di missili intelligenti, li userei per abbattere in modo mirato tutte le strutture residenziali psichiatriche che hanno sostituito i vecchi manicomi, mantenendone di fatto la logica». Così si è espresso Peppe dell'Acqua, fino al 2012 direttore del DSM di Trieste e materiale successore di Franco Basaglia, alle giornate basagliane tenutesi a Torino il 23 e 24 ottobre 2015.

⁵⁴ S. PRIEBE *et alii*, *Reinstitutionalisation in mental health care: comparison of data on service provision from six European countries*, in *British Medical Journal*, 2005, 123-126. In tale contributo di psichiatria sociale si sostiene che «most of the data are consistent with the assumption that deinstitutionalisation, the defining process of mental healthcare reforms since the 1950s, has come to an end. [...] This evidence indicates, therefore, that a degree of new institutionalisation does exist as an international phenomenon, despite wide differences in healthcare systems between the countries studied here [Inghilterra, Germania, Italia, Olanda, Spagna, Svezia, ndr.]. Whether this process should be described as reinstitutionalisation or only as trans-institutionalisation (that is, a mere shifting of placements from one structure to another) remains debatable». Nello stesso senso cfr. M.G. GIANNICCHEDDA, *Introduzione. L'utopia della realtà. Franco Basaglia e l'impresa della sua vita*, in F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, Torino, 2005, la quale afferma che il processo di superamento dei vecchi ospedali psichiatrici «si è spesso convertito in una colossale re-istituzionalizzazione in contenitori più piccoli, a gestione privata e di stampo più assistenziale che sanitario, abitazione forzata e spesso definitiva per categorie diverse di persone, tra cui i malati di mente, che sono fuori o ai margini del mondo produttivo e del contratto sociale».

Le linee-guida, atti cd. di *soft law*, le quali non possono essere considerate in nessun modo fonti del diritto, manifestano anche nell'ambito dell'assistenza psichiatrica la loro duplice (e ambigua) natura: se, dal punto di vista meramente formale, esse indirizzano, orientano, raccomandano, ma non impongono, dal lato pratico e sostanziale (cioè dal punto di vista dei destinatari delle linee-guida, di coloro che devono attuarle) le semplici raccomandazioni vengono concepite come vere e proprie norme giuridiche, come prescrizioni alle quali doverosamente attenersi.

5. La libertà personale: principio di legalità e riserva di legge

In materia di diritto alla salute, la dottrina distingue tra trattamenti sanitari *obbligatori* e trattamenti sanitari *coattivi*. I trattamenti sanitari obbligatori comportano un *obbligo indiretto* di sottoporsi al trattamento (per esempio, nel caso delle vaccinazioni obbligatorie sono previste sanzioni amministrative di carattere pecuniario a carico dei genitori non ottemperanti e un divieto, per i bambini non vaccinati, di esercitare alcuni diritti, come l'ammissione alle scuole per l'infanzia). Nel caso di trattamenti sanitari *coattivi*, invece, è previsto il ricorso alla *coazione fisica* per la sottoposizione al trattamento del soggetto riluttante: tale è il caso dei TSO (ospedalieri o extraospedalieri) previsti per ragioni di malattia mentale⁵⁵.

Secondo una dottrina minoritaria, ancorché autorevolissima, tutti i trattamenti sanitari, siano essi meramente obbligatori oppure coattivi, sono riconducibili all'esclusiva disciplina di cui all'art. 32 Cost., poiché,

«ad integrare la fattispecie oggetto dell'art. 13, concorrono soltanto quelle misure (anche se non incidenti materialmente sulla corporeità della persona) che implicino un giudizio di sfavore e rivestano, in questo senso, carattere "afflittivo" o "degradante" (il che evidentemente esula dal caso dei trattamenti sanitari coattivi)»⁵⁶.

La dottrina maggioritaria, invece, ritiene che, «se i trattamenti sanitari obbligatori presentano l'ulteriore carattere della coattività, determinandosi una limitazione della libertà personale, è altresì necessaria l'osservanza delle prescrizioni di cui all'art. 13 Cost.»⁵⁷.

⁵⁵ Sulla distinzione cfr. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002, 185 e ss.

⁵⁶ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1, 1982, 560. L'insigne giurista ritiene che «la presenza nel testo della Costituzione di un'apposita previsione dei trattamenti sanitari obbligatori, in una sede anche topograficamente distinta da quella dove figura l'art. 13 e in un contesto caratterizzato dalla particolarità della materia (la salute individuale e collettiva), indurrebbe piuttosto a ritenere che il sec. comma dell'art. 32 si ponga come *norma speciale* rispetto all'art. 13 e che pertanto ai trattamenti sanitari, anche se coattivi, debba applicarsi – almeno di regola – la sola riserva relativa di legge qui stabilita (e non la duplice riserva assoluta di legge e di giurisdizione, prevista dall'art. 13)». Nello stesso senso A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 98 e ss.: l'Autore ritiene che rientrino nelle previsioni dell'art. 13 Cost. tutti i provvedimenti restrittivi che comportino una degradazione della "dignità sociale". Inoltre cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 527.

⁵⁷ M. COSIMO D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, 2001. In tal senso D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 191 (con ulteriori riferimenti bibliografici). L'Autrice rifiuta la tesi secondo cui l'art. 32 Cost. avrebbe derogato all'art. 13 Cost., mancando all'uopo una previsione espressa (come avviene, per es., nell'art. 14, 3° co., Cost.), e respinge altresì la tesi crisafulliana dell'art. 32 Cost. come norma speciale, perché in tal caso «si finirebbe per sottovalutare la distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori e coattivi». La tesi viene

Occorre rilevare che la Corte costituzionale, fin dalla sent. 74/1968, ha sempre sostenuto che «il provvedimento di ricovero coattivo di un soggetto sospettato di malattie mentali si inquadra tra quelli restrittivi della libertà personale», richiedendo quindi il rispetto delle guarentigie costituzionali di cui all'art. 13 Cost.⁵⁸ Inoltre, nell'evoluzione della propria giurisprudenza, la Corte costituzionale è pervenuta a fondare il principio del consenso informato nel "combinato disposto" di cui agli artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost., affiancando alla protezione della *libertà fisica* anche l'esigenza di una tutela della *libertà morale* della persona⁵⁹.

In relazione al diritto alla salute, l'art. 32, 2° co., Cost. enuncia il principio di *determinatezza* dei trattamenti sanitari obbligatori, istituendo all'uopo una riserva di legge, dalla dottrina maggioritaria ritenuta semplicemente relativa⁶⁰. Il principio di determinatezza e l'istituto della riserva di legge (dello Stato) sono altresì contemplati e ribaditi dalla L. n. 833/1978, la quale stabilisce che i trattamenti sanitari obbligatori possono essere disposti «nei casi di cui alla presente legge e in quelli *espressamente* previsti da leggi dello Stato»: il trattamento sanitario obbligatorio, perciò, per potersi qualificare come trattamento "determinato", oltre all'inquadramento entro un certo "tipo", chiaramente prefigurato, deve essere disciplinato dalla legge non solo in modo sufficientemente preciso, ma anche espressamente, esplicitamente, vale a dire *apertis verbis*. Inoltre, il principio di determinatezza implica che la legge possa imporre soltanto *singoli* trattamenti sanitari e non «in modo polivalente, cioè per scopi cumulati o indifferenziati»⁶¹. L'art. 13 Cost., invece, tutelando la libertà personale, istituisce una riserva assoluta di legge e prevede, altresì, una riserva di giurisdizione.

Alla luce dei precetti costituzionali e aderendo alla dottrina maggioritaria in tema di trattamenti sanitari obbligatori, la quale ritiene, parallelamente a un'analoga giurisprudenza costituzionale, che l'elemento della coattività del trattamento sanitario richieda il rispetto anche delle più stringenti tutele previste dall'art. 13 Cost., si può asserire, con un certo fondamento, non solo che l'istituto del TSOE, la cui evanescenza nelle prescrizioni di legge è già stata compiutamente esaminata, violi il principio di

ribadita in D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, 190-191. Per la qualificazione dell'art. 13 Cost. come *norma servente* rispetto alle finalità perseguite dall'art. 32 Cost., cfr. L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1964, 938 e ss.

⁵⁸ Cfr. altresì le sentenze 29/1973, 223/1976, 39/1977 Corte cost.

⁵⁹ Cfr. sent. 438/2008 Corte cost.

⁶⁰ Il carattere assoluto della riserva di legge di cui all'art. 32, 2° co., Cost. è sostenuto da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 385: «La formula sembrerebbe indicare una riserva di legge relativa; ma che si tratti invece di riserva assoluta si ricava dalla disposizione seguente, che pone un "rinforzo": "la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Riserva di legge assoluta, quindi, [...] e rinforzata». A favore del carattere assoluto della riserva di legge si pronunciano anche D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 192 e ss., e B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, la quale rimarca la «necessaria assolutezza» della riserva di legge di cui all'art. 32, 2° co., Cost., «in base alla qualità di stretta e fondamentale inerenza del bene-salute alla persona ed alla distinzione dalle generiche prestazioni personali ex art. 23 Cost.» (cfr. altresì Id., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1, 1983, 28-29, laddove l'Autrice sostiene che «gli obblighi che vengono a nascere in capo al singolo devono trovare nella legge, e solo nella legge, una disciplina compiuta, nonché la previsione del relativo presupposto, cioè della situazione al verificarsi della quale tali obblighi insorgono»).

⁶¹ P. BARILE, *op. cit.*, 385.

determinatezza di cui all'art. 32, 2° co., Cost., ma che, rinvenendosi un'espressa e puntuale disciplina di tale istituto solo nelle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni e negli atti amministrativi di recezione, non sia neppure rispettata la riserva assoluta di legge di cui all'art. 13 Cost. Indubabilmente, la riserva di legge non viene rispettata se intesa in senso assoluto, ma, ancorché si volesse concedere che la riserva di legge in tema di trattamenti sanitari coattivi sia soltanto relativa (ex art. 32 Cost.), i problemi al riguardo non sarebbero egualmente risolti.

Preliminarmente occorre distinguere, dal punto di vista concettuale, la riserva di legge dal principio di legalità: il *principio di legalità*, infatti, richiede che il fondamento dell'azione amministrativa (e giudiziaria) possa rinvenirsi in una "previa norma"; la *riserva di legge*, invece, esige che tale previa norma sia una fonte legislativa e «che la legge regoli essa stessa, in tutto o in parte, ma comunque in modo sufficientemente preciso così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che ne sono oggetto»⁶². Se il principio di legalità è «un limite al potere esecutivo e più largamente ai pubblici poteri diversi dal potere legislativo»⁶³, la riserva di legge è «un vincolo di contenuto alla stessa legge formale»⁶⁴, giacché non è sufficiente l'intervento di una norma di legge che attribuisca, genericamente e magari in blocco, una determinata materia agli organi del potere esecutivo (o amministrativo), ma occorre che il legislatore individui i limiti contenutistici della stessa azione amministrativa⁶⁵. Il principio di legalità e la riserva di legge si traducono, a livello esecutivo, nel principio di *tipicità* dei provvedimenti amministrativi: poiché «l'amministrazione può esercitare i soli poteri autoritativi attribuiti dalla legge, essa può emanare soltanto i provvedimenti stabiliti in modo tassativo dalla legge stessa»⁶⁶.

Ammesso e non concesso che la L. n. 833/1978 preveda lo strumento del TSOE, occorre prendere atto che i presupposti giuridici e fattuali, la funzione e la durata del trattamento in esame sono disciplinati unicamente dalle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni e dagli atti amministrativi di recezione delle stesse, mentre sui luoghi nei quali effettuare il TSOE una troppo ampia discrezionalità amministrativa rischia di sfociare, come si è evidenziato nell'analisi dei regolamenti di alcune Asl, in vere e proprie scelte arbitrarie, che nella sostanza ripropongono meccanismi di istituzionalizzazione, questa volta non più in "repartino", bensì in strutture residenziali. Troppo vaga sembra altresì l'indicazione contenuta nelle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni, in forza della quale «non è consentito un TSO extra ospedaliero che si configuri come un TSO ospedaliero senza le garanzie corrispondenti previste dalla legge», anche perché tale avvertimento sembra quasi rispondere alla preoccupazione che l'applicazione dello strumento appena "creato" possa "sfuggire di mano".

Pare dunque doveroso concludere che le linee-guida delle Regioni, con il tono sommesso di un atto meramente chiarificatore della volontà del legislatore, collocandosi sulla scia di alcune suggestioni provenienti da una dottrina controversa, abbiano configurato, se non *ex nihilo*, sicuramente *ex parvis* un istituto giuridico come il TSOE, il quale nella fonte legislativa non trova certo quella disciplina essenziale e precisa richiesta dalla riserva di legge costituzionalmente prevista, sia essa intesa in senso assoluto (ex art. 13 Cost.) oppure meramente relativo (ex art. 32 Cost.): alle perplessità sull'effettiva funzione

⁶² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, 58-59.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989.

⁶⁶ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 50.

di deistituzionalizzazione di uno strumento siffatto si aggiungono, quindi, anche i più che fondati dubbi sulla legittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 della L. n. 833/1978, qualora gli stessi vengano interpretati nel senso di prevedere la possibilità, in capo all'autorità amministrativa, di disporre trattamenti sanitari obbligatori extraospedalieri per malattia mentale in assenza di una determinazione legislativa dei presupposti, delle finalità, della durata e del luogo di effettuazione dei trattamenti medesimi.

A tale conclusione, peraltro, sembra giungere anche quella stessa dottrina che aveva accreditato l'esistenza giuridica del TSOE, poiché, nell'ipotesi contemplata dall'art. 34, 2° co., «la determinazione del presupposto è veramente vaga, così da far dubitare della costituzionalità della norma»⁶⁷, con la conseguenza che «la riserva di legge di cui all'art. 32, secondo comma, della Costituzione deve considerarsi elusa dalle norme in esame»⁶⁸.

6. Tra Stato e Regioni

Resta da interrogarsi, infine, sul carattere, statale o meno, della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.: mentre la riserva di legge ex art. 13 Cost. è di certo una riserva di legge statale (a tale conclusione giunge, infatti, la dottrina dominante riallacciandosi al principio di eguaglianza), ci si domanda se l'art. 32, 2° co., Cost., in relazione ai trattamenti sanitari obbligatori, richieda una legge dello Stato oppure sia sufficiente, a integrare la riserva ivi prevista, anche solo una legge regionale. «Con riferimento all'assetto costituzionale del riparto di competenze fra Stato e regioni disegnato dalla Costituzione del 1947, non vi erano ragioni di dubitare del carattere statale della riserva contenuta nell'art. 32 Cost.»⁶⁹: tale tesi è accolta anche dal legislatore che, infatti, nell'art. 33 della L. n. 833/1978 si riferisce alle sole «leggi dello Stato» per la previsione di trattamenti sanitari obbligatori.

Con la riforma costituzionale del 2001, però, la «tutela della salute» è diventata materia di legislazione concorrente e, quindi, si deve esaminare se, in linea di principio, sia possibile la statuizione di trattamenti sanitari obbligatori regionali. Occorre altresì rilevare che l'art. 117, 6° co., Cost. attribuisce alle Regioni una potestà regolamentare in ogni materia che non sia riservata alla legislazione esclusiva dello Stato e, quindi, anche nel settore della tutela della salute. Infine, la Corte costituzionale, in relazione all'art. 32, 2° co., Cost., aveva sostenuto, ancorché in epoca anteriore alla riforma del Titolo V della Costituzione, che «la riserva di legge così stabilita non esclude in assoluto le leggi regionali, quanto meno delle Regioni differenziate che sono titolari di specifiche funzioni in materia di igiene e sanità pubblica»⁷⁰.

⁶⁷ E. FERRARI, *op. cit.*, 347.

⁶⁸ G. PELAGATTI, *op. cit.*, 110, il quale afferma che «la ricostruzione di tale fattispecie [il TSOE] mostra una lacuna inconciliabile con il principio di riserva di legge stabilito nel secondo comma dell'art. 32 della Costituzione, consistente nell'omissione delle condizioni di fatto costitutive del presupposto dell'esercizio del potere amministrativo dell'autorità sanitaria di imposizione dell'obbligo di cura» (*Ivi*, 112). L'Autore, inoltre, rileva che, «se si considera la totale assenza di un controllo giurisdizionale nell'ambito del relativo procedimento, deve concludersi che le norme istitutive del trattamento [sanitario obbligatorio extraospedaliero] appaiono incostituzionali, per contrasto con l'art. 13» (*Ibidem*).

⁶⁹ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 198 e ss.

⁷⁰ Sent. 154/1980 Corte cost.

Anche in ossequio al principio di eguaglianza, sembrerebbe opportuno ricondurre i trattamenti sanitari obbligatori di carattere coattivo alle «prestazioni concernenti i diritti civili [...] che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» ex art. 117, 2° co., lett. m), Cost.: si tratta qui di una “materia trasversale” che attrae nell’orbita della legislazione esclusiva dello Stato la tutela dei diritti civili (diritti necessariamente coinvolti e ristretti in caso di TSO), eventualmente riconoscendo alla legislazione regionale la possibilità di derogare *in melius* (nel rispetto, quindi, del principio dell’inderogabilità *in peius*) alle norme statali. Ora il dubbio è stato risolto dalla Corte costituzionale in una sentenza riguardante il decreto legge n. 73/2017 (*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*), pronuncia nella quale i giudici della Consulta hanno sancito in modo chiaro la competenza esclusiva dello Stato, anche e soprattutto «per ragioni di eguaglianza», a qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario⁷¹.

Tale situazione, ovviamente, non si è verificata nel caso delle *Raccomandazioni* della Conferenza delle Regioni del 2009, le quali restano un atto amministrativo di indirizzo, recepito dalle singole Regioni, almeno allo stato attuale, da ulteriori atti amministrativi, secondo una catena burocratica che si è scientemente sottratta a qualsivoglia discussione di tipo parlamentare e/o consiliare. In tale situazione la tecnica amministrativa si è sostituita alla politica e le considerazioni di efficienza (e di controllo sociale) hanno prevalso sulla tutela della libertà personale: la possibilità di effettuare un TSOE direttamente in una comunità terapeutica o in una struttura residenziale, somministrando coattivamente un farmaco a lungo rilascio a un paziente “riottoso”, senza peraltro l’obbligo di coinvolgere nella questione la magistratura, consente sicuramente una riduzione dei tempi e un’ottimizzazione delle risorse, non richiedendosi, all’uopo, neppure l’occupazione di un posto-letto in ospedale. È altrettanto evidente, però, quanto una tale prassi confligga con i principi fondamentali, lo spirito e la filosofia a cui si ispira la legge Basaglia, manifestando, al contempo, numerose e palesi criticità di ordine costituzionale. Una tale “contro-riforma” avrebbe senz’altro richiesto una discussione da parte degli organi democratici rappresentativi della sovranità popolare, come imposto, d’altronde, dalla previsione costituzionale di una riserva di legge, non potendo un siffatto *revirement* essere certificato semplicemente da un atto amministrativo, oltretutto privo di carattere normativo.

Questo preme ricordare, consapevoli che, come dice il poeta, «nessuna violenza supera quella che ha aspetti silenziosi e freddi»⁷².

⁷¹ «Il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica [...] deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale. Tale principio vale non solo [...] per le scelte dirette a limitare o a vietare determinate terapie o trattamenti sanitari, ma anche per l’imposizione di altri. Se è vero che il “confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia” [...], a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, *deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell’art. 117, terzo comma, Cost. – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili*» [corsivo nostro] (sent. 5/2018 Corte cost.).

⁷² G. UNGARETTI, *Ironia, in Vita di un uomo. Tutte le poesie*, Milano, 2009.

La libertà di scelta del medico di medicina generale. La centralità del rapporto fiduciario medico-paziente

Carlo Ciardo*

THE FREEDOM OF CHOICE OF THE GENERAL PRACTITIONER. THE CENTRALITY OF THE FIDUCIARY RELATIONSHIP BETWEEN DOCTOR AND PATIENT

ABSTRACT: The relationship of trust that exists between the patient and the general practitioner is an essential element within the legislation and jurisprudence in reason. Only by keeping this element in mind is it possible to understand the relationships between the patient's freedom of choice and the organizational limits of the National Health Service.

KEYWORDS: health; national health service, patient; confidence; doctor

SOMMARIO: 1. Il medico di medicina generale nel SSN. Funzioni e organizzazione – 2. La scelta del medico di medicina generale nella disciplina legislativa – 3. La libertà di scelta del medico di medicina generale ed i limiti territoriali ed organizzativi – 3.1. La scelta del medico in un comune differente da quello di residenza – 3.2. L'incidenza o meno dell'organizzazione distrettuale della ASL sulla libertà di scelta del medico – 4. Conclusioni. La preminenza (ed importanza) del rapporto fiduciario.

* Dottore di ricerca; Unisalento. Mail: carlociardo@hotmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Il medico di medicina generale nel SSN. Funzioni e organizzazione

Il Servizio Sanitario Nazionale, sin dalla sua istituzione, ha avuto nei medici di medicina generale¹ uno dei suoi punti nodali, atteso che proprio tale figura, operante in regime di convenzione², rappresenta non solo la prima interfaccia tra il paziente e l'intera assistenza sanitaria³, ma è anche il banco di prova principale per l'attuazione dei principi di universalità, uguaglianza ed equità sanciti dalla Legge n. 833 del 23.12.1978⁴.

L'art. 48 della medesima Legge istitutiva del SSN, rubricato *Personale a rapporto convenzionale*, disciplina il regime che i medici di medicina generale (ed i pediatri di libera scelta) debbano avere con il

¹ Prima dell'unità d'Italia la tutela sanitaria delle fasce più deboli era affidata alla figura del «medico condotto», quale dipendente dell'amministrazione locale. Tale figura è venuta meno con l'introduzione del , da parte del regime fascista, della mutualità corporativa come mezzo di tutela dei lavoratori, attraverso una intensa stratificazione legislativa: Carta del lavoro (1919), casse mutua (1924), Federazione nazionale casse mutua (1934), Istituto Nazionale Assicurazione Malattia (1943). In seguito a tale evoluzione legislativa ha assunto rilevante pregnanza la figura del «medico mutualista», quale professionista che lavora per conto dell'ente mutualistico. Nella seconda metà del '900 il «medico mutualista» è una figura che opera per conto delle mutue (segnatamente Inam, Inps, Inail, Inadel, Enped, Enpas) e solo con l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, con approvazione della L. n. 833 del 23.12.1978, ha fatto il suo ingresso nel panorama normativo ed assistenziale il «medico di medicina generale», convenzionato con il SSN.

Con riferimento al medico di medicina generale, c.d. medico generalista o medico di base, vi è un'ampia interessante letteratura concernente la «scomparsa del dottore», sviluppatasi in senso critico contro l'asserito svuotamento della figura e dell'autorevolezza stessa del medico di medicina generale anche rispetto alle innovazioni biomediche. Sul punto una delle prime prese di posizione a livello internazionale la si ritrova negli scritti degli anni '70 di Mark Field secondo il quale: «Il crescente impiego di tecnologia e la pressante domanda di servizi conducono all'incapacità da parte della medicina di soddisfare i bisogni tradizionalmente attesi, di conforto, rassicurazione, affetto, cura, soccorso, affabilità, che il sofferente, l'ansioso, l'impaurito, il paziente psicologicamente turbato oppure regredito e qualche volta i familiari esigono nel coro della malattia e della invalidità», in M.G. FIELD, *The Health Care System of Industrial Society*, Cambridge, 1971, 159. Sul punto G. COSMACINI, *La scomparsa del dottore*, Milano, 2020.

Per un approfondimento sulla figura del medico di medicina generale cfr. C. CIPOLLA, C. CORPOSANTO, W. TOUSIJN (a cura di), *I medici di medicina generale in Italia*, Milano, 2006; G. GIARELLI, M. FERRARI, *La medicina del quotidiano. Il vissuto della pratica clinica del medico di medicina generale*, Acireale, 2008; M. DE ANGELIS, *Materiali per lo studio del sistema sanitario nazionale*, Bologna, 2015, 161 ss.

² Sin dall'istituzione del SSN, il medico di medicina generale opera all'interno del Servizio Sanitario Nazionale in virtù di una convenzione, non assumendo, giammai, la veste di dipendente pubblico. Tale circostanza è di non poco momento anche nell'ottica della libertà di scelta dei pazienti e, quindi, nell'ipotesi della creazione di eventuali limiti (o ostacoli) nella espressione di tale volontà da parte dei singoli assistiti, come si avrà modo di evidenziare in seguito.

³ Sul punto è nota la veste di c.d. «gate-keeper» da parte dei medici di medicina generale, cioè di «apri porta» ai servizi specialistici ospedalieri e non ospedalieri.

⁴ Con riferimento alla creazione del SSN in attuazione dell'art. 32 Cost. cfr. R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, p. 250. M. D'ALBERTI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Torino 2012, 131-132. L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 1998, 1019; G. CAZZOLA, *La sanità liberata*, Bologna, 1994, 71; L. MAZZAROLI, *Problemi e prospettive della riforma sanitaria*, in *Sanità pubblica*, 1981, 11; R. FERRARA, P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino 1999, 70. F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge n.833/1978*, Milano, 1979; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2011.

Servizio Sanitario Nazionale⁵. La richiamata disposizione non solo sancisce l'uniformità di trattamento economico per tutto il personale sanitario a rapporto convenzionale attraverso la stipula di Accordi Collettivi Nazionali sottoscritti dal Governo, dalle Regioni, dall'ANCI e dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. Nella medesima disposizione è previsto, altresì, che tali Accordi debbano prevedere (per quanto di interesse nella presente disamina) che:

«il rapporto ottimale medico-assistibili per la medicina generale e quella pediatrica di libera scelta, al fine di determinare il numero dei medici generici e dei pediatri che hanno diritto di essere convenzionati di ogni unità sanitaria locale, fatto salvo il diritto di libera scelta del medico per ogni cittadino; 2) l'istituzione e i criteri di formazione di elenchi unici per i medici generici, per i pediatri, per gli specialisti, convenzionati esterni e per gli specialisti e generici ambulatoriali».

Il successivo D.Lgs. n. 502 del 30.12.1992, in virtù del quale si è avuto una sorta di svolta pro-concorrenziale nella sanità italiana (successivamente corretta e rivista alla luce degli interventi legislativi che si sono susseguiti⁶), all'art. 8 ha trasfuso larga parte dei principi già fissati dalla Legge n. 833/1978, prevedendo la *Disciplina dei rapporti per l'erogazione delle prestazioni assistenziali*.

La suddetta disposizione è stata emendata dall'art. 9 del D.Lgs. 517 del 07.12.1993, prevedendo che: «Il rapporto tra il Servizio sanitario nazionale, i medici di medicina generale e i pediatri di libera scelta è disciplinato da apposite convenzioni di durata triennale conformi agli accordi collettivi nazionali stipulati».

A conferma dell'importanza della figura del c.d. medico di base, a tale quadro normativo v'è da aggiungere anche il richiamo alla normativa inerente alla determinazione dei LEA con specifico riferimento all'assistenza sanitaria di base. Tale disciplina è contenuta nel Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12.01.2017 nel quale all'art. 4 sono state specificate le attività che il Servizio Sanitario Nazionale deve garantire proprio attraverso le prestazioni rese dai medici di medicina generale ed i pediatri di libera scelta al fine di assicurare i Livelli Essenziali di Assistenza su tutto il territorio nazionale.

2. La scelta del medico di medicina generale nella disciplina legislativa

Venendo allo specifico tema della scelta del medico di medicina generale da parte del paziente è necessario richiamare quanto previsto dalla legislazione in materia, dalla quale si evince la centralità della «libertà» in capo agli assistiti rispetto alla individuazione del c.d. medico di famiglia dal quale farsi

⁵ Con riferimento all'incidenza sul riparto costituzionale delle competenze tra lo Stato e le Regioni alla luce della riserva di cui alla legislazione statale (Legge n. 833 del 23 dicembre 1978) in merito alla disciplina del personale addetto al Servizio Sanitario Nazionale, la Corte Costituzionale ha, in più occasioni, statuito che detta riserva trae giustificazione dalle esigenze di uniformità, coesistenziali alla riforma sanitaria attuata con la citata Legge, cfr. n. 192/1994; n. 447/1993, n. 359/1993, n. 266/1993, n. 342/1990, n. 181/1990, n. 1127/1988, n. 610/1988.

⁶ G. CILIONE, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare specialistiche ed ospedaliere)*, in *Sanità pubblica*, 2000, 24; A. BRESCHI, *Il punto di vista dell'ospedale privata*, in *Salute territorio*, 122, 2000, 262; S. MASCIA, *La concorrenza amministrata nel servizio sanitario nazionale*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2, 1998, 155-156; G. BARCELLONA, *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie: dal sistema delle convenzioni a quello dell'accreditamento*, in *Sanità pubblica*, 113, 1998, 117.

curare. Tale libera scelta è in rapporto (spesso dialettico) con gli elementi organizzativo-strutturali del SSN, come si avrà modo di meglio dettagliare in seguito.

Con riferimento alla libertà di scelta già l'art. 48 della Legge n. 833/1978 ha previsto che gli Accordi Collettivi Nazionali debbano prevedere, tra le altre cose:

«5) il numero massimo degli assistiti per ciascun medico generico e pediatra di libera scelta a ciclo di fiducia ed il massimo delle ore per i medici ambulatoriali specialisti e generici, da determinare in rapporto ad altri impegni di lavoro compatibili».

Per di più, con specifico riferimento al numero di assistiti, la medesima disposizione, al punto n. 7, prevede che vi sia una specifica proporzione nella determinazione del trattamento economico, tanto è vero che viene testualmente sancito che i su richiamati Accordi Collettivi debbano occuparsi anche della

«differenziazione del trattamento economico a seconda della quantità e qualità del lavoro prestato in relazione alle funzioni esercitate nei settori della prevenzione, cura e riabilitazione. Saranno fissate a tal fine tariffe socio-sanitarie costituite, per i medici generici e per i pediatri di libera scelta, da un compenso globale annuo per assistito».

Ancor più puntuale è il dettato dell'art. 19 della medesima Legge istitutiva del SSN, nel quale sono sanciti i seguenti principi: a) la libertà di scelta del medico di medicina generale da parte dei pazienti; b) il rapporto tra libertà di scelta e limiti dell'organizzazione sanitaria; c) l'organizzazione su base prioritariamente comunale dell'assistenza primaria.

Non v'è dubbio che tali previsioni possano lasciare spazi interpretativi di non poco momento, specie con riferimento alle modalità con le quali possa e debba essere bilanciata la libertà di scelta dei pazienti con i limiti dell'organizzazione sanitaria (realizzata, in via preferenziale, su base comunale)⁷. È di tutta evidenza che a seconda che il pendolo si avvicini verso l'uno o l'altro «polo» (libertà di scelta / limiti organizzativi) si avranno riflessi di non poco momento sul numero di assistiti, sulla continuità

⁷ Con riferimento alla necessità di far coesistere la libertà di scelta terapeutica (nell'alveo della quale rientra il diritto alla scelta del medico) le esigenze dell'organizzazione sanitaria allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica e una razionalizzazione del sistema assistenziale, si richiama l'eminente giurisprudenza costituzionale secondo la quale: «la libertà di scegliere da parte dell'assistito, chi chiamare a fornire le prestazioni sanitarie non comporta affatto una libertà sull'an e sull'esigenza delle prestazioni, in quanto resta confermato il principio fondamentale che l'erogazione delle prestazioni soggette a scelte dell'assistito è subordinata a formale prescrizione a cura del Servizio Sanitario Nazionale» Corte Costituzionale n. 200 del 26.05.2005; in tal senso altresì cfr. Corte Costituzionale nn. 175 del 10.11.1982, 416 del 28.07.1995.

D'altro canto, in senso più ampio, in merito alla configurazione del diritto alla tutela della salute come un «diritto costituzionale condizionato» il Giudice delle Leggi ha statuito che: «il diritto ad ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato dall'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento» Corte Costituzionale n. 455 del 16.10.1990; in tal senso altresì cfr. Corte Costituzionale n. 212 del 01.07.1983, n. 40 del 31.01.1991, n. 218 del 02.06.1994, n. 226 del 22.06.2000. Per un approfondimento in dottrina cfr. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova, 1995, 370; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in Dig. Disc. Pubbl., XIII, 513 ss.; L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2003, 5 ss.

assistenziale garantita da un determinato medico e/o in un dato territorio. Tutti aspetti che non consentono vuoti interpretativi, atteso che *l'horror vacui* determinerebbe impatti rilevanti sulla tutela della salute. In altri termini, si è dinanzi ad una sorta di «fisarmonica»⁸, atteso che, se si ritengono preminenti i limiti organizzativi, il «mastiche» della libertà di scelta viene compresso; mentre, se si espande la libertà del paziente (attribuendole valore prevalente), conseguentemente i vincoli organizzativi dovranno soccombere.

Sul punto v'è da richiamare il contenuto dell'art. 8 del D.Lgs. n. 502/1992 ss.mm.ii. nel quale è stato sancito che gli Accordi Collettivi Nazionali debbano

«a) prevedere che la scelta del medico è liberamente effettuata dall'assistito [...] d) ridefinire la struttura del compenso spettante al medico, prevedendo una quota fissa per ciascun soggetto iscritto alla sua lista, corrisposta su base annuale in rapporto alle funzioni definite in convenzione; una quota variabile in considerazione del raggiungimento degli obiettivi previsti dai programmi di attività e del rispetto dei conseguenti livelli di spesa programmati di cui alla lettera».

Ebbene, alla luce del suesposto dettato normativo – così come in ragione del contenuto della Legge istitutiva del SSN – discende che il legislatore ha inteso tener fermi due paletti normativi, che assumono un carattere dirimente nella riflessione che ci occupa: da un lato, la libertà di scelta dei pazienti del proprio medico di medicina generale (così come del pediatra di libera scelta); dall'altro lato, la graduazione del compenso spettante al professionista convenzionato con il SSN in ragione del numero di assistiti che abbiano effettuato la loro scelta in favore del singolo medico di base. Sicché, ogni elemento che sia in grado di incidere sulle scelte dei pazienti ha un riflesso non solo dal punto di vista assistenziale, ma anche da quello economico, atteso che il medico di medicina generale è retribuito in ragione del numero di assistiti che lo hanno scelto⁹.

La chiave di volta dell'intera riflessione è certamente rappresentata dal rapporto fiduciario esistente tra il paziente ed il medico, così come dimostra, tra l'altro, il dettato del D.P.R. n. 270 del 28.07.2020 ss.mm.ii. rubricato *Regolamento di esecuzione dell'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale*, che all'art. 26 (*Scelta del medico*) prevede espressamente che la creazione e lo svolgimento del rapporto tra il medico e l'assistito si fonda sul «rapporto di

⁸ Mutuando una nota espressione coniata dal Prof. Giuliano Amato con riferimento ai poteri del Presidente della Repubblica, secondo il quale l'estensione di questi poteri varia a seconda delle condizioni in cui si trova il sistema politico, tanto da ridurre lo spazio d'azione del Capo dello Stato quando il sistema politico offre la possibilità di maggioranze coese e di partiti funzionanti, mentre da determinarne un ampliamento quando il sistema politico entra in crisi per la presenza di maggioranze instabili o di partiti malfunzionanti.

⁹ D'altro canto l'art. 25 del D.P.R. n. 270/2020 ss.mm.ii. prevede che: «1. I medici iscritti negli elenchi possono acquisire un numero massimo di scelte pari a 1.500 unità. 2. I medici che avevano acquisito la possibilità del raggiungimento della quota individuale di 1.800 scelte ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 13 agosto 1981 rientrano nel massimale di 1.500 scelte gradualmente mediante la sospensione dell'attribuzione di nuove scelte [...]». Viepiù, tale previsione va letta in combinato disposto con quanto sancito dall'art. 25, co. 3, della L. n. 833/1978: «Le prestazioni medico-generiche, pediatriche, specialistiche e infermieristiche vengono erogate sia in forma ambulatoriale che domiciliare. L'assistenza medico-generica e pediatrica è prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino. La scelta del medico di fiducia deve avvenire fra i sanitari di cui al comma precedente».

fiducia». A conferma di ciò (e quale diretta conseguenza), sono previsti gli obblighi di comunicazione ed informazione tanto in capo al medico, quanto in capo all'Azienda Sanitaria Locale¹⁰.

D'altro canto, proprio l'effettuazione della scelta ha un riflesso diretto sul medico di medicina generale alla luce non solo di quanto disposto dalla legislazione su richiamata con riferimento al numero di assistiti, ma anche in ragione di quanto previsto

Dal suesposto quadro normativo si evince la stretta connessione tra la libertà di scelta del medico di medicina generale da parte del paziente ed il rapporto fiduciario che lega il medico al paziente ed il ruolo centrale del medico di medicina generale nell'assistenza medico-generica del Servizio Sanitario Nazionale.

3. La libertà di scelta del medico di medicina generale ed i limiti territoriali ed organizzativi

Il nodo gordiano nella scelta del medico di medicina generale è rappresentato, quindi, dal binomio (potenzialmente configgente) tra la libertà di scelta del medico ed i limiti organizzativi ed economici dell'assistenza sanitaria.

Sul punto l'art. 19 della L. n. 833/1978 lascia aperte alcune problematiche interpretative (e quindi applicative), atteso che, secondo il tenore della predetta norma, la libertà di scelta del medico di medicina generale da parte del paziente è motivata da ragioni strettamente fiduciarie, ma incontra un limite nell'organizzazione dell'assistenza sanitaria (testualmente: «nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi sanitari»). La suesposta circostanza è ancor più preminente alla luce del fatto che il legislatore ha previsto che l'assistenza primaria debba essere organizzata preferenzialmente su base «comunale» (o in alcuni casi ricomprendendo più comuni). Tali disposizioni lasciano aperti alcuni dubbi interpretativi (e applicabili) rispetto all'esercizio della libertà di scelta e l'entità e la cogenza dei limiti strutturali dell'assistenza sanitaria.

¹⁰ Stralcio dell'art. 26 «1. La costituzione e lo svolgimento del rapporto tra medico e assistito sono fondati sul rapporto di fiducia.

2. Il rapporto di fiducia tra medico e assistito si fonda anche sulla reciproca conoscenza e sulla trasparenza dei rapporti reciproci. A tal fine, e per maggiormente radicare il rapporto tra medico e cittadino, le Aziende promuovono, sulla base di intese stipulate tra le Regioni e le Organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, una corretta informazione agli assistiti sulla opportunità di avviare preliminarmente alla scelta una diretta conoscenza del medico e, a margine della scelta effettuata, la informazione sullo status del medico, sul suo curriculum personale e professionale, sulle caratteristiche della attività professionale (ubicazione ed orario dello studio, aderenza a forme associative, ecc.).

3. Ciascun avente diritto, all'atto del rilascio del documento di iscrizione, sceglie direttamente per sé e per i propri familiari o soggetti anagraficamente conviventi il medico di fiducia fra quelli iscritti nell'elenco, definito ai sensi dell'art. 19, relativo all'ambito territoriale di residenza.

4. L'Azienda, sentito il parere obbligatorio del Comitato di cui all'art. 11 e acquisita l'accettazione del medico di scelta, può consentire che la scelta sia effettuata in favore di un medico iscritto in un elenco diverso da quello proprio dell'ambito territoriale in cui l'assistito è residente quando la scelta sia o diventi obbligata, oppure quando per ragioni di vicinanza o di migliore viabilità la residenza dell'assistito graviti su un ambito limitrofo e tutte le volte che gravi ed obiettive circostanze ostacolano la normale erogazione dell'assistenza».

3.1. La scelta del medico in un comune differente da quello di residenza

Un caso esemplare sul punto è rappresentato dalla scelta operata da un paziente in favore di un medico di medicina generale che operi in un Comune diverso da quello di residenza dell'assistito, sebbene siano entrambi all'interno del territorio di competenza della medesima ASL. Una lettura stringente dei limiti organizzativi dell'assistenza sanitaria – ed, invero, eccessivamente formalistica – legittimerebbe l'Azienda Sanitaria a non accogliere l'opzione effettuata dal paziente, ritenendo preminente il fatto che l'ambito territoriale di lavoro del medico di medicina generale vincoli anche le scelte (limitandole) dei pazienti residenti in comuni differenti.

Tale prospettazione esegetica, però, si paleserebbe in contrasto con la rilevanza del rapporto fiduciario medico-paziente, il cui carattere di preminenza è sancito dal legislatore. Dai richiami legislativi già svolti, infatti, discende che la stessa ASL debba tener conto del rapporto fiduciario medico/paziente, tanto è vero che nello svolgimento di tale rapporto incombe sull'Azienda Sanitaria uno specifico obbligo informativo che renda edotto il paziente¹¹.

A conferma della preminenza della libertà di scelta del medico, siccome strettamente connessa al legame fiduciario con l'assistito, si richiama quanto statuito dalla giurisprudenza amministrativa che ha ripetutamente evidenziato l'importanza del vincolo tra il paziente ed il medico di base declinandolo quale concreta attuazione del diritto alla tutela della salute di cui all'art. 32 Cost.:

«la scelta del medico di base da parte dell'assistito è regolata dal principio della fiducia personale e quindi della sua libertà ed autonomia attesi anche gli oggettivi, intuibili e non indifferenti risvolti di natura psicologica che fanno privilegiare la reciproca conoscenza e la trasparenza dei rapporti interpersonali.

Libertà che non può essere illimitata ed indiscriminata, ma è sottoposta a specifiche disposizioni normative che regolano l'organizzazione e l'erogazione delle prestazioni sanitarie, nonché delle risorse finanziarie connesse alle entrate e alle uscite del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) che coinvolgono, con diversi ruoli, l'utente e l'organismo sanitario, nella specie l'ASL e il suo bilancio e i finanziamenti a valere sui fondi nazionali e regionali. [...] In effetti la libera scelta del medico, nel rispetto del singolo numero massimo di assistiti, deve collegarsi alla residenza ed essere compatibile con l'organizzazione sanitaria di riferimento nel territorio, con deroghe anche alle limitazioni di natura territoriale, infra o extra comunale, che in ogni caso vanno motivate, e in tal senso depongono numerose pronunce in sede di giustizia amministrativa (da ultimo T.A.R. Lazio, Sezione I bis n. 4924 del 30 marzo 2011).

Nella fattispecie si rileva che i due Comuni interessati, Pescasseroli, di operatività del dr. Ca., e Alfedena, di residenza dell'assistito, appartengono all'ambito territoriale della stessa AUSL, e il dr. Ca. era il medico di fiducia da anni del signor Scinica, proveniente da Napoli.

Non si ravvisano quindi, come sottolineato dal T.A.R., specifiche esigenze organizzative nel restringimento del potere di scelta in ambiti infracircostrizionali nel caso in cui le AUSL siano pluricomunali, specie laddove il rapporto convenzionale del professionista sia con quella stessa A.U.S.L., ricomprensiva di più Comuni; la residenza, quindi costituisce nell'occasione solo un minimum territoriale.

Ex adverso si evidenzia che analogo principio sovviene quando operino più U.S.L. nello stesso ambito comunale, soprattutto nelle grandi città, e l'utente ha libertà di scelta nell'ambito dello stesso Comune.

¹¹ Ciò al fine di elidere, il più possibile, il divario informativo che è consustanziale al rapporto tra assistito e medico.

Gli ambiti territoriali possono modificarsi e lo sono stati nel tempo, ma al medico è riconosciuta la facoltà di conservare le scelte già fatte a prescindere dalle modifiche, salvi il numero massimo di assistiti e il diritto di scelta degli stessi.

In ogni caso ogni restringimento non può che essere supportato da puntuali e congrui motivi, e di certo, nel caso di specie, non può ritenersi sufficiente il ricorso a formule quali “al momento quanto da Voi richiesto non può essere accettato” o “le motivazioni addotte non rientrano nelle previsioni della normativa vigente in materia”, peraltro eppure integrabili successivamente con gli atti in giudizio.

Le considerazioni suesposte valgono conseguentemente anche nel caso di suddivisione in distretti ex D.Lgs. n. 229/1999 come da determinazione della competente Regione, e in tal senso ci si riferisce, per quanto compatibile, alla sentenza di questo Collegio n. 5020/2011, richiamata dalla controparte, relativa alla riduzione del numero dei distretti, con ampliamento del diritto di scelta “di norma interdistrettuale”, di cui agli accordi collettivi nazionali dei medici di Medicina Generale e dei medici pediatri»¹².

La giurisprudenza amministrativa ha, quindi, corroborato l’*esegesi* in base alla quale l’esercizio della libertà di scelta del medico debba essere ritenuta preminente rispetto all’organizzazione sanitaria, in tal modo potendosi ben dar luogo alla opzione di un medico che operi in un comune differente da quello di residenza del paziente, purché tale scelta sia motivata¹³ ed a condizione che la distanza non sia essere tale da sacrificare oltremodo l’assetto organizzativo e, di riflesso, anche l’effettiva possibilità di una efficace ed efficiente prestazione assistenziale.

Tantomeno può valere a confutare quanto esposto il richiamo, contenuto negli Accordi Collettivi Nazionali, al fatto che l’assistenza sanitaria sia organizzata in via prioritaria per ambiti comunali, siccome tale previsione ha un valore indicativo, preferenziale appunto, ma non strettamente vincolante tanto da surclassare il legame fiduciario su menzionato.

Al riguardo il G.A. ha statuito che:

«la norma richiamata stabilisce che l’assistenza medico-generica e pediatrica è prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino.

La norma quindi stabilisce che il servizio può essere organizzato per unità sanitarie locali o per comuni, ma non stabilisce affatto che quest’ultima è l’unica organizzazione possibile.

Di conseguenza, solo l’organizzazione dell’assistenza su base comunale consacrata in specifici atti di programmazione, aperti anche all’impugnazione – fra gli altri – dei medici interessati può costituire impedimento all’acquisizione, da parte dei sanitari di base, di scelte al di fuori del proprio ambito comunale»¹⁴.

Da quanto esposto si evince che la libertà di scelta del medico di medicina generale da parte del paziente si impone su ogni altra limitazione organizzativa (al netto di specifici atti di programmazione su base comunale, comunque passibili di impugnazione), purché sia collegata «con l’ambito territoriale di riferimento che ordinariamente coincide con quello della ASL di appartenenza»¹⁵.

¹² Consiglio di Stato, Sez. III, n. 128 del 16.01.2012. Con riferimento al concetto di residenza come «minimum territoriale» cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, n. 296 del 28.06.1994.

¹³ TAR Lazio, Sez. I, n. 4924 del 30.03.2011.

¹⁴ Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3621 del 04.07.2017.

¹⁵ Consiglio di Stato, Sez. III, n. 565 del 10.02.2016.

3.2. L'incidenza o meno dell'organizzazione distrettuale della ASL sulla libertà di scelta del medico

Un ulteriore dubbio interpretativo può essere riconnesso all'ipotesi in cui, a fronte dell'organizzazione della ASL in Distretti socio-sanitari, la scelta ricada su un medico di medicina generale che operi in un distretto differente rispetto a quello nel territorio nel quale rientra il comune di residenza del paziente. In questo caso si potrebbe prospettare una possibilità di limitazione entro il territorio di riferimento del singolo Distretto socio-sanitario.

Ebbene, anche dinanzi alla strutturazione della sanità territoriale in ambiti pluricomunali, tale organizzazione non può assurgere a limite invalicabile rispetto alla libertà di scelta del paziente.

In disparte ogni riflessione circa la differenza tra la strutturazione della sanità territoriale e il lavoro svolto dall'assistenza primaria, atteso che i due momenti assistenziali possono e devono interfacciarsi, ma non possono essere intesi come sinonimi. In ogni caso sul punto è d'ausilio ad elidere ogni cogenza della delimitazione pluricomunale dei Distretti socio-sanitari, l'interpretazione giurisprudenziale, secondo la quale la residenza del paziente sia da intendersi esclusivamente come un «minimum territoriale»:

«Ne consegue che la corretta interpretazione delle norme che disciplinano la materia – in particolare dell'art. 19 e dell'art. 25 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, porta a ritenere che l'ambito territoriale di operatività del personale sanitario convenzionato non può essere limitato a zone più ristrette rispetto a quella di competenza di una Unità Sanitaria locale, mentre tale ambito di operatività può essere ampliato qualora si versi nell'ipotesi di comuni rientranti nella competenza di più UU.SS.LL. Conseguentemente risulta illegittimo il diniego opposto dall'Amministrazione sanitaria alla richiesta del ricorrente – medico convenzionato – di ricevere scelte da parte di assistiti residenti in comuni diversi, ma pur sempre rientranti nell'ambito territoriale dell'Azienda»¹⁶.

¹⁶ TAR Potenza, Sez. I, n. 419 del 06.09.2012. Sul punto si richiama, altresì, la sentenza del TAR Abruzzo, Sez. I, n. 478 del 07.11.2009 nella quale il G.A. ha dettagliatamente motivato il proprio arresto con una argomentazione di esemplare chiarezza: «Mette conto rilevare che, alla luce delle previsioni di cui all'art. 19, comma 1, e 48, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, il diritto di libera scelta del medico, che è espressione concreta dell'esercizio del diritto costituzionalmente tutelato alla propria salute, soggiace soltanto al limite oggettivo della disponibilità dell'organizzazione dei servizi sanitari, il che vale a dire che tale principio, pur non avendo valore assoluto, ma operando solo nell'ambito dell'organizzazione sanitaria pubblica, trova il suo limite, per così dire "naturale", nelle esigenze organizzative della stessa. Va aggiunto che il rapporto di fiducia tra medico e assistito "si fonda anche sulla reciproca conoscenza e sulla trasparenza dei rapporti reciproci" (cfr. art. 26 D.P.R. 270/2000). Inoltre, l'art. 25, comma 3 della citata legge, sancisce che l'assistenza medica pubblica generica può essere erogata da medici dipendenti o da quelli convenzionati, operanti nella USL. Ne discende che appunto tra tali medici ed in tale ambito deve avvenire la scelta, che, a termini del quarto comma dell'art. 25 cit., è basata sulla fiducia, che assume un rilievo preminente sia da parte dell'assistito, sia da quella del sanitario. [...] L'ambito territoriale, sia esso infracomunale che extracomunale, non ha dunque, ai fini della libera scelta del medico di fiducia, valenza assoluta ed inderogabile, fermo il rispetto del numero massimo di assistiti per ciascun medico, dovendosi dare prevalenza, ove possibile e compatibile con l'organizzazione sanitaria, al diritto di libera scelta. Alla stregua di tali principi, il TAR Lazio, sez. I-bis di Roma (n. 8296/2005), ha concluso che "non può ammettersi il restringimento del potere di scelta in ambiti infracircoscrizionali quando le Unità sanitarie siano pluricomunali" e che "la corretta interpretazione dei sopra richiamati commi 3 e 4 dell'art. 25 della legge n. 833 del 1978 porta a ritenere [...] che l'ambito territoriale di operatività del personale sanitario convenzionato non può essere limitata a zone più ristrette rispetto a quelle di competenza di un'Unità sanitaria locale (in senso analogo: Cons. Stato, sez. I, 2 maggio 1995, n. 296), mentre tale ambito di operatività non può essere ampliato qualora si versi nell'ipotesi di comuni rientranti nella competenza di più UU.SS.LL.". [...] La lettura combinata dei principi e delle

4. Conclusioni. La preminenza (ed importanza) del rapporto fiduciario.

Da quanto argomentato discende la preminenza del rapporto fiduciario che lega il medico di medicina generale al paziente rispetto ad ogni altro limite territoriale, purché l'opzione effettuata dall'assistito non sia completamente avulsa (ed in contrasto) da qualsivoglia organizzazione dell'assistenza sanitaria, siccome, in tal caso, la scelta del medico configgerebbe con l'efficacia e l'efficienza della prestazione assistenziale.

D'altro canto tale opzione esegetica non solo risponde appieno al dettato del quadro normativo susposto, ma è maggiormente aderente anche con l'esigenza di piena tutela del bene «salute», da intendersi non solo come assenza di malattia, ma, anche in ossequio alla definizione dell'O.M.S. secondo la quale per «salute» è il benessere psicofisico complessivamente inteso¹⁷ e, non v'è chi non veda, che proprio in quest'ottica svolge un ruolo cardine il completo affidamento che il paziente ha nei riguardi del proprio medico¹⁸. Sicché ogni variazione in tal senso potrebbe avere delle ripercussioni negative che nessun limite organizzativo può legittimamente determinare.

disposizioni in materia rilevanti portano dunque a concludere che, ove non sussistano limiti oggettivi connessi al superamento del massimale o all'organizzazione primaria del servizio sanitario articolata in AA.SS.LL., sia sempre e comunque ammessa la possibilità di deroga alla distinzione in ambiti territoriali, siano essi infracomunali ovvero extracomunali, motivata dalla esistenza di ragioni logistiche oggettive e, a maggior ragione, dalla sussistenza di un rapporto fiduciario fra medico e paziente, come sopra detto costituzionalmente tutelato e finalizzato alla continuità terapeutica (cfr. TAR Piemonte, sez.II, 13.3.2007)».

¹⁷ La definizione del 1948 indica la salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale, psicologico, emotivo e sociale». Tale definizione si è evoluta nel 1987 nel concetto di promozione della salute, concepita come processo grazie al quale le persone possono acquisire il controllo diretto e la gestione della propria condizione di benessere: la ricerca in tale campo evidenzia la relazione tra abitudini individuali, atteggiamento mentale e salute e la diretta relazione tra cervello e sistema immunitario.

¹⁸ Sul punto la cronaca di questo mese anche con riferimento alla fiducia delle popolazioni rispetto alle notizie afferenti ai diversi vaccini anti-Covid19 forniscono una riprova dell'importanza dell'elemento fiduciario sul buon risultato di ogni profilassi sanitaria.

Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump

Susanna Mancini*

THE CANARY IN THE MINE OF LIBERALISM: REPRODUCTIVE RIGHTS IN AMERICA UNDER TRUMP

ABSTRACT: This article focuses on the dismantling of reproductive rights occurred during the Trump administration. First, it highlights the connections between pro-life extremism, white supremacy and the anti-governmental right. Next, the article showcases how, under Trump, from social movements, arguments against reproductive rights based on false science and gender-based stereotypes have become the rationale of policies, laws and judicial decisions. The article concludes that the attack on reproductive rights was part and parcel of the Trump's administration's project to influence human rights epistemology and the ways in which such rights are conceptualized and applied both domestically and internationally.

KEYWORDS: Abortion; contraception; false science; violence; equality

SOMMARIO: 1. Introduzione: estremismo *pro-life* e destra anti-governativa tra suprematismo bianco, cospirazionismo e violenza – 2. Gli ingredienti dell'attacco ai diritti riproduttivi: misoginia, scienza alternativa e paternalismo – 3. La regolamentazione delle cliniche di salute riproduttiva: da *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* a *June Medical Services v. Russo* – 4. Il boicottaggio dell'aborto farmacologico: *FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists* – 5. I falsi centri di consulenza medica: *National Institute of Family and Life Advocates v. Be-cerra* – 6. L'espansione della libertà religiosa come strumento di smantellamento dell'Obamacare: da *Burwell v. Hobby Lobby* a *Little Sisters of the Poor Saints Peter & Paul Home* – 7. Il boicottaggio internazionale dei diritti riproduttivi – 8. Considerazioni conclusive: il rischio di una nuova epistemologia dei diritti umani.

1. Introduzione: estremismo *pro-life* e destra anti-governativa tra suprematismo bianco, cospirazionismo e violenza

Come molti dei suoi predecessori repubblicani, prima di candidarsi a Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump non si era mai distinto per essere un fervente anti-abortista. In un'intervista del 1999, ad esempio, si era descritto come "molto *pro-choice*"¹, e nel 2012 aveva confessato di non ritenere l'aborto un grande problema². Con la decisione di candidarsi alla Presidenza,

* Professoressa ordinaria di Diritto Pubblico Comparato; Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna. Mail: susanna.mancini@unibo.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ J. COLVIN, *Once proudly pro choice, Trump attends March for Life*, in *The Mercury News*, 24/01/2020: <https://www.mercurynews.com/2020/01/24/once-proudly-pro-choice-trump-attends-march-for-life/> (ultimo accesso 10/03/2021).

²H. TIMMONS, *Trump shifted from pro-choice to pro-life only as he planned a presidential run*, in *Quartz*: <https://qz.com/1623437/trump-shifted-from-pro-choice-to-pro-life-as-he-planned-a-presidential-run/> (ultimo accesso 10/03/2021).

Trump si è però subitaneamente allineato alle posizioni degli estremisti religiosi *pro-life*. La stessa scelta di Mike Pence nel ruolo di vicepresidente non è certo stata casuale in questa dinamica. Pence era infatti ben noto per le posizioni estreme contro i diritti sessuali e riproduttivi e per le iniziative di cui si era fatto portatore, sia come membro del Congresso che come Governatore dell'Indiana. Tra queste spiccano un disegno di legge volto a rimodulare la definizione della violenza sessuale, per ridurre le possibilità delle donne che ne sono vittime di ricorrere all'aborto³; ed un altro, inteso a proibire gli aborti basati su anomalie genetiche fetali e ad obbligare le donne a tenere il funerale del prodotto del concepimento⁴.

Nel corso della campagna elettorale del 2016, Trump ha poi assunto posizioni sempre più radicali, affermando a più riprese di volersi impegnare a nominare giudici *pro-life* al fine di rovesciare *Roe v. Wade*⁵, ed arrivando a dichiarare che le donne che abortiscono debbono essere "punite"⁶. Alla fine del suo mandato presidenziale, Trump si era guadagnato la reputazione di essere stato il presidente più *pro-life* della storia americana ed il primo a partecipare all'annuale Marcia per la Vita di Washington⁷. Questa parabola non è di per sé sorprendente. Sin dagli anni '90, infatti, le *lobbies* anti-abortiste hanno esercitato una considerevole influenza sulle primarie repubblicane. In un sistema caratterizzato tradizionalmente da una partecipazione elettorale assai bassa, esse offrono infatti un blocco di elettori motivati e capaci di un alto livello di mobilitazione⁸. Come è stato scritto, negli Stati Uniti, la questione dell'aborto ha finito con il funzionare da cartina tornasole per i Repubblicani che hanno ambizioni federali, i quali devono di fatto schierarsi su posizioni *pro-life*, anche se i loro trascorsi non sono in questo senso specchiati⁹.

Il caso di Trump presenta tuttavia alcuni elementi peculiari. Durante la sua presidenza è emersa infatti la centralità dell'estremismo *pro-life* nella destra anti-governativa americana¹⁰, e, in particolare, sono venute alla luce le connessioni tra anti-abortismo, suprematismo bianco, cospirazionismo e propensione alla violenza. Ne è la prova la partecipazione all'assalto al Campidoglio del 6 gennaio 2021 di

³ Section 309, H.R. 3 *To prohibit taxpayer funded abortions and to provide for conscience protections, and for other purposes*, Introduced in the U.S. House of Representatives 2011 Jan 20 112th Congress, <https://www.congress.gov/112/bills/hr3/BILLS-112hr3ih.pdf> (ultimo accesso 10/03/2021)

⁴ House Enrolled Act no. 1337 (2016) *An Act to amend the Indiana Code concerning health*, <https://iga.in.gov/static-documents/5/1/b/5/51b52d50/HB1337.05.ENRS.pdf> (ultimo accesso 10/03/2021).

⁵ P. SULLIVAN, *Trump promises to appoint anti-abortion Supreme Court justices*, in *The Hill*, 05/11/2016, <http://thehill.com/policy/healthcare/279535-trump-onjustices-they-will-be-pro-life> (ultimo accesso 10/03/2021).

⁶ M. FLEGENHEIMER, M. HABERMAN, *Donald Trump, Abortion Foe, Eyes 'Punishment' for Women, Then Recants*, in *The New York Times*, 30/03/2016, <https://www.nytimes.com/2016/03/31/us/politics/donald-trump-abortion.html> (ultimo accesso 10/03/2021).

⁷ E. DIAS, A. KARNI, S. TAVERNISE, *Trump Tells Anti-Abortion Marchers, Unborn Children Have Never Had a Stronger Defender in the White House*, in *The New York Times*, 24/01/2020, <https://www.nytimes.com/2020/01/24/us/politics/trump-abortion-march-life.html> (ultimo accesso 10/03/2021).

⁸ P. FLOWERS, *The Right-to-Life Movement, the Reagan Administration, and the Politics of Abortion*, New York, 2018, 146.

⁹ *Ivi*, 147.

¹⁰ Sui rapporti di Trump con la destra tradizionalmente ritenuta anti-governativa, suprematista e antisemita – cfr. l'analisi dello storico R. PERLSTEIN, *I Thought I Understood the American Right. Trump Proved Me Wrong*, in *The New York Times Magazine*, 17/04/2017, <https://www.cpp.edu/~zywang/righttotrump.pdf> (ultimo accesso 01/05/2021).

figure di primo piano del radicalismo *pro-life*, come John Brockhoeft, condannato per aver piazzato una bomba in una clinica a Cincinnati nel 1985 e Derrick Evans, membro poi dimissionario del legislativo della Virginia, noto per aver aggredito lo staff di una struttura medica che pratica aborti. I movimenti anti-abortisti non sono però soltanto una componente importante della destra trumpista americana. Essi sono a tutti gli effetti i precursori dei movimenti odierni, che ad essi guardano come fonte di ispirazione, sotto tre profili: la consolidata esperienza nell'uso della violenza a scopi ideologici, la diffusione strategica di teorie pseudo-scientifiche, e l'adesione a visioni razziste e misogine.

Come mostra l'esempio di Brockhoeft, l'anti-abortismo radicale ha, negli Stati Uniti, una consolidata tradizione di violenza terrorista. Sin dagli anni '70, in seguito alla costituzionalizzazione del diritto a interrompere la gravidanza in *Roe v. Wade*¹¹, l'aborto si è trasformato in un fattore altamente polarizzante della società e della politica americana¹². *Roe v. Wade* rimane ancora oggi tra le pronunce più controverse della storia americana, secondo molti commentatori direttamente implicata nella nascita della "nuova destra"¹³. Determinanti, nella radicalizzazione dell'anti-abortismo negli anni dopo *Roe*, sono state l'ascesa e la politicizzazione del fondamentalismo protestante. La commistione della retorica apocalittica evangelica e della cultura paramilitare diffusasi con la guerra del Vietnam, hanno finito con il caricare il tema dell'aborto di una dimensione epica, trasformandolo in una sorta di Armageddon americana¹⁴. Il movimento anti-abortista ha progressivamente interiorizzato la narrativa secondo cui quella sull'aborto è la resa dei conti finale tra il Cristo e l'Anticristo, gettando così le basi per il ricorso alla violenza. L'omicidio del medico David Gunn, assassinato nel 1993 da un militante cristiano anti-abortista, ha segnato il passaggio dalla strategia della protesta a quella della giustizia redistributiva, finalizzata a restaurare l'ordine di Dio¹⁵.

In poco più di trent'anni, tra omicidi, incendi, piazzamenti di bombe, picchettaggi, aggressioni, minacce, molestie, invasioni di cliniche ed episodi di vandalismo, la piaga del terrorismo anti-abortista nordamericano ha provocato oltre trentamila arresti e vittimizzato centinaia di persone¹⁶. Tra queste, un medico ucciso in Kansas nel 2009¹⁷ da un militante del *Sovereign Citizen Movement*, un gruppo che sostiene l'illegittimità del governo, a dimostrazione delle profonde connessioni tra anti abortismo radicale e destra anti-governativa¹⁸.

¹¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹² J. DAVISON HUNTER, *Culture Wars, The Struggle to Define America*, New York, 1991, 12 ss., 19, 162, 218, 253, 322.

¹³ Cfr. l'analisi di R. POST, S. SIEGEL, *Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42, 2, 2007.

¹⁴ C. MASON, *Killing for Life: The Apocalyptic Narrative of Pro-Life Politics* Ithaca, New York, 2002, 4.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ National Abortion Federation, *Violence and Disruption Statistics*, http://prochoice.org/pubs_research/publications/downloads/about_abortion/violence_stats.pdf (ultimo accesso 10/03/2021).

¹⁷ A. YOUNG, *Abortion, Ideology and the Murder of George Tiller*, in *Feminist Studies*, 35, 2, 2009.

¹⁸ «Roeder's involvement with extreme causes was wider than simply anti-abortion extremists. He also had a long history of involvement with anti-government extremist movements such as the sovereign citizen and the tax protest movements. The sovereign citizen movement believes that a conspiracy took over the "real" government and the "false" government has no jurisdiction over them»: Kansas extremist arrested for physician slaying, Anti-Defamation League, 01/06/2009 http://www.adl.org/learn/extremism_in_the_news/Other_Extremism/Roeder+Tiller.htm (ultimo accesso 10/04/2021).

Anche l'anti-semitismo e il suprematismo bianco, che caratterizzano le posizioni della destra anti-governativa odierna, sono componenti tradizionali dei movimenti *pro-life* americani. La tendenza a vedere nelle posizioni anti abortiste un'alta forma di patriottismo e a costruire chi è *pro-choice* in termini di un'alterità irconciliabile è infatti tipico della destra razzista, a partire dal *Ku Kux Klan*, che già durante la presidenza Reagan, aveva iniziato a parlare apertamente dell'aborto come di un "genocidio della razza bianca"¹⁹, e a pubblicizzare le liste dei medici che praticavano aborti²⁰. Tra questi, un ginecologo ebreo, ucciso nel 1996 mentre rientrava dalla sinagoga, da un fervente negatore dell'Olocausto e militante dell'associazione anti-abortista *Army of God*²¹. La retorica del "genocidio bianco" anima tuttora elementi del partito repubblicano vicini a Trump, come ad esempio Steve King, membro della Camera dei Rappresentanti fino al 2021, secondo il quale «Se continuiamo ad abortire i nostri bambini e ad importare sostituti nella forma di giovani uomini violenti, stiamo soppiantando la nostra cultura e la nostra civiltà»²².

Figure di spicco del radicalismo *pro-life* hanno poi tradizionalmente insinuato – o apertamente affermato – la responsabilità degli Ebrei in questo nuovo Olocausto²³. Per esempio, già negli anni '80, *Planned Parenthood*, la maggiore organizzazione no-profit che offre servizi di salute riproduttiva, veniva accusata dalla *White Aryan Resistance* (WAR) di essere "una corrotta organizzazione giudaica", in cui lavorano "prevalentemente infermiere lesbiche". Un *pamphlet* diffuso dalla WAR nel 1987 affermava poi:

«Sapevi che la maggior parte degli abortisti sono Ebrei o altri non bianchi [...] e che il movimento pro-aborto è guidato da femministe ebreo poco femminili che consigliano ai non bianchi di non abortire [...] e lo sapevi che gli abortisti massacrano quasi un milione di bambini bianchi ogni anno? L'omicidio rituale ebraico è vivo e vegeto negli Stati Uniti d'America [...] ed è del tutto legale!»²⁴.

Confuse teorie cospirazioniste si fondono oggi al tradizionale suprematismo anti-abortista nelle narrative di *QAnon*, secondo cui una rete di satanisti democratici, protetta dalla "cabala globale," praticerebbe sacrifici con il sangue dei bambini americani²⁵, in una riedizione odierna della "calunnia del sangue" medievale, secondo cui gli Ebrei rapivano e uccidevano i bambini cristiani per usarne il sangue nelle azzime. Così, una sovvenzione assegnata a *Planned Parenthood* dalla *Open Society Foundations*

¹⁹ C. MASON, *op. cit.*, 38 ss.

²⁰ *Anti-abortionists and white supremacists make common cause*, in *The Free Library*, 1994, <https://www.thefreelibrary.com/Anti-abortionists+and+white+supremacists+make+common+cause.-a015783407> (ultimo accesso 25/03/2021).

²¹ A. DI BRANCO, *The Long History of the Anti-Abortion Movement's Links to White Supremacists*, in *The Nation*, 03/02/2020, <https://www.thenation.com/article/politics/anti-abortion-white-supremacy/tnamp/> (ultimo accesso 25/03/2021).

²² *Ibidem*.

²³ N. BEISEL, S. LIPTON-LUBET, *Appropriating Auschwitz: The Holocaust as Analogy and Provocation in the ProLife Movement*, Paper presentato al convegno annuale dell'American Sociological Association, Atlanta 2010.

²⁴ Cit. in J. DANIELS, *White Lies. Race, Class, Gender and Sexuality in White Supremacist Discourse*, Londra, 1997, 130.

²⁵ A. AMARASINGAM, M-A. ARGENTINO, *The QAnon Conspiracy Theory: A Security Threat in the Making?*, in *Sentinel*, 13, 7, 2020, 37 et seq.

di George Soros diventa la prova che quest'ultimo offre personalmente copertura politica al lucrativo commercio da parte degli "abortisti" di "parti del corpo dei bambini"²⁶.

In queste narrative Trump, che si è progressivamente identificato con i movimenti carismatici pentecostali ed evangelici, finendo per assumere agli occhi di segmenti del suo elettorato il ruolo di uno strumento di Dio²⁷, è al contempo la vittima del complotto satanista e una figura salvifica, che, sola, è in grado di ripristinare la giustizia sulla terra. Trump e il suo entourage hanno ben compreso la centralità della retorica anti-abortista razzista e antisemita per le componenti ultra-nazionaliste e suprematiste della base elettorale repubblicana. Dal 2015 si sono susseguite a livello statale e federale inchieste -finite nel nulla- volte a provare che *Planned Parenthood* commercia illegalmente in organi di feti abortiti²⁸. Queste iniziative hanno incontrato il plauso dei cospirazionisti, come si evince dalle parole del presidente di *Operation Rescue*, una storica organizzazione radicale *pro-life*:

«Siamo grati a Q e all'Amministrazione Trump per avere preso sul serio le prove contro *Planned Parenthood* e averle portate all'attenzione del pubblico, che non avrebbe altrimenti mai saputo la verità. Speriamo che [così facendo ...] QAnon dia la sveglia agli Americani rispetto alla barbarità dell'aborto»²⁹.

In più occasioni Trump ha poi accusato i Governatori democratici di sostenere l'infanticidio³⁰; mentre il suo avvocato e sostenitore Rudolph Giuliani ha parlato apertamente di George Soros come dell'Anticristo³¹.

Infine, come si è detto, oltre che per la propensione alla violenza e per l'ideologia suprematista, l'anti-abortismo è precursore e ispiratore dei movimenti della destra anti-governativa contemporanea anche per l'uso ideologico della scienza alternativa. Sin dagli anni '80, come si vedrà approfonditamente nella Sezione II, per fornire una *ratio* alla compressione dei diritti riproduttivi, i movimenti anti-abortisti hanno infatti adottato il gergo medico-scientifico per diffondere teorie false, che offuscano la differenza tra aborto e contraccezione e vogliono provare l'esistenza di legami di causalità tra questi ultimi

²⁶ J. WINTER, *The Link between the Capitol Riot and Anti-Abortion Extremism*, in *The New Yorker*, 11/03/2021 <https://www.reuters.com/article/uk-factcheck-virginia-gov-abortion-idUSKBN27D2HL> (ultimo accesso 10/03/2021).

²⁷ P. MCLAREN, *Religious Nationalism and the Coronavirus Pandemic: Soul-Sucking Evangelicals and Branch Covidians Make America Sick Again*, in *Postdigital Science and Education*, 2, 2020, 700-721, 703.

²⁸ ALL LIVES MATTER; *Congressional Record Vol. 161, No. 114* (House of Representatives – 21/07/ 2015), <https://www.congress.gov/congressional-record/2015/7/21/house-section/article/h5319-2> (ultimo accesso 10/03/2021).

²⁹ CÒ SULLENGER, *These people are SICK! #Qanon Takes on Planned Parenthood*, 07/01/2028 <https://www.operationrescue.org/archives/these-people-are-sick-qanon-takes-on-planned-parenthood/> (ultimo accesso 10/03/2021).

³⁰ Durante un *rally* in Wisconsin Trump ha affermato: «Your Democratic governor shockingly stated he will veto legislation that would protect Wisconsin babies. The baby's born. The mother meets with the doctor. They take care of the baby. They wrap the baby beautifully and then the doctor and the mother determine whether they will execute the baby», <https://abcnews.go.com/Politics/wireStory/wisconsin-governor-calls-trump-abortion-comments-blasphemy-62734987> (ultimo accesso 10/03/2021). Simili accuse sono state rivolte da Trump al Governatore della Virginia: <https://www.reuters.com/article/uk-factcheck-virginia-gov-abortion-idUSKBN27D2HL> (ultimo accesso 10/03/2021).

³¹ J.S. TOBIN, *Rudy Giuliani backs calling George Soros the 'Anti-Christ.' Is that anti-Semitic?*, in *Haaretz*, 08/10/2018, <https://www.haaretz.com/us-news/.premium-rudy-giuliani-called-george-soros-the-anti-christ-is-that-anti-semitic-1.6534666> (ultimo accesso 10/03/2021).

e patologie di varia natura. È difficile non cogliere l'analogia di questa strategia con l'uso ideologico della pseudo-scienza da parte di ampi segmenti della destra americana, incluso lo stesso Trump. Basti pensare a come l'ex Presidente abbia politicizzato la pandemia da Covid-19, e l'abbia trasformata in un fattore di polarizzazione, negandone sistematicamente la gravità sulla base di teorie pseudo-scientifiche e delegittimando gli esperti, additati all'opinione pubblica come nemici politici³².

Queste brevi osservazioni danno la misura della centralità politica e culturale del dibattito sui diritti riproduttivi negli Stati Uniti, e delle dinamiche innescate dalla vittoria elettorale di Trump e dalla sua parabola presidenziale. Si tratta, a tutti gli effetti, di una guerra culturale, in cui non si fronteggiano soltanto accezioni diverse della libertà femminile, ma piuttosto visioni irreconciliabili dell'identità nazionale e costituzionale americana. In questa luce, si comprende perché la presidenza Trump abbia fatto dello smantellamento dei diritti riproduttivi una priorità assoluta dell'azione governativa, e come questo abbia provocato un'intensificazione dell'attività interpretativa delle corti in questa materia.

All'analisi della regolamentazione dei diritti riproduttivi nell'era di Trump sono dedicate le pagine che seguono, e che muovono dall'intento di dimostrare due cose. La prima è che, dai movimenti sociali, il linguaggio e gli argomenti dell'anti-abortismo radicale hanno infiltrato non solo i processi decisionali, ma anche le argomentazioni delle corti, e sono quindi destinati a produrre effetti a lungo termine sul diritto americano. La seconda è che, nell'era Trump, l'attacco ai diritti riproduttivi non è stata una guerra fine a sé stessa, ma piuttosto una componente fondamentale di un progetto politico profondamente illiberale, volto a snaturare la filosofia illuminista sui cui appoggia l'architettura costituzionale degli Stati Uniti.

Nella Sezione II, mi focalizzo sull'uso della scienza alternativa nelle misure adottate durante la presidenza Trump, per restringere l'accesso alla contraccezione e all'aborto. Successivamente, nella Sezione III, fornisco un quadro delle strategie legislative e dei casi giudiziari che hanno avuto un impatto nella regolamentazione dei diritti riproduttivi durante l'amministrazione Trump. Nella Sezione IV analizzo l'azione esterna della presidenza Trump volta a boicottare i diritti riproduttivi globalmente, e le tensioni determinate dal mancato allineamento del paese al regime internazionale dei diritti umani. Infine, nell'ultima Sezione, riprendo le considerazioni introduttive, per riflettere sull'azione di smantellamento dei diritti riproduttivi nel quadro del tentativo dell'amministrazione Trump di rimodulare in senso illiberale l'epistemologia dei diritti fondamentali.

2. Gli ingredienti dell'attacco ai diritti riproduttivi: misoginia, scienza alternativa e paternalismo

Nella sua crociata *pro-life*, Trump ha nominato in posizioni cruciali del Dipartimento della Salute numerosi militanti anti-abortisti, affinché perseguissero politiche di smantellamento sistematico dei programmi federali di salute riproduttiva³³. A sostegno di queste politiche, a farla da padrona è stata

³² A. BOUTROS, *The Edges of a Pandemic: Pseudoscience, Alternative Medicine, and Belief in the Age of COVID*, in *Canadian Journal of Cultural Studies*, 41, 2020.

³³ O. AHMED, S. PHADKE, D. BOESCH, *Women have paid the price for Trump's regulatory agenda*, in *Center for American Progress*, 10/09/2020, <https://ampr.gs/34yV6lf> (ultimo accesso 10/03/2021).

invariabilmente la pseudo-scienza³⁴: l'Amministrazione Trump ha fatto sistematicamente da megafono alla diffusione di informazioni false in materia di riproduzione umana, così legittimandole agli occhi dell'opinione pubblica. Sotto Trump, si può dire che la pseudo-scienza sia stata sostanzialmente ufficializzata: essa ha infatti guidato l'azione governativa, dando forma ai programmi federali in materia di salute riproduttiva, ed ha fornito la *ratio* a misure legislative e regolamentari che limitano pesantemente i diritti delle donne.

La pseudo-scienza promuove miti che concernono sia la contraccezione che l'aborto, ed offusca la linea di demarcazione tra i due, affermando, ad esempio, che alcuni contraccettivi comunemente usati sono "abortivi"³⁵. Questo contraddice la nozione universalmente accettata – dalla medicina, ma anche dal diritto³⁶ – per cui la gravidanza ha inizio *dopo* l'impianto. Sia i contraccettivi orali che i dispositivi intrauterini possono prevenire l'ovulazione, bloccare la fertilizzazione o impedire l'impianto di un ovulo fertilizzato nell'utero. Quindi, nessun contraccettivo ha l'effetto di interrompere la gravidanza. Tuttavia, come vedremo, nel diritto americano – sia a livello federale che statale – sono generosamente riconosciute eccezioni all'applicazione della legge generale, sulla base della teoria falsa per cui alcuni contraccettivi *sono* abortivi, il che amplia a dismisura lo spazio per l'obiezione di coscienza.

Un altro falso mito diffuso dall'amministrazione Trump – in particolare dagli amministratori responsabili dei programmi di pianificazione familiare – è quello per cui i contraccettivi non sarebbero efficaci nel prevenire le gravidanze indesiderate, e, quindi, gli aborti, il che, nonostante sia contraddetto dalla ricerca scientifica³⁷ (oltre che, si potrebbe aggiungere, dal buon senso), ha giustificato la soppressione di programmi federali di salute riproduttiva, che servivano segmenti particolarmente vulnerabili della popolazione³⁸.

L'amministrazione Trump ha poi disseminato capillarmente false informazioni circa gli effetti della contraccezione e dell'aborto sulla salute fisica e mentale delle donne, per giustificare misure che restringono l'accesso ai servizi riproduttivi sulla base della necessità di tutelare la salute femminile. Questi argomenti non sono certo nuovi. La retorica dei movimenti *pro-life* americani ha infatti sempre oscillato tra la costruzione delle donne come carnefici e la loro vittimizzazione, a fronte di una società che non riconosce il giusto valore alla maternità e, più in generale, alla "natura" femminile e ai tradizionali ruoli di genere³⁹. Gli argomenti di questo secondo tipo fecero la loro comparsa negli anni dell'amministrazione Reagan, con la diffusione di dati che stabilivano una correlazione tra l'interruzione della

³⁴ R. ALTA CHARO, *Alternative Science and Human Reproduction*, in *New England Journal of Medicine*, 377, 2017, 309-311.

³⁵ Si noti come questo linguaggio travalichi i confini del diritto e della politica americani: cfr. A. PIN, secondo il quale il caso Hobby Lobby – su cui infra nella Sezione II – concerneva «[l']esenzione a coprire con l'assicurazione sanitaria dei dipendenti l'utilizzo di anticoncezionali abortivi» (il corsivo è mio): A. PIN, *Quando la storia decide il caso. La libertà religiosa ai tempi della Corte Roberts*, in P. ANNICHINO (a cura di), *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, 2017, 5.

³⁶ Questa nozione è accettata dal diritto federale, che definisce la gravidanza «il periodo di tempo che va dall'impianto al parto» (45 C.F. R. par. 46.2020).

³⁷ Cfr. il rapporto della Washington University School of Medicine: <https://contraceptivechoice.wustl.edu/> (ultimo accesso 10/03/2021).

³⁸ O. AHMED, S. PHADKE, D. BOESCH, *op. cit.*

³⁹ R. B. SIEGEL, *The Right's Reasons: Constitutional Conflict and the Spread of Woman-Protective Antiabortion Argument*, in *Duke Law Journal*, 57, 2008, 1658.

gravidanza e una particolare forma depressiva, che colpirebbe le donne a causa dell'*innaturalità* dell'aborto: la sindrome traumatica post-aborto. Le basi per l'"invenzione" della sindrome furono gettate nel 1981 da Vincent Rue, uno psicoterapeuta chiamato in veste di esperto a testimoniare davanti al Senato circa gli effetti sociali dell'aborto. Rue parlò dell'interruzione della gravidanza come di un atto «contro la famiglia», che «intensifica la conflittualità tra i sessi» ed ha l'effetto di «castrare gli uomini» e di distruggere la psiche delle donne, che ne resterebbero per sempre traumatizzate⁴⁰. Questi dati furono screditati in diverse sedi: nel 1992, nel caso *Planned Parenthood v. Casey*, Rue fu giudicato inattendibile da un giudice distrettuale, secondo cui

«la sua testimonianza, che si basa primariamente, se non esclusivamente, sulla sua limitata esperienza clinica, non è credibile» perché «è priva della forza analitica e del rigore scientifico che caratterizzano le testimonianze degli esperti in psicologia [...]. I suoi studi sono stati giudicati "privi di valore" e "fondati su di un convincimento pregresso piuttosto che sull'analisi obiettiva dei dati" da scienziati del *Center for Disease Control*, del *National Center for Health Statistics* e di molte altre istituzioni scientifiche»⁴¹.

Nonostante tutto ciò, e nonostante la sindrome post-aborto non sia mai stata riconosciuta né dall'*American Psychological Association*, né dall'*American Psychiatric Association*⁴², la narrativa di Rue è riuscita ad imporsi con forza nell'immaginario collettivo americano e a gettare le basi per l'appropriazione da parte dei movimenti *pro-life* del linguaggio femminista e del gergo scientifico. Invece di mostrare immagini di feti sanguinanti, essi hanno iniziato a suggerire che le donne sono l'"altra" vittima dell'aborto, da cui vanno liberate, perché possano godere appieno del «diritto ad essere madri»⁴³. Questo ha cambiato profondamente il discorso pubblico sull'aborto, da una retorica basata sull'opposizione tra i diritti delle donne e la vita del concepito ad una ancorata negli stereotipi e nelle gerarchie di genere. Questi argomenti sono fondati infatti sulla premessa per cui il diritto dovrebbe riconoscere che uomini e donne hanno ruoli sociali diversi, ancorati nelle differenze anatomiche e biologiche tra i sessi. Si tratta, a ben vedere, di argomenti che ricalcano le conclusioni della medicina e dell'antropologia ottocentesca, che teorizzava l'inferiorità intellettuale (e giuridica) delle donne sulla base della loro anatomia. Sembra di tornare agli studi di Cesare Lombroso, sulla "donna normale," che a differenza di quella delinquente, è materna, irrazionale, remissiva e incapace di scelte moralmente impegnative perché tutto in lei può essere spiegato tenuto conto del rapporto strettissimo tra utero e cervello⁴⁴. A rafforzare questa costruzione è intervenuta successivamente la diffusione di altre informazioni false, relative in particolare ad una supposta connessione tra l'aborto e il tumore al seno. Come spiega Ellie

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Planned Parenthood v Casey* 947 F.2d 682, United States Court of Appeals, Third Circuit, 21/10/1991.

⁴² Gli studi scientifici che sconfessano i tentativi di provare un nesso causale tra l'aborto e varie patologie fisiche e psichiche sono innumerevoli. Ad esempio, nel 1992, la *American Psychological Association* (APA) pubblicò uno studio da cui risulta che gli effetti psicologici negativi dell'aborto volontario sono rari (N.E. ADLER et al., *Psychological Factors in Abortion: A Review*, in *American Psychologist*, 47, 10, 1992, 1202). Questi risultati sono stati confermati da un successivo studio dell'APA, durato due anni, che ha analizzato la «migliore ricerca scientifica pubblicata». Ne emerge che le donne che hanno abortito non corrono rischi superiori a quelle che non hanno abortito (B. MAJOR et al., *Report of the APA Task Force on Mental Health and Abortion*, in *American Psychological Association*, 12 agosto 2008 (<http://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/mental-health.pdf>).

⁴³ R. B. SIEGEL, *The Rights' Reasons*, cit.

⁴⁴ C. LOMBROSO, G. FERRERO, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino, 1893.

Lee, «Centrale [in questi discorsi] è una critica dei concetti giuridici e degli argomenti che hanno legittimato l'aborto»: le corti e i legislatori hanno ritenuto erroneamente che questo sia una procedura medica sicura, mentre alla luce delle nuove scoperte, lo stato lo deve restringere al massimo, o addirittura proibire, per proteggere la salute fisica e mentale delle donne⁴⁵.

Negli anni più recenti, la battaglia contro i diritti riproduttivi «per proteggere le donne» si è spostata dall'aborto alla contraccezione⁴⁶. Questo spostamento indica senza ambiguità che l'interesse centrale in gioco nella battaglia contro i diritti riproduttivi non è affatto la difesa della vita prenatale, ma piuttosto la capacità delle donne di controllare la propria vita riproduttiva⁴⁷.

Sono innumerevoli gli esempi di membri dell'amministrazione Trump che hanno disseminato questo tipo di informazioni pseudo-scientifiche e le hanno utilizzate come *ratio* per la loro azione. Una delle figure di maggior spicco è stata Charmaine Yoest, la ex presidente della lobby *Americans United for Life*, la quale sostiene che i «profilattici non proteggono dall'AIDS e dalle altre malattie a trasmissione sessuale», che «la contraccezione non riduce il numero di aborti»⁴⁸ e che vi sia un rapporto di causalità tra l'aborto, il tumore al seno e le malattie mentali⁴⁹. Un'altra fervente sostenitrice della pseudoscienza è Teresa Manning, una lobbista nel *National Right to Life Committee* e del *Family Research Council*, noto per le virulente campagne contro i diritti delle persone LGBTQ+. Il suo compito nell'Amministrazione Trump era di sviluppare programmi federali per la distribuzione dei contraccettivi alle donne in condizioni di povertà e senza assicurazione medica. Come Yoest, però, anche Manning ritiene che «la contraccezione sia inefficace» nel prevenire la gravidanza⁵⁰. Trump scelse anche di nominare alle Politiche Interne del Dipartimento della Salute Kate Talento, una fiera paladina del movimento *pro-life*, autrice di una serie di articoli in cui sostiene che i contraccettivi altro non sono che «un mucchio di pericolosi agenti chimici cancerosi»⁵¹, responsabili dell'infertilità, degli aborti spontanei e addirittura della rottura dell'utero⁵².

⁴⁵ E. LEE, *Abortion, Motherhood, and Mental Health: Medicalizing Reproduction in the United States and Great Britain*, New York, 2003, 38.

⁴⁶ Cfr. H. M. ALVARE, secondo cui la contraccezione riduce il valore della sessualità femminile e deresponsabilizza gli uomini: *No compelling state interest: the birth control mandate and religious freedom*, in *Villanova Law Review*, 58, 3, 2013.

⁴⁷ Sulla circolazione transnazionale di questi argomenti cfr. S. MANCINI, K. STOECKL, *Transatlantic Conversations. The Emergence of Society-Protective Anti-Abortion Arguments in the United States, Europe and Russia*, in S. MANCINI, M. ROSENFELD (a cura di), *The Conscience Wars. Rethinking the Balance Between Religion, Identity and Equality*, Cambridge, 2018, 220-257.

⁴⁸ R. ALTA CHARO, *op.cit.*

⁴⁹ Secondo Yoest: «L'aborto comporta rischi sostanziali per le donne, che includono emorragie, infezioni, l'arresto cardiaco e respiratorio e persino la morte». V. YOEST, *Cuccinelli's abortion clinics*, in *American United for Life*, 24/08/2010, <https://aul.org/2010/08/24/yoest-on-cuccinelli-abortion-clinic-opinion/> (ultimo accesso 10/03/2021).

⁵⁰ D. MICHAELS, *The Triumph of Doubt: Dark Money and the Science of Deceit*, Oxford, 2020, 222.

⁵¹ K. FRENCH TALENTO, *Ladies: Is Birth Control The Mother Of All Medical Malpractice?*, in *The Federalists*, 05/01/2015: <https://thefederalist.com/2015/01/05/ladies-is-birth-control-the-mother-of-all-medical-malpractice/> (ultimo accesso 10/03/2021).

⁵² Id., *Miscarriage Of Justice: Is Big Pharma Breaking Your Uterus?*, in *The Federalist*, 22 gennaio 2015: <https://thefederalist.com/2015/01/22/miscarriage-of-justice-is-big-pharma-breaking-your-uterus/> (ultimo accesso 10/03/2021).

Oltre che per l'uso della scienza alternativa, l'azione dell'amministrazione Trump si è distinta per la misoginia di cui si è nutrita. Numerosi amministratori nominati da Trump hanno mostrato apertamente atteggiamenti discriminatori nei confronti delle donne, facendo leva sulle loro funzioni riproduttive per comprimerne i diritti. Roger Severino, Direttore dell'Ufficio dei Diritti Civili del Dipartimento della Salute, ha proposto di discriminare le donne transessuali e quelle che hanno interrotto una gravidanza nell'accesso ai servizi sanitari⁵³. Un altro misogino nominato da Trump è stato Scott Lloyd, avvocato dell'organizzazione antiabortista *Knights of Columbus*, e fervente oppositore dei contraccettivi, che ritiene siano in grado di «espellere la vita [dell'embrione]»⁵⁴. In qualità di Direttore dell'Ufficio per il Reinsediamento dei Rifugiati, Lloyd si è impegnato in una crociata per impedire alle minorenni senza documenti e non accompagnate di accedere ai servizi abortivi, anche quando queste fossero in grado di pagare l'intervento di tasca propria. Le vittime di Lloyd erano ragazze latinoamericane, molte delle quali «vittime di violenza sessuale o nel paese di origine o durante il viaggio» verso gli Stati Uniti⁵⁵. Lloyd richiedeva che le strutture federali che ospitavano queste adolescenti «non supportassero in nessun caso i servizi abortivi né prima né dopo il loro rilascio; ma esclusivamente consulenti *pro-life*». Lloyd visitava personalmente le strutture di detenzione, e aveva l'abitudine di convocare alla sua presenza le minorenni, per sincerarsi che fossero prese in carico da strutture anti-aborto di sua approvazione. Istruiva inoltre lo staff delle strutture in questione a boicottare gli incontri tra le minorenni e i loro avvocati e a «contattare i genitori» (dove esattamente non si sa) delle minori straniere non accompagnate, anche dopo che un giudice avesse autorizzato l'aborto⁵⁶.

Come si vedrà nelle pagine che seguono, la combinazione di zelo religioso e cinismo politico che ha caratterizzato l'amministrazione Trump ha avuto come risultato un attacco senza precedenti ai diritti riproduttivi, sia nell'azione internazionale che in quella interna. Molti degli strumenti utilizzati a questo fine non stati ideati dall'amministrazione Trump; tuttavia il clima culturale e politico che ha caratterizzato la Presidenza Trump si è rivelato un terreno particolarmente fertile per il loro successo e la loro espansione.

3. La regolamentazione delle cliniche di salute riproduttiva: da *Whole Woman's Health v. Hellerstedt a June Medical Services v. Russo*

Una delle strategie più efficaci per ridurre drasticamente la disponibilità di servizi di salute riproduttiva è la regolamentazione mirata dei loro fornitori. Colloquialmente, ci si riferisce negli Stati Uniti alle misure che colpiscono le strutture dove si praticano gli aborti come alle "leggi trappola" (*TRAP laws*),

⁵³ R. SEVERINO, R.T. ANDERSON, *Proposed Obamacare Gender Identity Mandate Threatens Freedom of Conscience and the Independence of Physicians*, in *The Heritage Foundation*, 06/01/2016, <https://www.heritage.org/health-care-reform/report/proposed-obamacare-gender-identity-mandate-threatens-freedom-conscience> (ultimo accesso 20/12/2020).

⁵⁴ S. LLOYD, *Does contraception really prevent abortion?*, in *The Federalist*, 15/08/2015, <https://thefederalist.com/2015/08/18/does-contraception-really-prevent-abortions/> (ultimo accesso 20/12/2020).

⁵⁵ R. RAYSAM, *Trump official halts abortions among undocumented, pregnant teens*, in *Politico*, 16 October 2017: <https://www.politico.com/story/2017/10/16/undocumented-pregnant-girl-trump-abortion-texas-243844> (ultimo accesso 20/12/2020).

⁵⁶ *Ibidem*.

giocando sull'acronimo di *Targeted Regulations on Abortion Providers*. La strategia consiste nell'adozione di misure legislative che impongono requisiti particolarmente onerosi e del tutto inutili alle strutture che offrono servizi abortivi. La *ratio* di queste misure sarebbe quella di proteggere le donne dai rischi a cui le espone l'aborto, nonostante la medicina abbia ampiamente dimostrato il basso tasso di complicazioni associato, in condizioni normali, all'interruzione di gravidanza⁵⁷. Dal 1973, quando la Corte Suprema costituzionalizzò il diritto all'aborto in *Roe v. Wade*, le interruzioni di gravidanza si svolgono, nella maggior parte dei casi, in strutture mediche indipendenti. Le "leggi trappola" impongono requisiti che tali strutture non hanno: ad esempio, richiedono che i medici che vi operano abbiano una convenzione con un ospedale nel raggio di massimo 30 miglia, che offra servizi ostetrico-ginecologici⁵⁸. Altri requisiti concernono le dimensioni minime dei corridoi della struttura, la presenza di ambulatori specializzati, caratteristiche tecniche insignificanti dell'impianto di areazione o di riscaldamento, o il livello di specializzazione del personale infermieristico⁵⁹. È importante sottolineare che, come ha affermato la Corte Suprema, questi requisiti NON sono richiesti alle strutture in cui si effettuano «molti interventi medici, come il parto, che espongono le pazienti a rischi assai superiori»⁶⁰.

Nel 2016, nel caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità della "legge trappola" texana, sul presupposto per cui i requisiti che essa prevedeva costituivano un gravame indebito al diritto delle donne di interrompere la gravidanza. La Corte ha smascherato la vera natura della *ratio* protettiva della legge, affermando che «nulla suggerisce che la legge soddisfi l'interesse legittimo di proteggere la salute delle donne, che il Texas afferma di perseguire»⁶¹. Al contrario, secondo la Corte, «Le prove [...] dimostrano che tale requisito [...] ha portato alla chiusura della metà delle cliniche texane»⁶². Quindi, nonostante non vi siano pericoli per la salute delle donne,

«il Texas forza queste ultime a percorrere lunghe distanze per abortire in cliniche super-affollate, [in cui] le pazienti [...] non ricevono il tipo di attenzione individuale, di colloquio approfondito e di sostegno psicologico che i medici sarebbero probabilmente in grado di offrire in strutture meno congestionate»⁶³.

Questo caso ha costituito una vittoria importante per i diritti riproduttivi⁶⁴, in primo luogo perché ha rafforzato e chiarificato il test del "gravame indebito," su cui le corti fanno leva nel valutare la

⁵⁷ National Academies of Sciences, *Engineering, and Medicine, The safety and quality of abortion care in the United States*, in *The National Academies Press*, Washington DC, 2018, <https://doi.org/10.17226/> (ultimo accesso 20/12/2020).

⁵⁸ Si noti che questo requisito non protegge affatto le pazienti, dato che le rare complicanze dell'aborto chirurgico insorgono nella stragrande maggioranza dei casi dopo le dimissioni della paziente, non durante l'intervento: cfr. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016) (Ginsburg concurring).

⁵⁹ B.S. JONES, S. DANIEL, L.K. CLOUD, *State Law Approaches to Facility Regulation of Abortion and Other Office Interventions*, in *American Journal of Public Health*, 108, 4, 2018 April; 486-492.

⁶⁰ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016).

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Per un'analisi dettagliata delle implicazioni di questa decisione v. L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Right After Whole Woman's Health*, in *Yale Law Journal Forum*, 126, 2016.

costituzionalità delle leggi sull'aborto sin dai tempi di *Planned Parenthood v Casey*⁶⁵. Lo standard stabilito in *Whole Woman's Health*, prevede che i giudici debbano in primo luogo valutare se una legge che restringe l'accesso all'aborto persegue un interesse statale valido; in secondo luogo, essi debbono bilanciare i benefici che derivano della restrizione del diritto di abortire contro il gravame che questa impone alle donne che ne sono titolari. Infine, la Corte ha stabilito che i giudici, nell'effettuare questo bilanciamento, debbano basarsi su prove credibili, che si fondano su di una metodologia affidabile. Quest'ultimo principio è cruciale, perché esclude il ricorso ad argomenti pseudo-scientifici per restringere il diritto di abortire. Altrettanto importante è il fatto che la Corte abbia affermato che, per essere dichiarata costituzionalmente legittima, la legge debba perseguire un interesse legittimo dello stato, e non essere solo razionalmente connessa ad esso. Così, infatti, il test del "gravame indebito" impone la soggezione delle misure che restringono l'aborto ad un livello di scrutinio particolarmente alto, che esclude la deferenza alla discrezionalità dei legislatori statali.

La portata di *Whole Woman's Health* è stata però ampiamente ridimensionata solo quattro anni più tardi, nel caso *June Medical Services v. Russo*⁶⁶. Il caso ha costituito una prova importante per la Corte nella sua nuova composizione, in seguito alle nomine da parte di Trump di due giudici frontalmente ostili ai diritti riproduttivi, Neil Gorsuch and Brett Kavanaugh. In particolare, la nomina di quest'ultimo, nel 2018, ha scatenato gli entusiasmi dei legislatori statali più conservatori, che si sono affrettati ad adottare nuove misure restrittive dei diritti riproduttivi⁶⁷. Nel 2020, in *June Medical Services v. Russo*, la Corte Suprema ha giudicato incostituzionale una legge della Louisiana praticamente identica a quella texana invalidata in *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*. In quest'ultimo caso, però, il Presidente conservatore della Corte, John Roberts, aveva votato con i giudici dissidenti. Al contrario, in *June Medical Services*, Roberts si è schierato con i colleghi "liberali," così determinandone la prevalenza. Il disallineamento del Presidente si spiega però con la necessità di rispettare il principio dello *stare decisis*, non certo con un cambiamento di prospettiva. Roberts ha infatti redatto un'opinione concorrente, che riduce significativamente il potenziale di *Whole Woman's Health* e apre interrogativi preoccupanti per il futuro dei diritti riproduttivi. Invece del test elaborato in *Whole Woman's Health*, che, come si è visto, prevede il bilanciamento delle restrizioni all'aborto contro il gravame che esse producono, Roberts ritiene costituzionali tutte le restrizioni che possono essere giustificate come "non arbitrarie" e che non pongono un "ostacolo sostanziale" al diritto di abortire. Roberts, però, non ha mai rinvenuto, nel corso della sua lunga permanenza presso la Corte, un solo "ostacolo sostanziale" al diritto di aborto, nemmeno nel caso – giudicato "vergognoso ed incomprensibile" dall'*American College of Obstetricians and Gynecologists*⁶⁸ – di una legge federale che vietava una particolare procedura abortiva, senza

⁶⁵ «An undue burden exists, and therefore a provision of law is invalid, if its purpose or effect is to place a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion before the fetus attains viability». *Planned Parenthood v Casey*, 505 U.S. 833, 877 (1992).

⁶⁶ *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. (2020).

⁶⁷ Solo nel 2019 ben nove stati – Alabama, Utah, Ohio, Kentucky, Georgia, Louisiana, Mississippi, Arkansas e Missouri – hanno adottato misure restrittive del diritto di abortire: v. K.K.R. LAI, *Abortion Bans: 9 States Have Passed Bills to Limit the Procedure This Year*, in *The New York Times*, 29/05/2019, <https://www.nytimes.com/interactive/2019/us/abortion-laws-states.html> (ultimo accesso 01/05/2021).

⁶⁸ D.J. GARROW, *Significant Risks. Gonzales v. Carhart and the Future of Abortion Law*, in *The Supreme Court Review*, 1, 2007, 28.

prevedere un'eccezione per i casi in cui questa si rendesse medicalmente necessaria⁶⁹. In secondo luogo, Roberts si è allineato allo standard flessibile, fatto proprio dal giudice Alito nell'opinione dissenziente, secondo cui «la validità della legge [...] dipende da vari fattori, che possono differire da Stato a Stato», così limitando strettamente la decisione al caso in esame, ed abbassando in via generale il livello di scrutinio a cui sono soggette le misure restrittive del diritto di abortire. Infine, Roberts ha ridotto lo spazio di manovra delle corti, affermando che «i legislativi degli stati e quello federale hanno un'ampia discrezionalità di adottare leggi in ambiti dove vi è incertezza medica e scientifica»⁷⁰.

L'opinione del Presidente Robert è suonata come un invito ai legislatori statali a reintrodurre limitazioni al diritto di abortire giustificate dall'esigenza di proteggere la salute femminile, semplicemente regolamentando la materia con maggiore attenzione rispetto al passato. Come ha scritto un commentatore, «Quello che Roberts sta suggerendo agli stati è che non importa se i requisiti inutili che essi intendono imporre non apportano alcun beneficio in termini di salute femminile, basta solo che i gravami che essi impongono alle donne non siano eccessivi»⁷¹. L'invito di Roberts è stato prontamente accettato. Solo due mesi dopo la pronuncia, la Corte di Appello per l'Ottavo Circuito ha ingiunto al giudice di grado inferiore di conformarsi esclusivamente all'opinione di Roberts in *June Medical* nel riconsiderare un'ingiunzione preliminare, relativa ad una legge statale che impone una serie di restrizioni all'aborto, oltre ad obbligare le donne a tenere il funerale del prodotto del concepimento⁷².

June Medical è davvero stata una vittoria di Pirro, che ha posto le basi per la proliferazione di restrizioni statali al diritto di abortire, giustificate da false pretese di tutela della salute. E ciò è tanto più vero alla luce degli ulteriori cambiamenti intervenuti nella composizione della Corte, con la scomparsa di Ruth Bader Ginsburg, una giudice notoriamente sensibile alla materia dei diritti riproduttivi, e la nomina di Amy Coney Barrett, secondo la quale

«la risposta pubblica a casi controversi come *Roe* riflette il rifiuto da parte del pubblico del principio secondo cui, quando vi è un conflitto costituzionale divisivo, un precedente [giudiziario] possa costituire una vittoria definitiva, piuttosto che il desiderio che il precedente resti per sempre invariato»⁷³.

⁶⁹ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), su cui cfr. S. MANCINI, *Le donne vanno protette da loro stesse? L'aborto al vaglio della Supreme Court*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2007, 654 – 657. Si noti che questa sentenza contiene un potenziale corrosivo del principio dello stare decisis, perché non sottopone la legge impugnata al “close scrutiny” applicato dalla Corte Suprema senza eccezioni nelle precedenti decisioni relative alle scelte delle donne nella sfera riproduttiva, e legittima un intervento federale palesemente privo di un requisito fondamentale di costituzionalità (l'eccezione relativa alla salute della donna) elaborato dalla Corte stessa.

⁷⁰ Roberts, C.J., concurring in judgment, 2136 (riferendosi al caso *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124, 163 (2007)).

⁷¹ D. LITHWICK, *Roberts isn't a liberal. He's a perfectionist who wants to win*, in *Slate*, 29/06/2020, <https://bit.ly/3hZ9o6C> (ultimo accesso 20/12/2020).

⁷² US Supreme Court. Order List, 02/07/ 2020 *Hopkins v Jegley*, No. 17-2879 (8th Cir. 2020): «As a result, we vacate the district court's preliminary injunction and remand for reconsideration in light of Chief Justice Roberts's separate opinion in *June Medical*, which is controlling, as well as the Supreme Court's decision in *Box v. Planned Parenthood of Ind. & Ky., Inc.*, 139 S. Ct. 1780 (2019) (per curiam)».

⁷³ A. CONEY BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, in *Texas Law Review*, 8, 2013, 1727.

4. Il boicottaggio dell'aborto farmacologico: FDA v. American College of Obstetricians and Gynecologists

L'aborto farmacologico rappresenta la scelta di elezione per le donne che abortiscono entro le prime dieci settimane di gravidanza. La Food and Drug Administration americana (FDA) stabilisce che le pazienti che intendono avvalersi di questa possibilità possano ricevere consulenza medica virtuale e assumere entrambi i farmaci necessari – mifepristone e misoprostol – autonomamente, senza supervisione medica. Tuttavia, per ottenere il mifepristone, la FDA richiede che la paziente si rechi fisicamente in una struttura ospedaliera e firmi un modulo informativo. Dal momento che, successivamente alla consegna del farmaco, la paziente non ha più rapporti con la struttura sanitaria, questo requisito non ha alcuna valenza in termini di tutela della salute. È dunque lecito sospettare che esso costituisca un deterrente e una misura di stigmatizzazione delle donne che effettuano scelte riproduttive peraltro del tutto legali. Questa lettura è stata confermata dalle decisioni assunte dalla FDA durante la pandemia da COVID-19, quando il requisito si è trasformato in un ostacolo potenzialmente invalicabile all'aborto farmacologico.

Dopo la dichiarazione di emergenza da parte del Segretario alla Salute Alex Azar il 31 gennaio 2020, la FDA ha determinato che il requisito di recarsi di persona a prendere i farmaci «potesse mettere a rischio i pazienti di contrarre il coronavirus»⁷⁴, e lo ha quindi eliminato in quasi tutti i casi, compreso quelli di molte sostanze, come gli oppioidi, che ingenerano dipendenza. Per il mifepristone, tuttavia, il requisito è rimasto. La Corte Suprema si è trovata a giudicare la costituzionalità di questa politica nel 2021, dopo che una corte distrettuale – su istanza delle maggiori associazioni di categoria, tra cui l'American College of Obstetricians and Gynecologists e il Council of University Chairs of Obstetrics and Gynecology – ha sospeso il requisito della dispensazione “di persona” per il mifepristone per la durata della pandemia, sul presupposto per cui esso “pone un ostacolo sostanziale” alle donne che intendono esercitare il diritto ad interrompere la gravidanza in condizioni di emergenza sanitaria⁷⁵. La Corte Suprema ha prontamente reintegrato il requisito, ritenendo che la corte distrettuale non fosse competente a valutare l'impatto della pandemia sui diritti in questione, e che in questi ambiti sia dovuta una «significativa deferenza» ai soggetti politicamente responsabili, che hanno «il background, la competenza e l'esperienza» per decidere come meglio tutelare la salute pubblica⁷⁶.

L'opinione dissenziente, redatta dalla giudice Sotomayor, ha messo in luce non solo il carattere non necessario, ingiustificabile e irrazionale del requisito della dispensazione “di persona,” ma anche la natura intersezionale della discriminazione che la politica governativa produce. *In primis*, lo stato di gravidanza espone di per sé le donne al rischio di sviluppare gravi complicanze in caso di infezione da COVID-19. A ciò si deve aggiungere che, negli Stati Uniti, più della metà delle donne che abortiscono sono donne di colore, e che il tasso di mortalità da COVID-19 è tre volte più alto per chi appartiene alle minoranze nere e ispaniche rispetto alla maggioranza caucasica. Tre quarti delle pazienti che

⁷⁴ FDA Policy for Certain REMS Requirements During the COVID-19 Public Health Emergency: Guidance for Industry and Health Care Professionals, 7 Marzo 2020, <https://www.fda.gov/media/136317/download> (ultimo accesso 25 marzo 2021).

⁷⁵ 472 F.Supp.3d 183, 216 (D Md. 2020).

⁷⁶ Food and Drug Administration, et al., *Applicants v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, et al. 592 U. S. (2021).

abortiscono provengono poi dai ceti meno abbienti, il che le rende più propense a utilizzare i mezzi pubblici per raggiungere la struttura sanitaria in cui ritirare il farmaco, aumentando così il rischio di esposizione al COVID-19. Infine, le minoranze e le popolazioni meno abbienti hanno maggiori probabilità di vivere in alloggi intergenerazionali, il che aumenta il rischio di infettare familiari anziani⁷⁷.

Come se tutto questo non costituisse un deterrente sufficiente per le donne che vogliono avvalersi dell'aborto farmacologico, la pandemia ha anche determinato una drammatica riduzione della disponibilità delle strutture mediche, rendendo tutt'altro che agevole il reperimento del mifepristone. Uno studio condotto in Nuovo Messico, ad esempio, ha messo in luce come molte donne texane siano state costrette «a guidare per 16 ore fino ad Albuquerque [...] per deglutire una pillola abortiva, girare la macchina e guidare altre 16 ore per tornare a casa», violando così in molti casi misure contenitive del COVID-19⁷⁸.

Queste difficoltà determinano in molti casi l'impraticabilità dell'aborto farmacologico e la necessità di ricorrere a quello chirurgico. Questo, però, secondo la bizzarra difesa del Governo, non costituisce un gravame eccessivo per le donne, che hanno comunque a disposizione una procedura abortiva, anche se non solo più invasiva e più costosa, ma ancora più complessa da ottenere e più rischiosa nel contesto pandemico⁷⁹.

Come le leggi trappola, la regolamentazione dell'aborto farmacologico dimostra chiaramente come negli Stati Uniti l'interruzione di gravidanza sia soggetta ad una disciplina speciale, che non si applica a procedure mediche assai più complesse e rischiose, non è giustificata dal perseguimento di interessi legittimi da parte dello stato⁸⁰, e si traduce nell'imposizione di ostacoli spesso insormontabili all'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato.

5. I falsi centri di consulenza medica: National Institute of Family and Life Advocates v. Be-cerra

Una strategia meno frontale per restringere l'accesso all'aborto ruota intorno al ruolo dei *crisis pregnancy centers*. Si tratta nella maggior parte dei casi di strutture non mediche, prive di qualsivoglia licenza, che si adoperano per intercettare donne -per lo più afroamericane in condizioni di difficoltà economica- che si confrontano con gravidanze non pianificate, per convincerle a non abortire⁸¹. Centri di questo genere esistono dagli anni '90, proprio in conseguenza della diffusione da parte dei

⁷⁷ Food and Drug Administration, et al., *Applicants v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, et al. 592 U. S. (2021) (Sotomayor dissenting).

⁷⁸ A. REED-SANDOVAL, *Travel for Abortion as a Form of Migration*, in *Essays in Philosophy*, 2021, https://www.pdcnet.org/collection/fshow?id=eip_2021_0999_2_23_6&pdfname=03%20Amy%20Reed-Sandoval.pdf&file_type=pdf (ultimo accesso 25 marzo 2021).

⁷⁹ Food and Drug Administration, et al., *Applicants v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, et al. 592 U. S. ____ (2021) (Sotomayor dissenting).

⁸⁰ L. GREENHOUSE, R. B. SIEGEL, *Casey and the Clinic Closings: When "Protecting Health" Obstructs Choice*, in *Yale Law Journal*, 125, 2016, 1428, 1430.)

⁸¹ A. G. BRYANT AND J. J. SWARTZ, *Why crisis pregnancy centers are legal but unethical*, in *AMA Journal of Ethics*, 20, 3, 2018; 269-277: <https://journalofethics.ama-assn.org/article/why-crisis-pregnancy-centers-are-legal-unethical/2018-03> (ultimo accesso 20/12/2020).

movimenti *pro-life* di argomenti di carattere protettivo-paternalistico, che si basano su informazioni false per dissuadere le donne dall'esercitare il diritto di scelta⁸².

I *crisis pregnancy centers* danno l'impressione di essere strutture mediche professionali. I volontari spesso indossano il camice bianco e ricevono le "pazienti" in stanze attrezzate da ambulatori medici. Offrono consulenza su «tutte le opzioni» possibili, ma rifiutano poi di fornire informazioni sulle strutture dove l'aborto è praticato. Fingono di dispensare «informazioni mediche», ma «la consulenza che offrono su aborto e contraccezione non è conforme agli standard medici e alle linee guida che regolamentano l'attività di chi fornisce informazioni basate sulla scienza e su tutte le opzioni di trattamento»⁸³ In effetti, quello che questi centri offrono altro non è che la solita pletora di informazioni false: l'aborto è una procedura particolarmente rischiosa, che causa il cancro e le malattie mentali. Nei *crisis pregnancy centers* si fa un uso massiccio degli strumenti ecografici per far cambiare idea alle donne che propendono per interrompere la gravidanza⁸⁴, nonché di termini fuorvianti, quali "i bambini non ancora nati" per esercitare una pressione psicologica e persuadere le "pazienti" a portare avanti la gravidanza.

In somma sintesi, si tratta di centri ingannevoli, che creano un "ambiente coercitivo,"⁸⁵ e che «non soddisfano gli standard di cura medica di qualità incentrata sul paziente»⁸⁶. Nonostante questo, i *crisis pregnancy centers* sono spesso finanziati dai governi statali, e molti addirittura ricevono fondi federali⁸⁷. Non può sfuggire il radicale contrasto con il trattamento che subiscono le strutture che praticano gli aborti, le quali si avvalgono di professionisti, agiscono in accordo con i più alti standard medici, e non solo non ricevono altro che eccezionalmente fondi pubblici, ma, come abbiamo visto, incontrano barriere spesso insormontabili camuffate da requisiti legislativi per proteggere la salute delle loro pazienti.

Nel 2018, in *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge della California che obbligava i *crisis pregnancy centers* ad informare le "pazienti" della loro natura non medico-professionale, e dell'esistenza in California di servizi pubblici di salute riproduttiva che praticano anche interruzioni di gravidanza⁸⁸. La legge era intesa alla protezione dei consumatori, con il fine di assicurare che «le donne incinte in California sappiano quando ricevono cure mediche da professionisti abilitati alla professione», e siano messe in grado «di effettuare le proprie scelte nella sfera riproduttiva essendo a conoscenza dei propri diritti e dei servizi

⁸² B. R. CLARK, *Commentary on National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, (01/12/2020). Loyola Law School, Los Angeles Legal Studies Research Paper No. 2020-32: <https://ssrn.com/abstract=3742453> (ultimo accesso 10/03/2021).

⁸³ A. G. BRYANT, J. J. SWARTZ, *op. cit.*

⁸⁴ Il website del *National Institute of Family and Life Advocates* (NIFLA), che «esiste per proteggere i centri per la gravidanza *pro-life* presi di mira da gruppi e legislazione *pro-aborto*», ammette che: «NIFLA ha riconosciuto l'importanza di usare l'ecografia nei centri per la gravidanza, al fine di influenzare le donne propense ad abortire da oltre due decenni, ed è stato un pioniere nel modo in cui il movimento *pro-life* ha usato questo importante strumento da allora. L'ecografia offre una finestra sull'utero, e questo ha un impatto sulla decisione delle donne di scegliere la vita»: <https://nifla.org/about-nifla/> (ultimo accesso 20/12/2020).

⁸⁵ B. R. CLARK, *op. cit.*, 3.

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ A. G. BRYANT, J. J. SWARTZ, *op. cit.*

⁸⁸ *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra* 138 S.Ct. 2361 (2018).

sanitari a loro disposizione»⁸⁹. La Corte ha deciso a maggioranza (cinque a quattro) che questi requisiti violano la libertà di espressione protetta dal Primo Emendamento. Il giudice Thomas, che ha redatto l'opinione di maggioranza, ha affermato che, in virtù del Primo Emendamento, la California non possa obbligare le false cliniche a fornire informazioni in merito alla disponibilità di servizi abortivi sponsorizzati dallo stato, essendo l'aborto «proprio la pratica a cui i ricorrenti si oppongono». Queste informazioni, infatti, «alterano il contenuto» della manifestazione del pensiero dei centri anti-abortisti. Non rileva neppure la circostanza per cui l'obbligo legislativo avesse ad oggetto informazioni di carattere professionale. Secondo la Corte Suprema, infatti, la protezione costituzionale delle informazioni di carattere professionale non differisce da quella delle ordinarie manifestazioni del pensiero altro che in due circostanze. Una è il caso in cui «una legge obblighi i professionisti a rendere note informazioni fattuali, *non controverse*»⁹⁰ l'altra la situazione «in cui gli stati regolano le condotte professionali che incidentalmente toccano la manifestazione del pensiero»⁹¹. Secondo la Corte, dato che «l'aborto è tutto fuorché una pratica non controversa», l'informazione a cui la legge delle California obbligava i *crisis pregnancy centers* «non costituisce né una forma di consenso informato né una regolamentazione della condotta professionale»⁹².

A questa costruzione si oppone l'opinione dissenziente, redatta dal giudice Breyer, secondo cui il ragionamento della maggioranza ha il potenziale di proibire la diffusione della maggior parte delle informazioni che caratterizzano la professione medica. Per Breyer, il «marketplace of ideas», che la maggioranza pretende di tutelare, non è certo ostacolato, ma semmai ampliato, dal dovere di fornire ai pazienti informazioni che consentono loro di compiere scelte pienamente informate. Infine, Breyer mette in luce anche il doppio standard che l'opinione di maggioranza finisce con il legittimare:

«Se lo stato può legittimamente obbligare un medico a informare una paziente che richiede un aborto, che vi sono servizi che si occupano di adozione, perché non può obbligare un consulente medico a informare una donna che richiede assistenza prenatale o altri servizi di salute riproduttiva, relativamente all'esistenza di servizi abortivi?»⁹³.

6. La libertà religiosa e l'obiezione di coscienza come strumenti di smantellamento dell'Obamacare: da *Burwell v. Hobby Lobby* a *Little Sisters of the Poor Saints Peter & Paul Home*

L'attacco più diretto ai diritti riproduttivi ha avuto luogo negli Stati Uniti attraverso l'ampliamento e la distorsione dell'obiezione di coscienza⁹⁴.

⁸⁹ *California Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care, and Transparency Act Assembly Bill No. 775*. Sec 1 (e) and Sec. 2.

⁹⁰ *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio* 471 U.S. 626, 651 (1985).

⁹¹ *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey* 505 U.S. 833, 884 (1992).

⁹² *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra* 138 S.Ct. 2361 (2018).

⁹³ *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra* 138 S.Ct. 2361 (2018) (Breyer dissenting).

⁹⁴ S. MANCINI AND M. ROSENFELD, *Introduction: The New Generation of Conscience Objection in Legal, Political and Cultural Context*, in S. MANCINI, M. ROSENFELD (a cura di), *The Conscience Wars. Rethinking the Balance Between religion, Identity and Equality*, cit.

A seguito della costituzionalizzazione dell'aborto nel 1973⁹⁵, il Congresso Federale adottò il c.d. *Church Amendment*⁹⁶, che consente al personale medico di obiettare su base religiosa o morale alle procedure abortive e di sterilizzazione⁹⁷, e alle persone giuridiche di non rendere disponibili le proprie strutture perché vi si compiano questo tipo di procedure⁹⁸. Successivamente, e particolarmente negli anni '90 e 2000, sono proliferate leggi sia a livello statale che federale, che hanno esteso a moltissimi soggetti e fattispecie – tra cui le attività legate alla contraccezione – le prerogative del *Church Amendment*, andando ben oltre all'intenzione del legislatore⁹⁹. Ad esempio, la legge in Colorado stabilisce che «A nessuna istituzione privata, a nessun medico, o altro dipendente di tale istituzione deve essere proibito di rifiutarsi di fornire procedure contraccettive, farmaci e informazioni, nei casi in cui questo rifiuto sia basato sull'obiezione di coscienza o religiosa»¹⁰⁰. In Mississippi, la legge è ancora più generale, perché definisce «health care service» ogni fase della cura medica, ogni trattamento o procedura compresi la consulenza, la terapia, gli esami preventivi, la prognosi, la ricerca, l'istruzione, la prescrizione e distribuzione dei farmaci, e consente l'obiezione a *tutto* il personale delle strutture mediche¹⁰¹.

La nuova generazione di rivendicazioni basate sulla coscienza differisce profondamente da quelle tipiche del passato – ad esempio il rifiuto di prestare il servizio militare o di salutare la bandiera – che erano basate sulla volontà di *non partecipare* ad attività considerate contrarie ai propri principi morali o religiosi. Per contro, le rivendicazioni odierne hanno un carattere intrusivo ed interventista e si focalizzano selettivamente sui diritti delle donne e delle minoranze sessuali. Si pensi ai casi in cui chi offre o è tenuto a garantire servizi al pubblico rivendica il diritto a discriminare sulla base dell'orientamento sessuale, come i pasticceri e i fiorai che si rifiutano di produrre torte e decorazioni per i matrimoni tra persone dello stesso sesso¹⁰². Casi analoghi colpiscono poi esclusivamente le donne, come nel caso della “saga Hobby Lobby,” che ha tratto origine dalla riforma del mercato delle assicurazioni sanitarie fortemente voluta dall'amministrazione Obama: l'*Affordable Care Act* 2010 (ACA), colloquialmente nota come “Obamacare”.

Obamacare ha imposto ai datori di lavoro di fornire ai lavoratori un'assicurazione sanitaria individuale, che deve coprire le prestazioni a tutela della salute femminile, incluso l'accesso ai contraccettivi. Con questo, la riforma ha voluto rompere con il passato regime, in cui molte assicurazioni non coprivano le prestazioni di esclusiva pertinenza femminile, determinando così –data l'assenza negli Stati Uniti di un sistema sanitario pubblico– una pesante discriminazione delle donne nell'accesso alla salute¹⁰³. *Obamacare* ha cercato di porre rimedio a queste carenze, ma ha immediatamente provocato un acceso dibattito, in cui si sono coalizzate posizioni libertarie che vedono con sospetto qualunque intervento

⁹⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁹⁶ *The Church Amendment was passed as part of the Health Programs Extension Act of 1973*, Pub. L. No. 93-45, § 401(b)-(c), 87 Stat. 91, 95.

⁹⁷ 42 U.S.C. § 300a-7(b)(1) (2012).

⁹⁸ 42 U.S.C. § 300a-7(b)(2)(A) (2012).

⁹⁹ D. NEJAIME, R.B. SIEGEL, *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*, in *The Yale Law Journal*, 124, 2015, 2538.

¹⁰⁰ COLO. REV. STAT. ANN. § 25-6-102 (2014).

¹⁰¹ *Mississippi Health Care Rights of Conscience Act*, ch. 568, § 2(a), 2004 Miss. Laws 977, 978.

¹⁰² *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018).

¹⁰³ F. M. GEDICKS, A. KOPPELMAN, *Invisible Women: Why an Exemption for Hobby Lobby Would Violate the Establishment Clause*, in *Vanderbilt Law Review En Banc*, 67, 51, 2014.

governativo nella sfera sociale e la destra religiosa rigidamente contraria alla promozione dei diritti riproduttivi¹⁰⁴. Nel 2014, nel caso *Hobby Lobby*¹⁰⁵, la Corte Suprema ha accolto la pretesa dei proprietari di società a scopo di lucro, di fornire prestazioni assicurative sanitarie ai propri dipendenti che coprivano contraccettivi "abortivi". La Corte ha ritenuto che quest'obbligo costituisse un gravame sostanziale della libertà religiosa dei ricorrenti ai sensi del *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA)¹⁰⁶. Durante l'Amministrazione Trump, una nuova ondata di misure legislative e decisioni giudiziarie ha ulteriormente ampliato lo spazio per le eccezioni su base religiosa all'applicazione di misure che tutelano i diritti riproduttivi. È importante, in questo contesto, ricordare che questo ampliamento non riflette affatto le convinzioni della maggior parte dei gruppi religiosi americani, i quali supportano l'obbligo dei datori di lavoro di fornire uno schema assicurativo che comprende i contraccettivi¹⁰⁷. In altre parole, in questa materia, le lobby cristiane fondamentaliste hanno dettato l'azione dell'amministrazione Trump e monopolizzato il dibattito sul significato e sull'estensione della libertà religiosa e dell'obiezione di coscienza.

Nel 2018, il governo federale ha adottato una serie di misure che riconoscono il diritto all'obiezione di coscienza ai datori di lavoro che sollevano obiezioni di natura religiosa o morale a fornire la copertura per i contraccettivi, «compresi quelli che essi considerano abortivi», nei loro piani di assicurazione sanitaria. Nel 2020, la Corte Suprema ha affermato la costituzionalità di queste misure nel caso *Little Sisters of the Poor Saints Peter & Paul Home*¹⁰⁸. La Giudice Ginsburg, nella sua opinione dissenziente, ha sollevato preoccupazioni relative alle conseguenze pratiche di questa decisione per le lavoratrici a basso reddito, che, in un sistema dove i costi per le prestazioni sanitarie sono letteralmente astronomici¹⁰⁹, rischiano di non aver accesso ai contraccettivi che meglio si prestano a tutelare la loro salute e le loro esigenze di vita. Più in generale, Ginsburg ha puntato il dito contro lo smisurato ampliamento della libertà religiosa a scapito dei diritti riproduttivi:

«Nell'accomodamento della libertà religiosa, questa Corte ha sempre preso una posizione bilanciata, che non consentisse alle credenze religiose di alcuni di sopraffare i diritti e gli interessi di altri, che non

¹⁰⁴ Cfr. la piattaforma del Partito Repubblicano del 2012: «La parte più offensiva di questa guerra di religione è il tentativo da parte dell'Amministrazione [Obama] di obbligare istituzioni ed individui religiosi a contravvenire ai propri principi religiosi, morali o etici nell'ambito dei servizi sanitari, del matrimonio e dell'aborto. Il Partito Repubblicano non si limita poi ad affermare questi principi [...] ma ha a lungo caldeggiato le leggi sull'obiezione di coscienza. E, dopo l'adozione dell'ACA, che il Partito ha duramente combattuto, i leaders repubblicani hanno tentato di far adottare leggi che consentono l'obiezione di coscienza per i datori di lavoro». D. NEJAIME, R. SIEGEL, *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*, in *Yale Law Journal*, 124, 2015, 2516-2591.

¹⁰⁵ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* 134 S. Ct. 2751 (2014).

¹⁰⁶ *Religious Freedom Restoration Act* 1993, Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488 (16/11/1993).

¹⁰⁷ O. AHMED, S. PHADKE, D. BOESCH, *op. cit.*

¹⁰⁸ *Little Sisters of the Poor Saints Peter & Paul Home v. Pennsylvania*, 140 S. Ct. 2367, 2400 (2020).

¹⁰⁹ Un dispositivo intrauterino a rilascio di progesterone può costare oltre 1300 dollari: cfr. la pagina di Planned Parenthood: <https://www.plannedparenthood.org/learn/birth-control/iud/how-can-i-get-an-iud> (ultimo accesso 21/03/2021).

condividono tali credenze. Oggi, per la prima volta, la Corte mette completamente da parte i diritti e gli interessi altrui nel suo zelo per garantire i diritti religiosi all'ennesima potenza»¹¹⁰.

Alla luce delle recenti modifiche nella composizione della Corte, le preoccupazioni della giudice Ginsburg appaiono quanto mai fondate. È probabile infatti che il grave sbilanciamento che si è venuto a creare all'interno della Corte suoni come un invito per i legislatori statali cristiani conservatori ad intensificare le politiche che sostengono e intensificano le strutture patriarcali e discriminano nei confronti delle donne e delle persone LGBTQ+, nella speranza che queste siano dichiarate costituzionalmente legittime sotto l'ombrello della libertà religiosa.

7. Il boicottaggio internazionale dei diritti riproduttivi

L'Amministrazione Trump è stata particolarmente attiva anche nell'azione di smantellamento e boicottaggio dei diritti riproduttivi a livello internazionale. Il terzo giorno della sua Presidenza, Trump ha firmato un ordine esecutivo reintegrando la *Mexico City Policy* (colloquialmente "global gag rule"), che vieta all'Agenzia Americana per lo Sviluppo Internazionale di assegnare fondi alle organizzazioni non governative (ONG) che in tutto il mondo forniscono assistenza sanitaria e informazioni alle donne che scelgono di interrompere una gravidanza. La "global gag rule" è stata implementata sistematicamente in passato dalle amministrazioni repubblicane, tuttavia, per la prima volta, nel 2017, essa è stata estesa a «tutta l'assistenza medica globale fornita da tutti i dipartimenti e le agenzie»¹¹¹. Questo ha prodotto conseguenze catastrofiche sulla salute delle donne nei paesi più poveri, perché la quasi totalità delle ONG colpite dalla "global gag rule" offre servizi di salute riproduttiva ad ampio raggio, che spaziano dal diffondere la contraccezione, alla prevenzione dell'AIDS e delle altre malattie a trasmissione sessuale, alla cure materno-infantili, in decine di paesi tra Africa, Asia, Medio Oriente e America Latina¹¹². Nella sua crociata internazionale contro i diritti riproduttivi, Trump ha perseguito alleanze con paesi autoritari, tristemente noti per le gravissime e sistematiche violazioni dei diritti delle donne, come l'Arabia Saudita, il Pakistan e la Libia. Nel dicembre 2020, il Rappresentante Permanente degli Stati Uniti alle Nazioni Unite ha inviato una lettera al Segretario Generale, in cui si afferma che «Non vi è alcun diritto internazionale all'aborto» e si richiama l'attenzione sulla *Dichiarazione di consenso di Ginevra sulla salute delle donne e il rafforzamento della famiglia*. Questa Dichiarazione, che enfatizza il «ruolo fondamentale delle donne nella famiglia» e il loro contributo al benessere di quest'ultima, è stata co-sponsorizzata da Stati Uniti, Uganda, Ungheria, Indonesia, Egitto e Brasile, e firmata da un totale di trentaquattro paesi, nessuno dei quali con solide credenziali democratiche¹¹³.

L'alleanza di Trump con i peggiori paesi al mondo in termini di trattamento giuridico e sociale delle donne al fine di boicottare i diritti riproduttivi non è sorprendente. I diritti riproduttivi sono una

¹¹⁰ *Little Sisters of the Poor Saints Peter & Paul Home v. Pennsylvania*, 140 S. Ct. 2367, 2400 (2020) (Ginsburg, J. dissenting).

¹¹¹ Z. AHMED, *The Unprecedented Expansion of the Global Gag Rule: Trampling Rights, Health and Free Speech*, in *The Guttmacher Policy Review*, 28/04/2020, <https://www.guttmacher.org/gpr/2020/04/unprecedented-expansion-global-gag-rule-trampling-rights-health-and-free-speech> (ultimo accesso 25/03/2021).

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ United Nations General Assembly, 07/12/2020, Settantacinquesima Sessione, A/75/626 Agenda Item 131: <https://undocs.org/A/75/626> (ultimo accesso 10/03/2021).

condizione essenziale per l'eguaglianza delle donne nella famiglia, nella società, e nella sfera pubblica della politica e del lavoro. La capacità di controllare la propria vita riproduttiva è infatti essenziale non solo per tutelare la salute delle donne, ma per prevenire la loro dipendenza economica da altri¹¹⁴. I diritti riproduttivi sono dunque strumenti cruciali di emancipazione sociale ed economica per le donne e una componente strutturale dell'eguaglianza di genere. Non a caso, numerosi esperti internazionali di diritti umani hanno puntato il dito contro gli effetti discriminatori delle politiche dell'amministrazione Trump in materia di diritti riproduttivi durante l'emergenza sanitaria. In una lettera resa pubblica nell'agosto 2020 – e subito bollata come tendenziosa da parte americana – il *Gruppo di lavoro dell'ONU sulla Discriminazione contro le Donne e le Ragazze*, insieme agli *Special Rapporteur sul Diritto alla Salute, e sulla Violenza contro le Donne*, ha lanciato l'allarme relativamente alle politiche di molti Stati americani volte a restringere l'accesso all'aborto durante la pandemia, reiterando che l'accesso all'aborto è protetto dal sistema internazionale dei diritti umani¹¹⁵. Le misure in questione – come del resto affermato dalla giudice Sotomayor nel caso relativo all'aborto farmaceutico analizzato più sopra – hanno "esacerbato le diseguaglianze sistematiche", di cui le donne sono vittime negli Stati Uniti, negando loro un servizio essenziale per la tutela della loro salute e dei loro diritti fondamentali. Nelle parole degli esperti: «Negare alle donne l'accesso a informazioni e servizi di cui solo le donne abbisognano, e non tutelare la loro salute e la loro sicurezza è di per sé discriminatorio, e toglie alle donne la possibilità di esercitare il controllo sul proprio corpo e sulla propria vita»¹¹⁶.

Durante l'amministrazione Trump, l'assalto ai diritti riproduttivi su scala globale si è avvalso anche dell'impegno di una fitta rete di lobby cristiane fondamentaliste, che offrono assistenza legale gratuita, presentano *amici curiae*, e rappresentano clienti davanti alle corti nazionali e internazionali. Un recente rapporto di OpenDemocracy ha stimato che, nell'ultimo decennio, queste lobby abbiano utilizzato oltre 50 milioni di dollari – provenienti da donatori anonimi – per le loro attività di contrasto ai diritti sessuali e riproduttivi nella sola Europa¹¹⁷. L'attività delle lobby ultraconservatrici si è notevolmente infittita durante la presidenza Trump, grazie ai legami diretti con il Presidente e/o con elementi della sua amministrazione. Ad esempio, uno dei vertici dell'*American Center for Law and Justice* (ACLJ), è Jay Sekulow, membro della squadra di avvocati che ha assistito l'ex Presidente dalla prima accusa di *impeachment* davanti al Senato nel 2020. La principale portavoce del Dipartimento di Giustizia dell'amministrazione Trump, Kerry Kupec, era stata precedentemente la Direttrice della Comunicazione Legale in un'altra organizzazione estremista cristiana, *Alliance Defending Freedom* (ADF). Quest'ultima annovera tra i propri avvocati Matt Bowman, un estremista *pro-life* arrestato in più occasioni per

¹¹⁴ R.B. SIEGEL, *Sex Equality Arguments for Reproductive Rights: Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression*, in *Emory Law Journal*, 56, 4, 2007.

¹¹⁵ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *United States: Authorities manipulating COVID-19 crisis to restrict access to abortion, say UN experts*, 27/05/2020: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25907&LangID=E> (ultimo accesso 10/03/2021).

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ C. PROVOST, A. RAMSAY, *Revealed: Trump-Linked US Christian 'Fundamentalists' Pour Millions of 'Dark Money' into Europe, Boosting the Far Right*, openDemocracy (27/03/2019), <https://www.opendemocracy.net/en/5050/revealed-trump-linked-us-christian-fundamentalists-pour-millions-of-dark-money-into-europe-boosting-the-far-right> [<https://perma.cc/6LBD-MKCK>].

picchettaggi, intimidazioni e molestie¹¹⁸, e nominato da Trump all'ufficio dei Diritti Civili del Dipartimento della Salute.

Come molte altre lobby, ACLJ e ADF hanno aperto uffici in Africa, America Latina, Asia ed Europa, e intervengono sistematicamente davanti alle corti, sia interne che sovranazionali, per contrastare i diritti sessuali e riproduttivi. Di recente, ad esempio, il braccio europeo di ACLJ è intervenuto¹¹⁹ davanti alla Corte Costituzionale polacca nel caso in cui questa ha deciso per l'incostituzionalità dell'aborto in presenza di gravi anomalie fetali, così rimuovendo la base legale per la quasi totalità degli aborti¹²⁰. Il caso, che ha originato una mobilitazione senza precedenti nel paese, è stato definito dal Consiglio d'Europa come una "grave violazione dei diritti umani." La stessa organizzazione ultra conservatrice si è battuta di recente davanti alla Corte Interamericana¹²¹ dei Diritti, in difesa della pratica, in uso nel Salvador, di incriminare per infanticidio le donne che sperimentano un aborto spontaneo o la morte del figlio durante il travaglio¹²².

8. Considerazioni conclusive: il rischio di una nuova epistemologia dei diritti umani

Come si è visto nel corso di questa analisi, i diritti riproduttivi sono una componente fondamentale dell'eguaglianza di genere. La stessa Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Planned Parenthood v. Casey* del 1992, ha riconosciuto che la possibilità per le donne di realizzare il loro pieno potenziale è intimamente connessa «alla loro capacità di controllare la propria vita riproduttiva»¹²³. Le restrizioni all'accesso alla contraccezione e all'aborto riducono infatti l'autonomia delle donne e le loro possibilità di determinare il corso della propria esistenza e di godere pienamente del loro status di cittadine¹²⁴. L'assalto dell'Amministrazione Trump ai diritti riproduttivi non si esaurisce tuttavia in un insulto all'eguaglianza di genere. Prendendo a prestito l'espressione da Françoise Girard, i diritti riproduttivi sono infatti il "canarino nella miniera" dei diritti umani¹²⁵, del liberalismo e della democrazia pluralista. Non a caso, l'opposizione all'eguaglianza di genere, e, in particolare, ai diritti riproduttivi, è una caratteristica che, con l'isolazionismo, il nazionalismo, le politiche anti-immigrazione e il protezionismo

¹¹⁸ Matt Bowman *Anti-Abortion Protester. Not fit for HHS*, in *Equity Forward*, <https://equityfwd.org/matt-bowman-anti-abortion-terrorist-not-fit-hhs> (ultimo accesso 25/03/2021).

¹¹⁹ Amicus Curiae Brief Submitted to the Constitutional Tribunal of Poland in the case K 1/20 by the ECLJ: <http://media.aclj.org/pdf/Amicus-Curiae-Brief-to-the-Constitutional-Tribunal-of-Poland-K-1.20-ECLJ-October-2020.pdf> (ultimo accesso 10/03/2021).

¹²⁰ Sentenza della Corte Costituzionale della Polonia del 22 Ottobre 2020 (ref. K 1/20).

¹²¹ Sulle complesse dinamiche messe in moto dall'attivismo dei gruppi di pressione evangelici davanti alla Corte Interamericana cfr. R. URUEÑA, *Evangelicals at the Inter-American Court of Human Rights*, in *American Journal of International Law Unbound* 113, 2019, 360-364.

¹²² Amicus curiae brief submitted to the Inter-American Court for Human Rights in the case *Manuela y otros v. El Salvador* (Case 13/069) by the ECLJ: <http://media.aclj.org/pdf/IACHR-Manuela-y-otros-v.-El-Salvador-no.13.069-ECLJ-Amicus-Brief-October-2020.pdf> (ultimo accesso 12/03/2021).

¹²³ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 856.

¹²⁴ R.B. SIEGEL, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in *Stanford Law Review*, 44, 1992.

¹²⁵ F. GIRARD, *Reproductive Rights: The Canary In The Coal Mine*, in *The Huffpost*, 24 January 2018: https://www.huffpost.com/entry/reproductive-rights-the-c_b_14348816?guccounter=1 (ultimo accesso 10/03/2021).

culturale, accumuna i programmi populistici in contesti assai diversi, dalla Polonia all'Ungheria, alla Turchia, al Brasile, all'America di Trump¹²⁶. Quest'ultima costituisce in questo senso un esempio particolarmente saliente, avendo combinato lo smantellamento dei pilastri della libertà riproduttiva, con politiche migratorie xenofobe e islamofobe, con forme esasperate di protezionismo culturale e con una retorica francamente razzista.

I diritti delle donne non sono settoriali. Sono i diritti di metà della umanità e non potrebbero quindi essere più universali. E tuttavia, i diritti delle donne sono anche profondamente contro-maggioritari e contro-culturali, perché la loro realizzazione mira a sradicare la dimensione strutturalmente patriarcale delle strutture sociali e famigliari tradizionali. Il perseguimento dell'eguaglianza di genere è quindi strettamente connesso alla realizzazione di profondi cambiamenti culturali, che implicano lo scardinamento di stereotipi radicati nella cultura tradizionale, e la ri-concettualizzazione di concetti chiave, quali la famiglia, la genitorialità, e l'identità di genere. Nonostante questo provochi inevitabilmente forme di resistenza culturale e politica, lo stato democratico pluralista non può arretrare sul terreno dell'eguaglianza, perché, come ricorda Luigi Ferrajoli, «l'uguaglianza nei diritti fondamentali stabiliti costituzionalmente vale a collocare tutte le persone al di sopra dell'intero artificio istituzionale, operando come sistema di limiti e vincoli a tutti i poteri costituiti e configurando tali poteri come strumenti della loro attuazione e garanzia»¹²⁷.

Al contrario, nei contesti illiberali, il principio di eguaglianza diviene «il principale bersaglio dell'azione combinata dei populistici e liberisti»,¹²⁸ che è perfettamente esemplificata dall'amministrazione Trump. L'attacco ai diritti riproduttivi si spiega, in questa luce, nel contesto di una politica che tende a sganciarsi dai limiti e dai vincoli che discendono dalla costituzionalizzazione dei diritti fondamentali. Ne è la prova l'iniziativa, del 2019, dell'allora Segretario di Stato Mike Pompeo, di dar vita ad una «Commissione sui Diritti Inalienabili» con lo scopo di riformare il sistema dei diritti umani «che si è allontanato dai principi su cui si fonda la nostra nazione, del diritto naturale e dei diritti naturali»¹²⁹. In particolare, Pompeo lamentava la confusione tra diritti "inalienabili" di origine trascendente, che debbono essere considerati pre-giuridici e quindi assoluti, e diritti di origine umana, caratterizzati da una natura eminentemente politica. La presidente della Commissione, Ann Glendon, aveva del resto già messo in chiaro quali diritti dovessero essere sacrificati sull'altare del diritto naturale, affermando che «Il sogno postbellico dei diritti umani universali rischia di dissolversi in una serie di nuove libertà sessuali che potrebbe un giorno diventare il pane e il circo dei despoti moderni: premi di consolazione per la perdita delle effettive libertà politiche e civili»¹³⁰.

Nel luglio 2020, la Commissione Pompeo pubblicò un Rapporto, in cui si afferma che l'azione degli Stati Uniti a supporto dei diritti umani debba meglio riflettere i «principi su cui si fonda la nazione: il

¹²⁶ S. MANCINI, N. PALAZZO, *The body of the nations. Illiberalism and Gender*, in S. HOLMES, A. SAJO, R. UITZ (ed.), *Routledge Handbook on Illiberalism*, Londra, 2021 (in corso di stampa).

¹²⁷ L. FERRAJOLI, *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2019, 8.

¹²⁸ *Ibidem*, 10.

¹²⁹ Department of State Commission on Unalienable Rights, 84 Fed. Reg. 25,109 (30/05/2019).

¹³⁰ M. A. GLENDON, *Reclaim Human Rights*, in *First Things* (Agosto 2016), <https://www.firstthings.com/article/2016/08/reclaim-human-rights> [https:// perma.cc/3GXG-ZKM6] (ultimo accesso 12 marzo 2021).

Protestantesimo, il repubblicanesimo civico e il liberalismo classico»¹³¹. In questa luce, non tutti i diritti sono egualmente fondamentali: al contrario, il diritto di proprietà e la libertà religiosa sono gerarchicamente “superiori”, mentre i diritti socio-economici non sono «compatibili [con i principi su cui si fonda la nazione] quando inducono la dipendenza dell’individuo nei confronti dello stato, e quando, espandendo l’azione dei pubblici poteri, incidono sulla libertà religiosa e sul diritto di proprietà»¹³².

Questa visione dei diritti affonda le proprie radici nel pensiero della destra religiosa americana, che da decenni si batte per il superamento del principio di laicità, in nome di un’egemonia religiosa e culturale, in cui si offuscano i confini tra fede e ragione e tra morale e diritto. Nel 2009 oltre 150 autorità religiose – Evangelici, Cattolici ed Ortodossi –, hanno siglato la *Manhattan Declaration: A Call of Christian Conscience*. Questo documento, redatto da uno degli intellettuali americani conservatori più influenti, il giurista di Princeton Robert George, ruota intorno alla difesa di tre principi: la vita prenatale, il matrimonio esclusivamente eterosessuale e la *libertà religiosa*. Quest’ultima è definita in questi termini: «[... A] nessuna persona di fede deve essere impedito il culto di Dio secondo i dettami della coscienza». La Dichiarazione fa riferimento all’«indebolimento delle clausole sulla obiezione di coscienza» e all’«uso del diritto antidiscriminatorio per obbligare istituzioni religiose, imprese e fornitori di servizi a scegliere tra conformarsi ad attività che essi giudicano profondamente immorali o fallire» e invoca apertamente la disobbedienza civile: «Nessun potere terreno, culturale o politico, ci ridurrà al silenzio o all’acquiescenza. Attraverso i secoli, il Cristianesimo ci ha insegnato che la disobbedienza civile non solo è permessa, ma talvolta è richiesta»¹³³. Gli argomenti usati da chi difende questa concezione di fatto illimitata della libertà religiosa fanno leva sulla ragione piuttosto che sulla fede, utilizzano il linguaggio dei diritti umani e del diritto anti-discriminatorio, sulla base dell’assunto per cui l’uso corretto della ragione conduce agli stessi risultati del ragionamento teologico¹³⁴. Per Robert George, ad esempio, «L’aborto non è soltanto sbagliato dal punto di vista morale o religioso: è sbagliato filosoficamente, sulla base delle convinzioni fondamentali della nazione, che crede nei diritti inalienabili dell’uomo, indipendente dalla sua età e dalle sue dimensioni»¹³⁵.

Il cambio di amministrazione seguito alla vittoria di Joe Biden alle Presidenziali del 2020 ha posto fine all’esperimento della Commissione Pompeo, e ha consegnato il paese ad un Presidente che ha promesso di «perseguire un piano aggressivo e omnicomprensivo per promuovere la sicurezza economica e fisica delle donne e garantire che esse possano esercitare pienamente i loro diritti»¹³⁶.

¹³¹ U.S. Commission of Unalienable Rights, *Draft Report of the Commission on Unalienable Rights*, 8 (16/07/2020), <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/07/Draft-Report-of-the-Commission-on-Unalienable-Rights.pdf> [https://perma.cc/G67K-265J] (ultimo accesso 12/03/2021).

¹³² *Ibidem*, 21.

¹³³ Manhattan Declaration, <http://demoss.com/newsrooms/manhattandeclaration/background/manhattan-declaration-signers> (ultimo accesso 12 marzo 2021).

¹³⁴ J. LEMAITRE, *By reason alone: Catholicism, constitutions, and sex in the Americas*, in *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2012, 493-511.

¹³⁵ R. GEORGE, *Faith and Reason: The Appropriation of Knowledge and Truth*, in *Brigham Young University* 23 aprile 2015, <https://speeches.byu.edu/talks/robert-p-george/faith-reason-appropriation-of-knowledge-truth/> (ultimo accesso 12/03/2021).

¹³⁶ Cfr. *The Biden Agenda for Women*: <https://joebiden.com/womens-agenda/> (ultimo accesso 25/03/2021).

Non sarà facile, tuttavia, azzerare gli effetti prodotti dalla convergenza del progetto populista di Trump con gli obiettivi anti-pluralisti della destra religiosa. In un paese drammaticamente polarizzato, i diritti riproduttivi, con la loro carica radicalmente emancipatoria, restano non solo fortemente divisivi, ma, come si è visto, soggetti a una regolamentazione e a standard interpretativi del tutto eccezionali. La diffusa aderenza da parte dei legislatori di molti stati alla visione dei diritti espressa dalla Commissione Pompeo, e le nomine effettuate da Trump a tutti i livelli del sistema giudiziario federale, prospettano un futuro incerto per la tutela dei diritti delle donne a scegliere liberamente il corso della propria vita riproduttiva.

Essays

La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal

Carlos María Romeo Casabona*

casabona

THE LAW ON EUTHANASIA AND THE REVISION OF THE CRIMINAL CODE

ABSTRACT: In 2021 the legislator has passed a law that regulates euthanasia in very broad terms while decriminalising its practice when the legal requirements for euthanasia have been fulfilled. Its practice is entrusted exclusively to doctors, and the procedure is surrounded by numerous guarantees, prerequisites, requirements and deadlines, which could be considered as excessive bureaucratisation. This continues to be a matter for social debate.

KEYWORDS: Right to life; euthanasia; medicalisation of euthanasia; homicide-suicide; crime of cooperation to suicide

RESUMEN: 1. El marco constitucional sobre la disponibilidad de la propia vida – 2. La eutanasia. Un concepto en evolución – 3. El debate sobre la despenalización de la eutanasia – A) Tramitación y enfoque de la regulación de la eutanasia – B) Aspectos generales del nuevo régimen de la eutanasia – C) Actos eutanásicos permitidos – D) El régimen de prestación de la eutanasia: petición, tramitación y ejecución – 4. Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia.

1. El marco constitucional sobre la disponibilidad de la propia vida

La eutanasia es una manifestación social minoritaria, al menos todavía en nuestro país, pero de suma importancia para algunas personas que se ven en el entorno del final de sus vidas y que en las circunstancias en las que se desenvuelven no desean continuar viviendo y consideran que la eutanasia (a veces también el suicidio) puede ser la solución para terminar con su problema vivencial.

Es obvio que para el Derecho la eutanasia es una cuestión de la máxima relevancia, pues se ven implicados derechos, intereses y principios jurídicos de diversa naturaleza, pero todos ellos de primer rango. También es cierto que los pocos casos que han llegado a los tribunales de justicia y a los medios de comunicación han sido por lo general dramáticos, extremos y han producido conmoción en la población.

En este estado de cosas el legislador español ha aprobado una ley sobre la eutanasia que, probablemente pretendiendo dar una solución humanitaria a casos similares por esta exclusiva vía, tal

* Catedrático de Derecho Penal, Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad del País Vasco/EHU. Leioa, España. Mail: carlosmaria.romeo@deusto.es. El presente trabajo se realiza en el marco de la financiación del Gobierno Vasco a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT1066-16). Constituye un extracto de un trabajo del autor en prensa, *Suicidio y eutanasia*, en C.M. R. CASABONA (Coord.), *Tratado de Derecho y envejecimiento*, Madrid. Agradezco al investigador predoctoral UPV/EHU, Carlos Trincado Castán, por la ayuda prestada para localizar las sentencias más recientes que se citan en este estudio.

vez ha ido más allá, extendiendo esta opción a todos los ciudadanos que se encuentren en los momentos finales de su vida o en una situación de enfermedad no terminal o con una discapacidad grave e invalidante; todas ellas acompañadas de intensos dolores y sufrimientos corporales y morales. No es por ello de extrañar que desde hace ya unos años se haya venido discutiendo con cierta intensidad si puede encontrarse en el marco constitucional español un fundamento sólido relativo a un derecho a la disponibilidad de la propia vida como presupuesto de la licitud de las conductas suicidas, del rechazo de un tratamiento vital y de la eutanasia, y el alcance que debería otorgarse a ese supuesto derecho; en particular si permitiría involucrar en su ejercicio a terceras personas.

Es, ciertamente, una materia compleja, respecto a la cual los juristas apenas han encontrado puntos de unánime o de no discutida coincidencia: desde quienes han sostenido que al tratarse de un derecho de garantía, se protege la vida humana con independencia de la voluntad de vivir o de morir de su titular, pasando por quienes estiman que del derecho fundamental a la vida que garantiza la CE en su art. 15 no se deriva este supuesto derecho, también fundamental, hasta quienes sostienen la disponibilidad de la misma, quedando abierta en este caso la discusión de si es compatible con el texto constitucional que terceros puedan participar en la muerte de otro, a solicitud del mismo, pudiendo llegar incluso a su ejecución; finalizando, en el otro extremo, con quienes lo entroncan como un verdadero derecho fundamental, e inconstitucionales los preceptos que se opongan a su ejercicio¹.

¹ He aquí un muestrario de diversas posturas: G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Comares, Granada, 2019, 75 y sigs., J.C. CARBONELL MATEU, *Suicidio y eutanasia*, en J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 82 y ss. (el derecho fundamental a la vida es disponible, el DP sólo debe proteger la vida querida, la punición penal de las conductas de terceros relacionadas con el suicidio y la eutanasia es inconstitucional); E. DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, 91 y ss. (existe un derecho fundamental a la libre autodeterminación de la vida por su titular, pero no faculta a la intervención de terceros, pues éstos están ya incidiendo en ese derecho); J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Artículo 143*, en J.L. DÍEZ RIPOLLÉS y otros, *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 177 y ss. (el derecho a prescindir de la propia vida no forma parte del contenido del derecho fundamental del art. 15 CE; la legitimidad del ejercicio a disponer de la propia vida queda condicionada a la exclusiva intervención del suicida o a ayudas de terceros de carácter secundario); F. FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001, 409 y 423 y ss. (la disposición de la vida realizada por el propio interesado es constitucionalmente lícita; sin embargo, la CE ha dejado abierta la cuestión de la disponibilidad de la propia vida mediante terceros y el legislador ordinario ha optado por considerarla un bien jurídico indisponible); F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 22.ª Ed., Tirant lo Blanch, 2019, 65 (no se tiene el derecho a disponer libremente de la propia vida y, en consecuencia, el titular no está legitimado para autorizar a los demás que le maten); M.A. NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad: problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1999, 307 y ss. (de acuerdo con el art. 15 de la CE puede hablarse de disponibilidad de la propia vida, lo que supone para terceros la obligación de abstenerse frente esta decisión; en las demás situaciones de intervenciones de terceros corresponde al legislador penal establecer los límites de las mismas); M.J. PAREJO GUZMÁN, *La eutanasia, ¿un derecho?*, Cizur Menor, 2005, 444 y ss. (la dignidad humana fundamenta el reconocimiento de la disponibilidad de la propia vida); C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Ministerio de la Presidencia), Madrid, 1999, 539 (la negativa a consentir acciones salvadoras ajenas – como un tratamiento médico – está protegida por el derecho a la integridad física del art. 15 CE; el suicidio no constituye un derecho fundamental reconocido como tal por la CE).

Conuerdo con quienes sostienen que no existe un derecho a la disponibilidad de la propia vida, o un derecho a la muerte, en el art. 15 de la CE o en otros preceptos de la misma², sino una libertad o facultad, no exigible constitucionalmente (es decir, ni a los poderes públicos ni a los terceros particulares), de disponer de ella por uno mismo. Sin embargo, tampoco existe el deber de vivir contra la propia voluntad, siempre que el nacimiento de la voluntad de no continuar viviendo no haya sido provocado o instigado por terceros (inducción al suicidio). Por tanto, al ser un derecho de garantía, este derecho fundamental no faculta a los particulares ni al Estado para imponer seguir viviendo coactivamente contra la decisión individual³, sin perjuicio de las excepciones que ha declarado el TC en relación con la huelga de hambre en el ámbito penitenciario, donde reconoce que en relación con la disponibilidad de la propia vida nos hallamos ante un *agere licere*, una actuación no prohibida⁴, concluyendo que «no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte [...]»⁵. Ha sido precisamente este criterio del TC, no se olvide, expresado en un recurso de amparo, el que ha ido encontrado mayor eco y apoyo entre los juristas.

Al no ser el derecho a la vida renunciabile, aunque tampoco absoluto, del mismo modo que no lo son los demás derechos fundamentales, no cabe hacer dejación de la propia vida en favor de terceros (p. ej., por haberlo establecido contractualmente). Sin perjuicio de lo anterior, sí es compatible con la CE (tal vez diríamos mejor: no se enfrenta con la CE) que se involucre a un tercero en la decisión de quitarse uno la propia vida, siempre que el titular del derecho conserve un control sobre el proceso (frente a otras formas de coautoría o de autoría) y se establezcan las suficientes garantías constitucionales derivadas del derecho fundamental, lo que veremos más abajo que no es tarea fácil, pero insisto en que no se puede inferir de ello que se sustente en un derecho constitucional⁶.

Por consiguiente y en conclusión, están abiertas al legislador ordinario⁷ tanto las opciones de que prohíba y sancione los comportamientos de terceros relacionados con la conducta o la voluntad de

² La tesis que mantengo aquí, es un resumen y revisión de lo expuesto en C.M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, 101 y ss., y C.M. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004 adonde me remito. Vid. argumentos en esta línea de la SAP Cantabria, de 23 de abril de 1998.

³ Apunta esta argumentación J.L. Díez RIPOLLÉS, *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 30, 1986, 616 y s.; Díez RIPOLLÉS, *Artículo 143*, cit., 177 y s.

⁴ «[...] es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho [a la vida]». STC 120/1990, 27 de junio, FJ núm. 7. Concordante la STC 137/1990, de 19 de julio.

⁵ *Ibid.*

⁶ Muy próximos en las conclusiones y con líneas argumentales en conjunto no muy distantes M. ALONSO ALAMO, *La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, en *Revista Penal*, 21, 2008, 51 y s.; I. MUÑAGORRI LAGUÍA, *op. cit.*, 50 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Valencia, 2000, 36 y ss.

⁷ La LAP ha dado un importante paso, al reconocer explícitamente el derecho a rechazar un tratamiento, sea o no vital, eliminando así las graves deficiencias de redacción de que adolecía sobre esta cuestión la Ley General de Sanidad de 1986, derogada en este punto (art. 10, núm. 6 y 9. Vid. sobre esta discusión ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., 434 y ss.): «Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito» (art. 2.4).

que una persona disponga de su propia vida –pero nunca los realizados por ella misma– como que los permita, en este caso rodeándolos de las garantías jurídicas necesarias y suficientes y con las limitaciones que aquél considere procedentes a la vista del texto constitucional. A partir de aquí este tipo de decisiones del legislador constituyen ya materia de política criminal, sobre las cuales los ciudadanos, como integrantes de una sociedad plural y de un Estado Democrático de Derecho, pueden manifestar sus puntos de vista, siempre que se halle garantizada por una libre formación de la opinión: transparente, imparcial y no manipulada.

2. La eutanasia. Un concepto en evolución

A pesar de que no es pacífico el concepto de eutanasia, podemos definirla, de acuerdo con su acepción más corriente, más allá de su origen etimológico (eu-thanatos, buena muerte), como la privación de la vida de otra persona realizada por razones humanitarias, a requerimiento del interesado, que sufre una enfermedad terminal incurable o una situación de discapacidad irreversible según el estado actual de la ciencia médica acompañadas de graves dolores y sufrimientos, y desea poner fin a éstos.

La valoración jurídico-penal de la eutanasia no es uniforme, puesto que se realiza en función de la concurrencia o ausencia de unos determinados factores o circunstancias. La doctrina jurídica y algunos especialistas en Bioética han venido presentando unas variantes o manifestaciones de la eutanasia cuya trascendencia jurídico-penal es diversa⁸.

En general estas clasificaciones antiguas han estado vinculadas al tratamiento jurídico – o ético –, en su caso jurídico-penal, que podría derivarse de cada situación. Dicho tratamiento jurídico-penal podía ir desde la absolucón penal a la más grave de las respuestas punitivas, el asesinato; y las clasificaciones han tenido su origen en el sentido etimológico de la expresión (“buena muerte” en el procedimiento: sin dolor o sufrimiento).

Los profesionales de la salud, en particular los médicos especialistas en procesos patológicos que pueden llegar a ser terminales y largos, y con dolor y otros sufrimientos corporales, psíquicos y morales, venían rechazando de plano esta cobertura nominal común y han preferido restringir el concepto de eutanasia a la privación de la vida de enfermos terminales o muy graves, o de personas discapacitadas corporalmente que se encuentran gravemente impedidas para su desenvolvimiento autónomo en los aspectos más elementales de su vida cotidiana, sin padecer en sentido estricto una enfermedad, acompañadas ambas situaciones por un intenso dolor y sufrimiento.

Ha de concordarse con esta inquietud taxonómica, que comparto desde hace años⁹, pues el desarrollo de nuevas terapias más eficientes o al menos adecuadas para combatir el dolor, así como el reconocimiento de los derechos de los pacientes, exigen depurar el alcance que se quiera reconocer a la eutanasia. No cabe duda de que en la actualidad la incorporación en algunos centros de los servicios de cuidados paliativos y unidades del dolor, así como el reconocimiento legal explícito y sin confusión

⁸ Vid. Sobre esta relevante discusión C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Eutanasia*, en C.M. ROMEO CASABONA (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Tomo I, Comares, Granada, 2011, 831; M.J. PAREJO GUZMÁN, *La eutanasia, ¿un derecho?*, Cizur Menor, 2005, 99 y sigs.; O. ROMO PIZARRO, *La eutanasia. El acto eutanásico*, Santiago de Chile, 2019, 39 y sigs.

⁹ C.M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, 412 y sigs.

del derecho a rechazar el tratamiento, incluso vital¹⁰, han facilitado el cambio de enfoque, limitándose el uso del término eutanasia a los supuestos que vienen defendiendo los profesionales de la Medicina, sin perjuicio de que en algunos casos conocidos de enfermos terminales se haya ignorado el derecho al rechazo del tratamiento por parte de algunos médicos sin ningún sustento legal, y hayan tenido que intervenir los jueces para deshacer tal arbitrariedad.

Por otro lado, la nueva legislación sobre la eutanasia ha dado apoyo legal al criterio restrictivo al que acabamos de aludir: «el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento»¹¹. No obstante, debatiremos más abajo si el propio legislador no ha ido más allá del marco eutanásico, pues la mención de «evitar un sufrimiento», no necesariamente eliminar o interrumpir, sino adelantarse a la aparición del mismo.

3. El debate sobre la despenalización de la eutanasia

Con el CP de 1995 se aborda legalmente por primera vez de forma explícita esta materia en España, si bien sin darle nombre, frente a la situación anterior, que en el mejor de los casos se podía resolver a través de las formas de participación punibles en el suicidio (art. 409 CP 1973), sin que ello asegurase entonces una disminución relevante de la pena respecto a la del delito de homicidio.

El legislador no dio por concluidos sus trabajos en esta materia, y tomó con posterioridad algunas iniciativas por consenso o fueron fruto de la acción de grupos parlamentarios en la oposición, en concreto por medio de varias proposiciones de ley. Finalmente, se ha concluido el trámite parlamentario de una proposición de Ley Orgánica presentada por el grupo parlamentario de minoría mayoritaria que sostiene al Gobierno de la Nación¹², que es el que marca el régimen legal sobre la eutanasia en la actualidad – una vez entrada en vigor –, y comporta su despenalización y su legalización dentro de este nuevo marco legal.

Es una iniciativa que, como en otras ocasiones, ha contado con partidarios en la sociedad española, pero también con detractores. No parece haberse logrado un verdadero consenso social tampoco en esta ocasión, pues se trata de una materia respecto a la cual es difícil conseguirlo.

Con el fin de lograr una valoración más equitativa de estas situaciones, en la actualidad debe incorporarse como un factor relevante, el surgimiento y desarrollo de una especialidad que solo los constantes avances de la Medicina han podido aportar: los cuidados paliativos y las unidades del dolor¹³; y desde el punto de vista social, el tratamiento de las personas dependientes.

¹⁰ V. LAP, arts. 8, 9.2, b y 11.

¹¹ . Vid. *Infra* EM de la LORE.

¹² Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia 122/000020. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG, X IV Legislatura, Serie B, nº 46-1, 31 de enero de 2020, pp. 1 y ss. V. el texto modificado en BOCG, X IV Legislatura, Serie B, nº 46-6, 17 de diciembre de 2020; y el texto finalmente aprobado, publicado en el BOE, tras su sanción por el Rey, en nota más arriba.

¹³ Vid. más extensamente E. SOLA RECHE, *Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos*, en C.M. ROMEO CASABONA (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Madrid, 2021 (en prensa).

Los cuidados paliativos, bien definidos y aplicados correctamente, contando entre otras condiciones con la voluntad directamente expresada por el paciente¹⁴, constituyen en el momento presente un paso obligado más humano y humanitario, antes que un ofrecimiento de la eutanasia, que debería haberse configurado legalmente como un último resortes excepcional para el paciente y, sobre todo, para la persona discapacitada sufre¹⁵.

Los cuidados paliativos promueven una atención integral del paciente¹⁶, en primer lugar en su vertiente asistencial sanitaria somática y mental hasta el fin de sus días, acompañado por el tratamiento específico del dolor y del sufrimiento moral; pero también procurando el acompañamiento del paciente por sus seres más cercanos y queridos; propiciando, asimismo, la solución de otros aspectos personales o sociales de su vida; así como una atención más eficiente de las personas dependientes. Incluso los cuidados paliativos no deberían apuntar como objetivo final inamovible la sedación definitiva; hay que estar siempre atentos a la evolución del paciente, incluso del aparentemente desahuciado.

La disponibilidad efectiva de esta atención socio-sanitaria determinaría que la eutanasia directa solo sería solicitada en situaciones muy excepcionales. Este es uno de los aspectos nucleares que presenta la eutanasia, constituye una excepción y como tal debe ser abordada, y no invertir el enfoque: las situaciones excepcionales no deberían ser nunca las que orienten las propuestas generales más adecuadas para la población, pues representan eso, una excepción que requiere una valoración singular e independiente de otras situaciones relacionadas con el final de la vida. Al menos se ofrecerían diversas opciones a las personas que se encuentran al final de sus vidas.

Sin olvidar este presupuesto común, en la actualidad se plantean en la práctica dos formas de llevar a cabo la eutanasia, que podríamos llamar eutanasia por afecto o afectiva y eutanasia médica o medicalizada, respectivamente. Esta distinción significa que descartamos la valoración de la práctica de la eutanasia en contextos diferentes (p. ej., en residencias o alojamientos similares para personas mayores), dado el alto riesgo de distinto signo que comportaría para las personas afectadas. Y partimos también de que, en todo caso, se cuenta con la petición del interesado, no un mero asentimiento pasivo a la propuesta de un tercero cualquiera; y con el presupuesto de una enfermedad grave preterminal o de una discapacidad que genera dependencia, en ambos casos con intenso y permanente dolor y sufrimiento. Hay que tener en cuenta que el proceso decisional puede ser muy diferente en unos y otros, con un deterioro cognitivo progresivo en el primer caso, que suele ser inexistente o menor en el segundo.

A) Eutanasia por afecto o afectiva

Es la que se produce por la petición de la persona enferma o discapacitada a un familiar u otra persona afectivamente próxima, y ésta, movida por el afecto y la compasión hacia quien sufre, asume su petición y la ayuda a quitarse la vida o lo hace ella misma.

¹⁴ Comparte esta inquietud, J.M. RODRIGUEZ-PARDO DEL CASTILLO, *La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de longevidad: Reflexiones bioéticas*, Madrid, 2011, 96.

¹⁵ En este sentido, ROMO PIZARRO, *La eutanasia. El acto eutanásico*, Santiago de Chile, 2019, 134 y sig.; ROMEO CASABONA, Prólogo en ROMO PIZARRO, *La eutanasia. El acto eutanásico*, 11.

¹⁶ Vid. E. SOLA RECHE, *Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos*, cit.

En estos casos concurren unas circunstancias que no son irrelevantes para el Derecho Penal, como la situación de dolor y sufrimiento, el acto de voluntad por el cual el interesado expresa la petición de que una persona o personas determinadas le eliminen el sufrimiento, privándoles de la vida; y los impulsos emocionales de quien actúa, que pueden ser de extraordinaria intensidad, así como la compasión por el sufrimiento del familiar o allegado¹⁷. Suele moverse en el ámbito de la intimidad familiar o similar.

En estas situaciones podría darse una auténtica eutanasia activa, en principio prohibida penalmente por la ley, pues la LORE ha excluido su participación en la realización de la eutanasia en el familiar o allegado. Las personas que actúan deberían pasar por la amargura de un proceso penal, vía el vigente art. 143.4 CP y las atenuantes (en su caso, muy cualificadas), eximentes incompletas o completas, basadas en el acto de voluntad del que solicita la ayuda y en el intenso impacto emocional en el que actúa (verdaderas situaciones de alteración psíquica transitoria de base emocional de diversa intensidad), cuando se comprobase la existencia de una alteración pasajera pero intensa de las facultades en el autor al tiempo de realizar el hecho que le haya limitado o impedido comprender el carácter ilícito del hecho u obrar conforme a dicho conocimiento, siendo esto último la hipótesis previsible más frecuente (art. 21 nº 1º, 3º, 7º, y art. 20 nº 1, respectivamente). Incluso podría pronunciarse por el juez instructor un sobreseimiento de la causa, lo que supondría la terminación de la instrucción sin ningún pronunciamiento judicial.

La intervención penal, cuando se haya optado por este camino, se dirige a terceros que interfieren en la vida ajena, aunque cuenten con el consentimiento y petición del interesado, pretendido derecho de intervención respecto al que he señalado que no puede deducirse de la CE ni para éste ni para aquéllos, según se indicó más arriba. Esta propuesta saca del hospital estas situaciones y las traslada al ámbito privado; pero es cierto también que tendrán que someterse al filtro judicial para enjuiciar su más que posible ilegalidad, aparte de la apreciación de atenuantes, eximentes incompletas o completas, sobre cuya aplicación no existen precedentes judiciales. E, indudablemente, desde el punto de vista jurídico y social no es lo mismo tener que pasar por un proceso judicial, si no llega a resolverse con un sobreseimiento.

Los riesgos de desviación de este presupuesto y contexto eutanásico se derivan de la dificultad de sobrellevar emocionalmente la situación, la carga personal y económica si aquélla se prolonga en el tiempo, la impaciencia en acceder a las disposiciones sucesorias del paciente. De este modo se puede llegar a quitar la vida incluso sin el consentimiento de la persona afectada y hasta en ocasiones, sin ningún móvil afectivo o humanitario, a propuesta de los familiares o sustituyendo éstos al paciente sin ningún sustento legal. Por otro lado, la prueba de las alteraciones emocionales y mentales puede presentar dificultades en el proceso.

En resumen, se acaba trasladando al juez la valoración de factores tan sutiles y al mismo tiempo tan relevantes.

¹⁷ ALONSO ALAMO, *La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, cit., 51 y s., quien para su despenalización considera que debería asegurarse la no concurrencia de motivos espurios.

B) Eutanasia médica o medicalizada.

Esta variante comporta trasladar al ámbito sanitario la respuesta a la petición de la persona que quiere morir. Se descarga de esta responsabilidad moral a sus familiares y personas próximas, que mantienen todavía cierta implicación por velar por los intereses del paciente, y las asume el médico de forma exclusiva y excluyente, de acuerdo con las pautas que establezca la ley, cuya observancia comportará su exención de responsabilidad legal.

Esta es la opción asumida por la LORE. El profesional se sentirá menos implicado en los aspectos emocionales de la situación y dispondrá de conocimientos y recursos diversos más variados y eficaces que cuando se trata de personas afectivamente próximas¹⁸. Y, por supuesto, no tiene que intervenir por móvil humanitario o compasivo alguno.

Esta alternativa tampoco está libre de posibles desviaciones y abusos, como provocar una desmotivación de los profesionales para tratar a pacientes en situación preterminal, la necesidad de atender a otros pacientes con pronóstico más favorable, ahorrar costes y esfuerzos en el tratamiento intensivo de un paciente con pronóstico poco halagüeño, influyendo de algún modo en la decisión del paciente.

En todo caso, en esta vía por la que ha optado el legislador se aprecia una ausencia en su trasfondo de valores tan importantes como los de solidaridad, humanitarismo – o compasión – y empatía¹⁹, tan importantes en una Medicina ejercida al final de la vida del paciente²⁰. Hasta resulta dudoso que alguno de éstos haya podido integrar la *ratio legislatoris* de esta ley (v. Preámbulo).

Por la dificultad del tratamiento jurídico que comportan estas dos posibilidades y la prevención efectiva de desviaciones ilícitas, algunos analistas se mantienen escépticos sobre la viabilidad de ninguno de ellos, sin perjuicio de quienes mantienen el principio moral de intangibilidad de la vida humana y de rechazo de su privación por un tercero. Y ambas dejan en una situación extremadamente vulnerable a los enfermos mentales cuando se encuentra en el entorno de la muerte²¹.

Resulta pertinente en este punto recordar las reflexiones expresadas por el Comité de Bioética de España:

«existen sólidas razones para rechazar la transformación de la eutanasia y/o auxilio al suicidio en un derecho subjetivo y en una prestación pública. Y ello [...] por razones de fundamentación ética de la vida, dignidad y autonomía. [...] Legalizar la eutanasia y/o auxilio al suicidio supone iniciar un camino de desvalor de la protección de la vida humana cuyas fronteras son harto difíciles de prever [...]».

¹⁸ Incluso se ha rechazado, no sin buen criterio, que el acto eutanásico – que veremos que la LORE denomina como prestación de ayuda a morir – es difícilmente asimilable a un acto médico terapéutico: ROMO PIZARRO, *La eutanasia. El acto eutanásico*, 129 y sig.

¹⁹ Vid. A. PERIN, *El "derecho a morir con dignidad y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el "caso Cappato"*, 532 y s. quien, en esta línea, subraya la «necesidad de proveer una protección solidaria capaz de evitar que "se genere una segunda clase de ciudadanos y sujetos débiles"; y, por otro, la de garantizar la expresión inmediata del principio de autonomía en el marco de la relación médico-paciente, esto es, la autodeterminación terapéutica».

²¹ Así lo apunta, RODRIGUEZ-PARDO DEL CASTILLO, *La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de longevidad: Reflexiones bioéticas*, 97.

En cualquier caso, una solución favorable a la eutanasia y al homicidio consentido habría de concretarse como una respuesta jurídica excepcional para atender situaciones que realmente son excepcionales.

Como conclusión de estos apuntes político-criminales, debe reconocerse que es una materia muy compleja y por ello siempre estará abierta a la reflexión y al debate jurídico y social, y difícilmente dará lugar a soluciones satisfactorias para una parte relevante de la población, cualquiera que sea por la que se opte. Es obvio que esta ley no va a contribuir a resolverlo o atenuarlo, ni a generar cierta tranquilidad en los ciudadanos, la compartan o no.

4. Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia

O, tal vez con mayor precisión, Ley Orgánica de regulación de la eutanasia «y del suicidio médicamente asistido», podría añadirse.

La aprobación de la LORE por las Cortes Generales, su posterior sanción por el Rey y su publicación en el BOE²², han comportado un cambio radical en el ordenamiento jurídico español sobre el tratamiento de la eutanasia²³.

A) Tramitación y enfoque de la regulación de la eutanasia

Como sabemos, es una materia que ha generado un largo y extenso debate social en nuestro país, en el que las encuestas han desempeñado un papel primordial para poder sostener que ha contado con un amplio consenso social, con tal vez únicamente este débil y etéreo respaldo²⁴. Ciertamente, existe un creciente apoyo social a la eutanasia, pero también es muy significativo el que se decanta contrario a su legalización²⁵; los datos no son en este caso un referente seguro; como suele decirse, indican únicamente tendencias en la población.

Por este motivo llamó la atención que la nueva ley no tuviera su origen en el camino legislativo usual, esto es, la presentación por el Gobierno de un proyecto de ley orgánica al Congreso de los Diputados, más tratándose de una materia de evidente interés social que afecta a un derecho fundamental y que

²² Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE 25 de marzo de 2021). La entrada en vigor de esta LO se establece a los tres meses de su publicación en el BOE, salvo el art. 17, que lo hizo al día siguiente (Disp. Final 4ª).

²³ Vid. sobre los antecedentes de esta ley S. ROMEO MALANDA, P. NICOLÁS JIMÉNEZ, A. URRUELA MORA, *Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español*, *La Ley*, nº 9576, 2020, 7 y sigs.

²⁴ Cfr. sobre encuestas en nuestro país relacionadas con la eutanasia, ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, 101 y sig. (con datos del CIS); Asociación Derecho a Morir Dignamente (ADMD): <https://derechoamorar.org>.

²⁵ Lo que no ha impedido que también se hayan formulado posiciones contrarias a esta legislación. Así, la *Declaración pública sobre la Proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia*, de 9 de octubre de 2020, firmada por cerca de doscientos profesores de Derecho y académicos de diversas academias jurídicas. Accesible en: declaracionvseutanasia.wordpress.com; Comité de Bioética de España, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, Madrid, 2020. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf> [Última consulta: 15 de abril de 2021].

por tal motivo ha sido tramitada como ley orgánica. La iniciativa fue tomada por el grupo parlamentario que sostiene a aquél, por consiguiente, como proposición de ley²⁶.

En consecuencia, en su tramitación previa esta ley se ha ahorrado someterse a los informes preceptivos previos establecidos para los anteproyectos de ley por parte de algunos órganos institucionales del Estado con el máximo perfil jurídico (Consejo General del Poder Judicial²⁷, Consejo de Estado²⁸) que, aun no siendo vinculantes, hubieran podido elaborar un análisis jurídico probablemente de mayor finura y precisión que el propio parlamento, más supeditado a la adscripción ideológica, por lo demás totalmente legítima, de sus miembros. Y, asimismo, se ha eludido satisfacer el derecho de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de las normas, entre otras²⁹.

Esta escasa búsqueda del consenso social y parlamentario explica también que en el período de su tramitación no se haya dado cabida a las demandas – enmiendas – de otros grupos parlamentarios y de la opinión pública de que esta ley al menos formara parte de un paquete de medidas legislativas paralelas dirigidas al establecimiento de los cuidados paliativos y otras acciones asistenciales y sociales semejantes convergentes en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.

En efecto, incluso con independencia de la regulación de la eutanasia, pero con mayor justificación por este motivo, se ha criticado que el legislador no haya contemplado el derecho a los cuidados paliativos, como prestación asistencial exigible, su régimen legal y el de la mejora de la prestación asistencial e integración social de las personas dependientes³⁰, frente al recurso, más cruento – aunque también sin dolor –, que representa la eutanasia. Lo cierto es que, como se dirá más abajo, esta prestación sanitaria está recogida en la cartera de servicios comunes gratuitos del SNS; la cuestión es que no se ha establecido esta prestación en gran parte del territorio nacional; por tanto, por el momento no será efectivo hasta que las CCAA adopten las medidas necesarias. Y no parece ocioso que se hubiera debido enfatizar en esta ley el derecho a los cuidados paliativos y su implementación con la misma devoción que se hace con la eutanasia, siendo en todo caso preferible una ley específica sobre los cuidados paliativos³¹.

Bien es cierto que, presumiblemente tras una enmienda, se introdujo en el articulado una expresa mención a la dispensación de cuidados paliativos: «[...] incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia» (art. 5.1, b LORE); «[...] realizará con el

²⁶ Subterfugio al que alude como posible en general P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Informes previos a la aprobación de proyectos de ley*, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario (ADP)*, 11, 2001, 64.

²⁷ Vid. LOPJ, art. 108.1, que incluye informes sobre las normas penales.

²⁸ Sin embargo, por razón de la materia en este caso el informe no sería preceptivo, pero sí potestativo, para el Gobierno. Vid. LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, art. 21.3.

²⁹ Vid. art. 131.2 CE.

³⁰ FAMMA COCEMFE Madrid (Federación de Asociaciones de Personas con Discapacidad Física y Orgánica de la Comunidad de Madrid) ha señalado que la LORE es contraria a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (a su art. 10), ratificada por España: «La discapacidad es un problema cuando el entorno social perjudica, pero, en ningún momento, se sufre si no fuera porque el entorno perjudica la vida de estas personas, junto con la falta de ayudas para su asistencia e integración. Esto sí, les genera dicho sufrimiento».

³¹ Vid. en este sentido, PAYÁN ELLACURIA, *Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de lege ferenda*, 31.

paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos [...]» (art. 8.1). Pero parece más bien una remisión retórica y teórica, pues no ha sido suficiente el sustento normativo explícito que requiere una prestación de esta envergadura y trascendencia y sin que la propia ley prevea su establecimiento o desarrollo normativo realmente ejecutivo por parte de las CCAA³².

También se ha censurado la falta de oportunidad de esta iniciativa legislativa, no cuando se presentó la proposición de ley orgánica³³, sino cuando a la vista de que poco después apareció la pandemia de la covid 19, no se detuvo la iniciativa legislativa; pandemia que tantas vidas humanas de personas mayores y otras vulnerables se llevó trágicamente, sin proveer ningún tipo de prestación asistencial exterior, aisladas de sus familiares y otras personas próximas y abandonas a su suerte encerradas en residencias³⁴; también en ocasiones en centros sanitarios y en sus propios domicilios. La paradoja de un legislador celoso de garantizar la rápida satisfacción de un supuesto derecho a la muerte asistida (eutanásica o suicida) atendida por mandato legal por médicos, pero inerte ante la conculcación del derecho a la vida de quienes querían continuar viviendo. Los diversos procesos judiciales ayudarán a despejar la explicable perplejidad de los ciudadanos antes dos posiciones radicalmente opuestas frente al derecho a la vida.

Por otro lado, es probable que el legislador haya incurrido en un grave error metódico y de enfoque. Es seguro que el suicidio asistido de Ramón Sampredo produjo un gran impacto social en su momento. El Sr. Sampredo llevaba prostrado casi treinta años, totalmente impedido a causa de la tetraplejía que le produjo un lamentable accidente, tras solicitar de forma reiterada e infructuosa a varios juzgados, incluidos el recurso de amparo al mismo TC y al TEDH, que se autorizara la ayuda de otra persona para quitarse voluntariamente la vida. Y es probable que el legislador se haya hecho eco de este caso, pues de los dos presupuestos fácticos que prevé la ley, el relativo a graves padecimientos imposibilitantes parece haber tomado como prototipo este caso.

El desenfoque del legislador puede encontrarse, según he subrayado más arriba, en dos aspectos: 1º no se trata en este caso y en otros similares de un auténtico supuesto de eutanasia, sino de auxilio al suicidio³⁵, por muy acompañado de dolores y otros sufrimientos psíquicos que padezca la persona

³² En todo caso, y s.e. u o., la normativa a la que se remite en el art. 5, aunque menciona explícitamente los cuidados paliativos, no se ha procedido a su establecimiento general en los centros sanitarios del SNS: RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (anexo 7); Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del citado RD; Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la cual no menciona ninguna prestación explícitamente relacionadas con los cuidados paliativos, como tampoco en el catálogo de prestaciones (arts. 5 y 13 y ss.). Lo indicado sea sin perjuicio de las iniciativas legislativas que tomaron las CCAA sobre medidas relativas al final de la vida distintas de la eutanasia.

³³ Recuérdese que se publicó en el BOCG 31 de enero de 2020.

³⁴ Así lo ha documentado Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte. Desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia covid-19 en España, 2020, pássim*. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/> [Última consulta: 15 de abril de 2021]. En las últimas semanas se han presentado varias querellas criminales, entre ellas una de la Asociación de Abogados Cristianos de Valladolid.

³⁵ En este sentido, y totalmente de acuerdo con ellos, S. ROMEO MALANDA, P. NICOLÁS JIMÉNEZ, A. URRUELA MORA, *Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español*, 12, quienes

discapacitada dependiente; 2º no se ha tomado el caso de Sampedro como un supuesto excepcional, al haber sido muy pocas las personas que han requerido o practicado una solución semejante, a diferencia tal vez de los casos de enfermos terminales. A estos supuestos excepcionales habría que procurar una solución, pero también con una estructura jurídica de excepcionalidad, distinta incluso de la eutanasia. Sin olvidar que no son personas que suelen hallarse en centros sanitarios, aunque para esto la LORE haya previsto la prestación de la eutanasia a domicilio (art. 14).

Finalmente, esta ley ha optado por una medicalización radical de la eutanasia: sólo los médicos están autorizados para realizar la prestación de ayuda a morir, incluso, como apuntaba, de personas que no están hospitalizadas y se encuentran en su domicilio. Los familiares, aunque se vean comprometidos y presionados afectivamente con gran intensidad, como mucho podrán acogerse a la atenuación penal que ofrece el art. 143.4, sin perjuicio de que también puedan tener abierta la posibilidad de rebajar todavía más la pena, o de excluirla, si se aprecian las circunstancias atenuantes o eximentes (alteración psíquica transitoria, su eximente incompleta o una atenuante por analogía, arts. 20 nº1, 21 nºs 1 y 7 CP, respectivamente).

No es censurable esta restricción, pero la LORE no aporta una solución con coherencia interna sobre el pretendido derecho que tratarían de garantizar la exención de responsabilidad cuando el familiar o allegado dan cumplimiento a las peticiones reiteradas del paciente o discapacitado. Habría que pensar cómo proteger eficazmente a los enfermos graves cuando los familiares más próximos están agotados por la tensión y la carga, tal vez prolongada, que comporta atender a alguien que se encuentra un estado de máxima dependencia; y cuando los servicios sanitarios se encuentran presionados por la dedicación asistencial cotidiana.

Estos son los puntos más débiles que presenta cualquier regulación de la eutanasia; son las extralimitaciones que generan mayores reservas o dudas sobre este importante asunto.

Por consiguiente, se suscita la duda de si no estamos más bien ante una ley reguladora de la eutanasia y el suicidio asistidos prestados por el médico. No es de extrañar que se presente algún recurso de inconstitucionalidad ante el TC³⁶.

B) Aspectos generales del nuevo régimen de la eutanasia

Resulta muy interesante el Preámbulo de la LORE, pues en él se expresan con toda claridad los propósitos y argumentos jurídicos de la misma. Apuntamos ahora sólo algunas reflexiones que ayuden a conocer mejor sus objetivos y parte de su contenido.

La LORE “pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual” (Preámbulo). Puede asumirse que esas características acompañan al conjunto del texto articulado en general, dejando en lo opinable el último inciso (que sea una demanda sostenida de la sociedad), respecto a lo que sí puede aceptarse que es un asunto de creciente interés en nuestra sociedad, como indicaba más arriba en relación con las encuestas.

apuntan que la ley en este precepto se contradice con su propia definición de eutanasia expresada en el Preámbulo; E. PAYÁN ELLACURIA, *Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de lege ferenda*, en *e-Eguzkilore*, 5, 2020, 5.

³⁶ Considera que se han infringido diversos preceptos constitucionales la *Declaración pública sobre la Proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia*, cit.

También habría que recordar la importante afirmación de que «esta ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia»; y que «la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida». Estamos ante dos afirmaciones del legislador, ciertamente contundente la primera y confusa la segunda.

El pretendido derecho individual no encuentra en realidad su soporte en un derecho fundamental o en un derecho constitucional. Es la razón por la que el legislador no se atreve a ir más allá de afirmar que «la eutanasia conecta con un derecho fundamental»; conexión con el derecho a la vida que no se sabe muy bien en qué sentido o dirección se produce, pero en todo caso no confiere cobertura constitucional al supuesto derecho³⁷. A este respecto, se añade que

«la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad».

Esta fundamentación en el derecho a la vida es de dudoso rigor hermenéutico, pues estamos ante un derecho de garantía frente a acciones de los poderes públicos y de los particulares que puedan conducir a la desprotección del derecho, y si bien no puede convertirse en un deber de vivir contra la propia voluntad, no da cabida al derecho de involucrar a terceros en la propia muerte, además, de conformidad con lo que esos terceros marquen como aceptable.

Por otro lado, la afirmación de compatibilidad entre derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales comporta la ponderación de unos con otros y es dudoso que estos últimos hayan de prevalecer en el caso de que el ejercicio de la libertad y la autonomía sea satisfecho a través de un tercero.

Respecto a la dignidad de la persona, es también problemático determinar su contenido positivo (en qué consiste) y si realmente es un bien jurídico constitucionalmente protegido o más bien un principio informativo de los derechos fundamentales, que hay que interpretarlos a la luz de este concepto. Es también llamativo que a la vista de que la LORE pretende apoyarse en preceptos constitucionales diversos y de diferente rango, no aluda al derecho constitucional a la protección de la salud (art. 43), cuya obligación incumbe a los poderes públicos, como expresión de las acciones positivas que ha de ejercitar para la promoción de los derechos fundamentales.

Recordemos, una vez más, como señaló el TC, que estamos ante un *agere licere*,³⁸ una facultad que se proyecta sobre el propio sujeto, un actuar fáctico no prohibido al margen de un derecho constitucional, y mucho menos con proyección a terceras personas. Se crea así por la ley un derecho individual a la eutanasia, el cual, en su estricta categorización jurídica, carece de sustento constitucional y de la contrapartida de deberes para terceros.

³⁷ A este respecto, se añade que «la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad.»

³⁸ Recuérdense las SSTC 120/1990, f.j. 7º, y 137/1990, f.j. 5º, que vuelve a reiterar en el Auto 242/1998, de 11 de noviembre, caso Ramón Sampedro: «Nos encontramos... ante una pretensión de carácter personalísimo e indisolublemente vinculada a quien la ejercita, como «un acto de voluntad que sólo a él afecta», cuando sus familiares instaron en el amparo su subrogación al recurso que había planteado Sampedro en vida.

En efecto, este derecho no encuentra la necesaria contrapartida del reconocimiento de sujetos obligados a cumplir con tal prestación; no lo son los facultativos ni otros profesionales de la salud, no forma parte de su actividad profesional, ni la Constitución da sustento para fundamentar la existencia de un deber. Los directores, gerentes y otros responsables de los centros sanitarios, públicos o privados, sólo están comprometidos a disponer de las instalaciones y otros recursos necesarios para realizar la prestación de ayuda a morir. Más lejos no podía ir el legislador.

Habrá que repetir que en mi opinión la CE no cierra el paso a toda regulación legal que despenalice la eutanasia, la permita y regule³⁹; dependerá de su alcance, de sus requisitos y de las garantías que establezca y de que cuente como presupuesto de las atenciones socio-sanitarias debidas (suficientes), para evitar que la eutanasia se acabe convirtiendo la única salida para una persona al final de su vida, no deseando prolongarla más. Pero no se fundamenta en ningún derecho previo. Su fundamento se encontraría en que ante la constatación de que algunas personas, hallándose desesperadas, pero con un sustancial mantenimiento de sus facultades cognitivas y volitivas, y deseando poner fin a sus padecimientos, se la autoriza a que ponga fin a ellos; serían razones humanitarias, no fundado en la existencia de un derecho; menos todavía propiciando su promoción, como a veces hace pensar la LORE. Y tampoco contrario al derecho fundamental a la vida⁴⁰.

La Ley establece un sistema de garantías muy completo, al menos en lo que se refiere a su enunciación, con el que se pretende asegurar la realización de la prestación de práctica eutanásica (ayuda a morir) si concurren los requisitos legales, entre ellos confirmar por escrito en varios momentos (fundamentalmente dos) que persiste la voluntad libre de vicios en el reiterado acto de quien solicita la eutanasia.

Esta perspectiva garantista que adopta la Ley es correcta y pertinente. Y lo es en una doble dirección. Por un lado, asegurar que se dará cumplimiento a la voluntad del paciente, sea cual fuere la forma válida y fehaciente en la que se haya expresado; y evitar interferencias de terceros más allá de las atribuciones de intervención que les atribuye la Ley. No obstante, más abajo iremos viendo que unas y otras pueden ser vulneradas en relación con algunas de las previsiones legales. Al mismo tiempo, su abundancia y prolijidad sugiere que el legislador ha percibido la posibilidad de que se cometan abusos (más graves en mi opinión cuando dan lugar a la muerte de una persona que no la ha pedido de modo inequívoco) y como consecuencia de esta desconfianza en el propio sistema legal ha tomado medidas (¿suficientes, excesivas?) para prevenirlos.

Como colofón de este marco garantista se establece incluso la creación de una comisión de garantías en cada Comunidad Autónoma (Comisión de Control y Evaluación), que no solo supervisa el procedimiento, sino que interviene en él.

Es a lo largo de todo este proceso cuando surge la *mens legislatoris* como un ente abstracto, autómatas y mecánico, que quiere asegurar que todo se desarrolle conforme al procedimiento previsto, olvidándose de un ser humano, que estando en el extremo y relevante trance de la muerte, se le carga con reiteradas peticiones de expresar formalmente su continua voluntad de morir por medio de su

³⁹ En este sentido, ALONSO ALAMO, *La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, cit., 36.

⁴⁰ Como vengo reiterando en obras anteriores. Vid. más ampliamente en este sentido, G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, 110.

ejecución por otra persona y de otros numerosos trámites procedimentales, que pueden comportar la intervención en su lugar de un tercero al que tal vez ni conoce. Se trata de la eutanasia burocratizada, la que añade sufrimiento al sufrimiento que precisamente se pretende eliminar definitivamente.

Estos trámites a veces complejos, como el establecimiento de procedimientos que respalden la voluntad del paciente cuando le ha sido denegada la prestación eutanásica, prologando así durante varias semanas su sufrimiento y agonía (durante un mes como mínimo), que, paradójicamente, se aumenta con frecuencia, al tener que estar la persona enferma pendiente del trámite, si es que se halla en condiciones de seguirlo. Para todo este procedimiento tal vez pueda convenirle contar con la asistencia de un abogado, en particular si surge algún impedimento previsto legalmente.

Por consiguiente, se puede concluir que este propósito garantista, intención sin duda asumible, puede llegar a convertirse en el peor enemigo para la aplicación de esta ley, una ley reglamentista y burocrática que prolonga desmesuradamente un procedimiento paradójicamente concebido para abreviar los sufrimientos del paciente o de la persona impedida. Si podemos compartir el pensamiento de que la humanización de la muerte es parte de la humanización de la vida⁴¹, y estando convencido de que esa fue la voluntad de los redactores del texto prelegislativo, no estoy tan seguro de que con su resultado final se haya conseguido tan noble objetivo.

C) Actos eutanásicos permitidos

Sin perjuicio de la utilización del término “eutanasia” en el mismo título de la ley, éste término figura como tal en el articulado de manera aislada, prefiriendo la de “prestación de ayuda para morir”. Esta se define legalmente como la acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en la Ley y que ha manifestado su deseo de morir.

Esta “prestación” presenta dos variantes, que consisten en actos de intervención ejecutiva y de cooperación necesaria no ejecutiva, respectivamente, tipificados en el CP (en principio, ambos en el art. 143.4, donde se equiparan “causar” y “cooperar activamente”), sin ser punibles si se cumplen los requisitos de esta Ley (art. 143.5):

- 1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente.
- 2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte.

D) El régimen de prestación de la eutanasia: petición, tramitación y ejecución

Parecería que los dos basamentos sobre los que descansa el régimen legal que se establece sobre la eutanasia son dos: 1º asegurarse en todo caso de que desde el momento en que ha habido un pronunciamiento por parte del interesado favorable a que se le de la prestación de ayuda a morir aquél sea satisfecho en todo caso; y esto con independencia de que sea o no posible que se manifieste por escrito, utilice o no el tiempo de reflexión establecido y quede constancia de forma inequívoca de la persistencia de su voluntad de que le quiten la vida, otorgando un consentimiento en el mejor estado posible de sus facultades; 2º garantizar que su voluntad de morir será satisfecha sin excepción,

⁴¹ En este sentido PERIN, A., «El “derecho a morir con dignidad” y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el “caso Cappato”», pág. 634.

relajando en ciertas circunstancias algunos requisitos relevantes, lo que es motivo de dudas sobre la oportunidad de las numerosas consecuencias no deseables que pueden derivarse de ello.

Después de reconocer el derecho de toda persona que cumpla los requisitos previstos en esta Ley a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir (art. 4.1), se establecen los requisitos necesarios (arts. 5 a7), el procedimiento en sentido estricto que hay que seguir (arts. 8 a 12) y las garantías previstas, sin perjuicio de que figuran otras más por diversas partes del articulado (art. 13 a 16).

Sin pretensión de exhaustividad, vamos a exponer y analizar los requisitos y procedimientos legalmente establecidos.

a) Requisitos para ejercitar el derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir

En primer lugar, ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre el proceso médico por quien solicita la prestación, después de haber sido informado adecuadamente por el equipo sanitario responsable (art. 4.2); y en que la información ha sido recibida y comprendida se dejará constancia en la historia clínica.

Se trata de garantizar que los solicitantes reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas, aportándoles para ello los medios y recursos de apoyo necesarios, especialmente a las personas discapacitadas (art. 4.3). La alusión a estas últimas no incluye a las personas con discapacidad mental severa, en la medida en que no puedan formar y expresar una decisión autónoma, madura y genuina (v. art. 5.1, a).

El conjunto de estas previsiones es acertado y adecuado, con la salvedad de que el legislador parece estar más bien pensando en personas a las que su situación de dolor y sufrimiento en el contexto de una enfermedad no ha alterado o debilitado su estado cognitivo o emocional ni se ha visto afectado por el desánimo o la depresión, incluso aunque ésta no le haya privado de su capacidad de decidir, si bien desea asegurarse requiriendo un segundo acto de voluntad.

Los requisitos en sentido estricto son enunciados también por la LORE (art. 5.1):

a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o situación asimilable, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.

La exigencia de la nacionalidad española trata de evitar que se instaure en nuestro país el “turismo eutanásico”, es decir, el traslado a nuestro país de personas que quieren acogerse a la eutanasia por estar prohibida en el suyo.

La necesidad de mayoría de edad, que debe compartirse, trata de salir al paso de las situaciones de niños que ocasionalmente han solicitado la eutanasia en otros países, incluso acudiendo al juez, lo cual ha dado lugar a agudas controversias.

Por consiguiente, este retraso en aceptar la plena decisión al cumplimiento de la mayoría de edad parece razonable. Ello sin perjuicio de prestarle los cuidados paliativos u otros que estén indicados, de

acuerdo con las facultades que reconoce la ley a partir de cierta edad (dieciséis años o emancipado) o por medio de la representación legal y participación del profesional facultativo⁴².

Hallarse consciente en el momento de la solicitud parece ineludible, sin perjuicio de que el paciente pierda la conciencia con posterioridad y de que deberá haberla recuperado cuando se le solicite la confirmación de su solicitud.

b) Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia.

El primer inciso guarda coherencia con el requisito o presupuesto general de autonomía apuntado más arriba, y la remisión a la cartera común de servicios parecer ser por el momento más bien un desiderátum, como señalé más arriba, pues si bien en ella se alude a los cuidados paliativos, no se garantiza su disponibilidad por la normativa vigente⁴³, ni se requiere la disponibilidad obligatoria de tales cuidados por la LORE, al menos en los centros sanitarios que estén facultados para practicar la eutanasia. Semejantes reflexiones pueden trasladarse respecto a las prestaciones a las personas dependientes.

c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas.

Si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica.

Este requisito trata de asegurar la persistencia en el tiempo de la voluntad de morir del paciente, confirmando formalmente su declaración.

El período de tiempo ente un acto y otro, quince días naturales, parece excesivo si se trata de una situación terminal con deterioro progresivo, lo que será lo más frecuente en estos casos. Aunque el médico puede acortar este plazo si aprecia riesgo de pérdida inminente de la capacidad de prestar su consentimiento (y sólo en este supuesto) sin límite mínimo alguno (p. ej., cumplir los dos requisitos relativos al consentimiento de forma seguida), lo que puede llevar a prescindir del fundamento de esta garantía de reflexión, pues se soslaya por completo, y es otro de los puntos de seria discrepancia con la LORE.

⁴² Vid. art. 9.3, c LAP. También en este precepto se aprecia cierta ambigüedad, pues a partir de los dieciséis años cuando se trate de intervenciones de riesgo, se informará a los representantes legales y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente, pero, ¿por parte de quién? ¿del médico, que es quien debe informar a aquéllos y recibir su opinión?, como sugiriendo que es él quien debe decidir, al margen de los representantes legales y del propio menor; conclusión que debe ser rechazada por discordante y contradictoria con la idea de autonomía y de representación legal, aunque en este caso ambas estén reducidas.

⁴³ Recuérdese el RD 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, etc., cit. *supra*.

d) Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable.

Se trata de los dos presupuestos que permiten abrir el camino hacia la eutanasia legalizada (definición legal en art. 3, c y b, respectivamente), sobre los que me he ocupado más arriba. En todo caso, debe certificarlo el médico responsable (definido en art. 3, d)⁴⁴.

e) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente.

El concepto de consentimiento – informado – viene acotado en la propia ley (art. 3, a), sin perjuicio de que se halla muy arraigado en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁵. Ha de ser necesariamente previo y por escrito, aunque puede eludirse, así como los requisitos de las letras b) y c), si se dispone de un documento legal de instrucciones previas o similar⁴⁶.

Otro conjunto de requisitos gira en torno a la firma del documento de solicitud de la prestación eutanásica. La Ley muestra un empecinamiento en que se inicie o continúe el procedimiento cuando el paciente no está en condiciones de firmar y fechar el citado escrito: podrá expresarse por cualquier otro medio que deje constancia de su voluntad⁴⁷ o ser firmado por terceros⁴⁸. Sobre estos últimos no se exige ninguna vinculación previa con la persona solicitante, o al menos señalar cuál pudiera ser tal vinculación, de existir, o la razón de que actúe en lugar del solicitante: cualquier profesional sanitario (p. ej. el médico responsable), parasanitario o auxiliar no sanitario. Incluso cualquier persona externa, totalmente desconocida para el paciente, podría asumir tal tarea de sustituir al paciente, sin perjuicio de que no exime, al menos legalmente, de que quede constancia fehaciente – que pueda acreditarse – de la manifestación de la voluntad de morir de aquél, aunque no pueda firmar el documento⁴⁹.

Esta solución es, ciertamente, una de las prescripciones más endebles y censurables de la Ley, pues desbarata todas las demás minuciosas garantías que ha previsto, quedando en manos de la honestidad – que no legalidad – del comportamiento de terceros, teóricamente sin ningún tipo de relación o conocimiento previos del paciente; sin entrar aquí en que en estas situaciones tan extremas no será infrecuente la dificultad para expresar o captar de modo inequívoco su voluntad no sólo de morir (p. ej., interrumpiendo el tratamiento iniciado), sino de que incluso se le suministre un producto letal; y

⁴⁴ Concordante con la definición del art. 3 de la LAP.

⁴⁵ *Vid.* definición a la que se adscribe literalmente la LORE, en LAP, art. 3.

⁴⁶ *Vid.* art. 5.2 LORE. *Cfr.* art. 11 LAP, sobre instrucciones previas,

⁴⁷ Así lo indica el art. 6.1 pfo. 1º *in fine* LORE: «[...] o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la voluntad inequívoca de quien la solicita, así como del momento en que se solicita».

⁴⁸ Art. 6.1 párr. 2º LORE: «En el caso de que por su situación personal o condición de salud no le fuera posible fechar y firmar el documento, podrá hacer uso de otros medios que le permitan dejar constancia, o bien otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fecharlo y firmarlo en su presencia. Dicha persona ha de mencionar el hecho de que quien demanda la prestación de ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firmar el documento e indicar las razones».

⁴⁹ También se dan facilidades para el acceso, incluso por el médico responsable, a las instrucciones previas o documento equivalente, remitiéndose explícitamente para ello al RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal y a las competencias de las CCAA sobre esta materia (art. 6.4 LORE).

también es fácil suponer que el deterioro sea general, no sólo para firmar o expresarse con toda claridad, sino posiblemente también para comprender la situación y formar su propia voluntad.

Por último, se contempla la posibilidad de la denegación de la solicitud por el médico responsable y del recurso disponible para el paciente ante la Comisión de Evaluación y Control correspondiente (art. 7). Tanto uno como otro deberán disponer de una buena agenda para apuntar los al menos tres plazos que se estipulan, o de familiares bien dispuestos; tal vez asistidos por el experto correspondiente para ayudar al paciente a rellenar los impresos establecidos, no solo en este caso, sino también en relación con otros requisitos legales. La valoración de la situación de incapacidad del paciente corresponde realizarla al médico responsable, de acuerdo con los protocolos que apruebe el Consejo Interterritorial del SNS, lo que es acertado.

Me remito a lo señalado más arriba sobre la excesiva burocratización del procedimiento y el desconocimiento por el legislador de la situación tan sensible en la podrá encontrarse el paciente, que tendrá que sumar a sus últimas preocupaciones asistenciales vitales la de no equivocarse y cumplir correctamente lo preceptuado.

Finalmente, llama la atención que no se tenga en cuenta en absoluto a los familiares u otros convivientes que ayuden a determinar o confirmar la voluntad del paciente, evitando en todo caso que puedan llegar a suplantar la verdadera voluntad de aquél. La figura de la “persona de confianza” u otra figura semejante, existente en derecho comparado⁵⁰, designada por el paciente, para que represente los intereses de aquél (no solamente sobre la decisión eutanásica), en concreto para actuar como transmisor de los deseos del paciente sobre la continuación, limitación o finalización del tratamiento, incluyendo la posibilidad de acudir y reclamar a la Comisión de Control y Evaluación, hubiera sido una buena solución con el fin de garantizar que no se violenta o se prescinde de la verdadera voluntad de su representado, así como para cooperar en la comprobación de la veracidad de las instrucciones anticipadas⁵¹.

b) Procedimiento

El procedimiento⁵² comporta la elaboración de abundantes reglamentos, protocolos y otros documentos semejantes que incrementarán las necesidades de gestión, además del cumplimiento de diversos plazos y otros requisitos. Hay que insistirse, una vez más, que puede ser excesivo, al menos para los pacientes que padecen una enfermedad grave y terminal, con intensos dolores y grandes sufrimientos. Puede ser más adecuado, en cambio, para quienes se encuentran en una situación imposibilitante y de dependencia, también con padecimientos, pero sin pronóstico letal a corto plazo. En primer lugar, se fija el procedimiento a seguir por el médico responsable cuando exista una solicitud de prestación de ayuda para morir (art. 8). Este realizará con el paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre

⁵⁰ Así se ha previsto, p. ej., en Francia: Loi N° 2016-87 du 2 février 2016 (Loi Claeys-Leonetti), art. L 1116-6 y D. de ejecución de 18 de octubre de 2016. Vid. K. LEFEUVRE, V. DEPADT, *Protéger les majuers vulnérables. Quels nouveaux droits pour les personnes en fin de vie?*, en *Presses de l'EHESP*, Rennes, 2017, 1101 y ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Decisiones al final de la vida*, en C.M. ROMEO CASABONA (Coord.), en *Tratado sobre Derecho y envejecimiento*, Madrid, 2021 (en prensa).

⁵¹ V. sobre esto, ROMEO CASABONA, *Decisiones al final de la vida*, cit.

⁵² Omito la alusión a plazos para la realización de cada paso para no abrumar al lector con tanta formalidad.

posibles cuidados paliativos, asegurándose de que comprende la información que se le facilita; esta información se le dará también por escrito. Esta deliberación, aclaración de dudas y ampliación de la información se retomará cuando el médico reciba la segunda solicitud (art. 8.1).

Una vez terminado este proceso deliberativo el médico responsable recabará del paciente solicitante su decisión de continuar o desistir de la solicitud. Tanto si la respuesta es afirmativa como si desiste el paciente, el médico responsable deberá comunicar esta circunstancia al equipo asistencial, especialmente a los profesionales de enfermería, así como, en el caso de que así lo solicitara el paciente, a los familiares o allegados que señale. Igualmente, deberá recabar del paciente la firma del documento del consentimiento informado si persiste en su decisión (art. 8.2).

El siguiente paso consiste en que el médico responsable deberá consultar a un médico consultor, quien, tras estudiar la historia clínica y examinar al paciente, deberá corroborar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 5; o emitir un informe desfavorable (art. 8.3), que se trasladará a la Comisión de Garantía y Evaluación (art. 8.4). Por su parte, el médico responsable también comunicará a esta Comisión la disposición a realizar la prestación eutanásica, la cual realizará el control previo que establece el art. 10 (art. 8.5).

Asimismo, en este largo y complejo procedimiento, cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho se remite al cumplimiento de las instrucciones previas, sin indicar el proceder si no las hubo, pero, como es obvio, habrá que concluir que el procedimiento eutanásico se interrumpe. (art. 9).

El siguiente paso corresponde darlo a la Comisión de Garantía y Control (art. 10). Con independencia del número de miembros, la decisión final recaerá en un profesional médico y un jurista pertenecientes a la Comisión, salvo discrepancia entre ambos, pues entonces corresponde al pleno de la Comisión. En realidad, su función tan solo consiste en verificar que se cumplen todos los requisitos y condiciones legales, por lo que debería ser muy excepcional la existencia de discrepancias.

En caso de resolución desfavorable se abre la vía a un recurso judicial (contencioso administrativo) (art. 10.5).

c) Ejecución de la prestación a morir

Finalmente, para la ejecución de la prestación eutanásica se tendrá en cuenta la modalidad elegida por el paciente, si se halla consciente.

Si la prestación la realiza el profesional, bien porque lo haya solicitado el paciente, bien porque se encuentre inconsciente (en coma), el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, asistirán al paciente hasta el momento de su muerte. Si la realiza el propio interesado, aquéllos, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrán la debida tarea de observación y apoyo a éste hasta el momento de su fallecimiento (art. 11).

Una vez fallecido el paciente se establece el procedimiento de comunicación del suceso a la Comisión de Garantía y Control por parte del médico responsable, lo que se hará a través de dos documentos, en los que se incluirá información no idéntica (art. 12).

d) Observaciones sobre el conjunto del procedimiento

Dos observaciones finales podrían hacerse a tan largo, complejo y en ocasiones enrevesado procedimiento: 1º se confirma la dificultad que puede entrañar para el interesado seguir hasta el final el procedimiento, quien debe mantener la conciencia al menos hasta que manifiesta la última ratificación (tercera declaración de voluntad); 2º una vez que se inicia el procedimiento con la primera solicitud del interesado, todo parece encaminado a que aquél se mantenga de forma casi automática, procurando incluso vías alternativas, a veces con dudoso aseguramiento de la validez de los consentimientos o ratificaciones posteriores; ello sin prestar atención a propiciar con la misma insistencia la canalización del desistimiento eutanásico del interesado. En esto la LORE no parece que favorezca un procedimiento más neutral.

D) Garantías. Las Comisiones de Garantía y Evaluación

La preocupación del legislador por dotar del máximo nivel de garantías a todo el procedimiento le ha llevado a dedicar dos capítulos de la Ley, relativos a las garantías en el acceso a la prestación y sobre las Comisiones de Garantía y Evaluación (capítulos IV⁵³ y V, respectivamente), además de otras garantías indirectas recogidas en varios preceptos distribuidos a lo largo del texto legal.

Tanta minuciosidad en algunos aspectos revela la loable preocupación del legislador de que no se produzcan desviaciones, abusos o incluso prácticas ilegales. Al mismo tiempo, revela la conciencia del legislador sobre la vulnerabilidad de las personas afectadas, la desconfianza de que el sistema de medicalización de la eutanasia fuera del ambiente familiar puede ser propicio para realizar prácticas ilegales, contrarias a los intereses de los pacientes en situación grave y terminal, hayan solicitado o no la eutanasia. Pero olvida en estos preceptos los huecos esenciales que ha dejado abiertos en otros, ya analizados, que pueden propiciar lo esencial: que la prestación eutanásica responda en realidad a los verdaderos deseos de la persona sostenidos en un estado pleno o claramente suficiente de sus facultades intelectivas y volitivas.

a) Garantías diversas

En primer lugar, y por lo que se refiere a garantizar el acceso a la prestación de ayuda para morir, ésta estará incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y será de financiación pública (art. 13.1). Aunque esta previsión de asunción de los gastos ha sido objeto de críticas, responde a la propia coherencia interna del texto legal y debe considerarse acertada.

Menos explícita es la encomienda de que la prestación se realizará en centros sanitarios públicos, privados o concertados, y en el domicilio, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria o por el lugar donde se realiza (art. 14; cfr. art. 13.2). En efecto, cuántos centros y cuáles, al menos del sistema público, deberán disponer de las infraestructuras y del personal sanitario dispuesto a realizar la prestación, tanto en el centro como en el domicilio. Es previsible que no todos los centros vayan a practicar la eutanasia y se seleccionen varios en función de la población y su distribución geográfica en cada Comunidad Autónoma, lo que podría comportar el traslado del paciente a otro centro.

⁵³ Nótese cómo la redacción de este capítulo sigue muy de cerca las previsiones del capítulo II de la LO2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (art. 18 y ss.).

La práctica en el domicilio podría ser más pertinente para personas imposibilitadas sin ninguna patología severa; o, una vez tomada la decisión y autorizada, proceder al traslado domiciliario con el fin de asegurar un clima de mayor intimidad y apoyo familiar.

Asimismo, se establece la adopción de las medidas necesarias para asegurar la intimidad de las personas solicitantes de la prestación y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal, incluida la custodia activa de sus historias clínicas, de nivel alto respecto a los archivos informáticos que recojan sus datos (art. 15).

Finalmente, se garantiza el derecho a la objeción de conciencia, el cual se sustancia como una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito (art. 16.1)⁵⁴.

Significa esto que los centros – públicos y privados – en cuanto tales no podrán objetar, lo cual es correcto, pues estamos ante un derecho individual de las personas físicas derivado de otro fundamental (art. 16 CE). Sin embargo, el propio centro privado no está obligado a ofrecer este servicio, ni siquiera por la vía de presión indirecta si se trata de un centro concertado con el sistema público para prestar otro tipo de servicios asistenciales.

Puede considerarse un despropósito la previsión de que las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir (art. 16.2). Aunque la redacción no es muy explícita, parece evidente que alude a un registro único universal de todos los objetores, lo que es rechazable por ser desproporcionado y vulnerar principios generales del tratamiento de datos de carácter personal. Bastaría con la existencia del registro en cada centro habilitado para realizar la eutanasia, incluyendo en él únicamente los objetores de ese mismo centro, sin posibilidad de acceso – o de transferencia de los datos – por terceros ajenos al mismo.

b) Las Comisiones de Garantía y Evaluación

La LORE prevé la constitución obligatoria de una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las Comunidades Autónomas.

El régimen jurídico de las mismas será fijado por el gobierno de cada Comunidad Autónoma, por lo que su organización interna podrá ser distinta para cada Comisión, dejando abierta la posibilidad de que se establezcan criterios dispares en el ámbito de sus respectivas competencias⁵⁵, sin perjuicio de los mecanismos de homogeneización que se establecen en la ley estatal. En todo caso, será multidisciplinar, debiendo contar con personal médico, de enfermería y juristas, con un número mínimo de siete miembros (art. 17). Asimismo, se establece para éstos el deber de secreto (art. 19).

Por lo que se refiere a las funciones, son las siguientes (art. 18):

a) Resolver diversas reclamaciones en determinado plazo, por lo general de veinte días naturales.

⁵⁴ V. mi posición sobre diversos aspectos relacionados con el texto, C.M. ROMEO CASABONA, *Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal*, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz.*, Cizur Menor, 2001, 1769-1788.

⁵⁵ Advierte sobre esta posibilidad PAYÁN ELLACURIA, *Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: un a propuesta de lege ferenda*, 31.

La variedad de reclamaciones, plazos, personas reclamantes y otros aspectos es muy elevada, siguiendo la línea de máxima burocratización que caracteriza a esta ley, cuando debió haberse optado por lo contrario, sin perjuicio de mantener las garantías necesarias.

b) Verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos en la ley. Es decir, una vez practicada la eutanasia.

Nada hay que objetar a esta tarea, que puede servir de verificación y control *ex post* sobre la observancia real de los requisitos y procedimientos legalmente previstos. La detección del incumplimiento de alguno de los requisitos fundamentales (¿cuáles?) podría generar dudas sobre la validez del proceso eutanásico y fundamentar los deberes legales de denuncia o de comunicación a las autoridades competentes por indicios de delito.

c) Detectar posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas y protocolos.

d) Resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la Ley, sirviendo de órgano consultivo en su ámbito territorial concreto.

e) Elaborar y hacer público un informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la Ley en su ámbito territorial concreto. Dicho informe deberá remitirse al órgano competente en materia de salud.

f) Aquellas otras que puedan atribuirles los gobiernos autonómicos, así como, en el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla, el Ministerio de Sanidad.

Sin perjuicio de las matizaciones comentadas, todas estas funciones se mueven en el ámbito de lo razonable.

4. La nueva regulación del Código Penal

La LORE ha dejado prácticamente intacto el art. 143.4 del CP, sin perjuicio de haber añadido algunas acotaciones o diferenciaciones que son realmente oportunas o coherentes con el nuevo marco legal establecido por la LORE, como se expondrá más abajo⁵⁶.

La voluntad del legislador es que la conducta de eutanasia activa no será punible si se observa lo previsto en la nueva ley (art. 143.5 CP)⁵⁷; en caso contrario, y siempre que se cumplan los requisitos del art. 143.4, el hecho será punible, pero con la atenuación privilegiada que ya preveía este precepto (pena inferior en uno o dos grados a las previstas en los dos párrafos anteriores del art. 143)⁵⁸. Esta es la razón por la que también debe ser abordado el alcance este precepto en el caso de que tuviera que ser aplicado por la autoridad judicial.

⁵⁶ Vid. DF 1ª.

⁵⁷ Art. 143.5: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la Ley Orgánica reguladora de la eutanasia».

⁵⁸ Art. 143.4 CP, introducido por la LORE en su DF 1ª: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3».

Recordemos que las conductas omisivas, la comisión por imprudencia y la mera complicidad son variantes no punibles, es decir, exentas en cuanto tales, de responsabilidad penal, a salvo de que puedan omitirse otras tareas de asistencia sanitaria (p. ej., cuidados paliativos) y social obligatorias, en cuyo caso habría que comprobar si hay indicios de algún delito.

No cabe duda de que esta regulación se inserta como una causa de justificación en el sistema de la teoría jurídica del delito, pues es lícito el hecho realizado conforme establece la misma, con independencia del sustento dogmático que pueda otorgarse a ese discutible derecho.

Nos encontramos entonces de nuevo ante un relevante problema de dogmática general de la teoría del delito, que suele presentarse cuando la ley penal se remite a una ley no penal (extrapenal) para completar su contenido, en este caso para determinar los elementos objetivos y subjetivos que deben concurrir para que pueda aplicarse la causa de justificación. Es decir, debemos preguntarnos qué sucede si no se ha observado alguno de los requisitos o procedimientos que establece la LORE, lo cual no sería extraño que sucediera, a la vista de lo numerosos que son aquéllos, en ocasiones asimismo poco precisos; por ejemplo, que no se haya respetado alguno de los abundantes plazos fijados, rebasándolo o reduciéndolo en un día; sin embargo, no parece que sea ésta una infracción suficientemente grave como para dejar de aplicar el art. 143.5 CP.

Tampoco esta respuesta es tan sencilla de sostener. En la hermenéutica penalista suele distinguirse entre elementos esenciales y no esenciales en cada causa de justificación, para concluir que solo la ausencia de cualquiera – o todos – de los últimos legitima para aplicar la eximente incompleta (causa de justificación incompleta), pero si faltan los primeros – los esenciales – ni siquiera cabría aplicar ésta⁵⁹; es decir, tendríamos que ir al art. 143.4 y sancionar el hecho con la pena atenuada o rebajada que establece éste último, siempre que concurren todos los elementos del tipo que permitan acudir a este tipo atenuado o privilegiado. ¿Cómo determinar cuáles de esos elementos son esenciales y cuáles no son esenciales? Entiendo que, en todo caso, esencial será la solicitud autónoma del paciente (art. 4.2 LORE), pero también inequívoca y seria. Sin embargo, la ausencia de consentimiento – de petición – impediría también la aplicación del art. 143.4, debiéndonos trasladar al delito contra la vida que corresponda, según las circunstancias del caso (homicidio o asesinato). Probablemente también podría considerarse esencial que la prestación la realice un médico, el que indica la ley, siendo coherentes con el marco legal, que excluye cualquier intervención de terceros (p. ej., de los familiares y allegados); pero, ¿podría haber alguno más?

Por otro lado, el régimen atenuante de las eximentes incompletas es claro en el CP, pues se prevé explícitamente (reducción de la pena de partida en uno o dos grados, arts. 21 nº1 y 68 CP), pero esta previsión se remite exclusivamente a las causas de justificación mencionadas en el art. 20. Algún autor defendería la aplicación de la eximente incompleta por analogía o una atenuante por analogía, incluso cualificada, y aunque personalmente concuerdo con este criterio general⁶⁰, resultaría cuando menos problemático querer apoyarse directamente en el art. 143.5, que es donde se ubica la causa de justificación completa⁶¹.

⁵⁹ Vid. F. FLORES MENDOZA, *Antijuricidad. Las causas de justificación*, en C.M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE, M.Á. BOLDOVA PASAMAR, (Coords.), *op. cit.*, pág. 218.

⁶⁰ FLORES MENDOZA, *Ibidem*.

⁶¹ Art. 21 nº 7 CP: de análoga significación que las anteriores circunstancias de ese mismo precepto.

Nos encontramos, por consiguiente, de nuevo ante una imprecisión e imprevisión legislativa, la cual revela una vez más manifestaciones de inseguridad jurídica muy relevantes en diversos pasajes de la ley, poco escrupulosas con el principio de legalidad, que podrán ser fuente de intrincados y no pacíficos esfuerzos hermenéuticos. Al final, será tarea de los tribunales de justicia aclarar esta importante y nada sencilla cuestión interpretativa.

El art. 143.4 CP en su nueva redacción continúa operando como un tipo atenuado o privilegiado respecto de los que hace remisión (art. 143. 2 y 3), habiendo sido excluidos del mismo los comportamientos de inducción, que se regirán por lo establecido en el art. 143.1⁶². El tratamiento privilegiado de este delito encuentra su fundamento, según entiendo, sobre todo en el menor reproche de la conducta del sujeto que actúa bajo los presupuestos típicos que menciona el art. 143.4, siempre que no se pueda aplicar la exención de responsabilidad penal que establece art. 143.5⁶³. No tiene sentido exigir para la aplicación de este delito atenuado los requisitos que se contienen en la LORE, pues precisamente la aplicación de este delito comporta que el sujeto activo no ha cumplido aquéllos, pero que puede satisfacer las exigencias que se derivan del art. 143.4.

En realidad, para el potencial sujeto activo – o para un observador – no tiene por qué plantearse como un conflicto (ni siquiera de deberes: no existe el deber de quitar la vida a nadie para eliminar sus sufrimientos, a pesar de lo que prescriba la LORE; ésta convierte en lícita la acción del médico que intervenga bajo su amparo y requisitos; el resto de profesionales sanitarios son también impunes, al contribuir en una acción lícita – amparada por una causa de justificación –)⁶⁴, ni objetiva ni subjetivamente, pues ese conflicto lo es propiamente del sujeto pasivo (conflicto de intereses intrapersonales)⁶⁵: él decide si desea o no soportar un proceso inevitable de muerte o de graves padecimientos; ni, si aquél se decide a intervenir, tiene por qué actuar impulsado por un estado de necesidad (elemento subjetivo). Si fuera así, la petición del interesado debería ser irrelevante, lo que no es aceptable, ni concuerda con la voluntad del legislador, conforme a la cual su eje discursivo sería la autonomía del paciente.

Muy al contrario, el legislador, ante las situaciones extremas de sufrimiento que pueden presentarse en el contexto de la enfermedad ha optado por atenuar la sanción penal, probablemente persuadido también por la menor gravedad del hecho si el sujeto lo ha solicitado seriamente. Es en la voluntad de éste donde podría encontrarse en todo caso un fundamento para sustentar la menor gravedad de lo injusto del hecho y no en el estado de necesidad, hecho que al mismo tiempo es menos reprochable. Pero este reconocimiento de menor desvalor (incluso reflejado en una rebaja cualificada de la pena), entiendo que no permite dar el salto dogmático hacia una causa de justificación incompleta, pues falta

⁶² Vid. J. BARQUÍN SANZ, *La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*, en C. ROXIN, F. MANTOVANI, J. BARQUÍN, M. OLMEDO, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, 169, quien recogiendo alguna opinión que defiende que la inducción a la eutanasia estaría despenalizada, aporta abundantes y certeros argumentos contra ella.

⁶³ En este sentido, ya C.M. ROMEO CASABONA, *El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 13, 1987, 204; C.M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., 489.

⁶⁴ Cfr. S. ROMEO MALANDA, P. NICOLÁS JIMÉNEZ, A. URRUELA MORA, *Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español*, 15.

⁶⁵ V. más ampliamente sobre esta cuestión, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 138 y ss.

el referente de la licitud del hecho, sobre la cual la ley es diáfana. La alternativa en la actualidad es la justificación del hecho que comporta poder acogerse a la LORE, si se ha actuado en los términos que ella requiere, aplicando, en su caso, el tipo atenuado del art. 143.4 CP, con las eximentes atenuantes relacionadas con la no reprochabilidad o reprochabilidad atenuada basadas en alteraciones psíquicas o emocionales señaladas más arriba.

Aunque parece implícito el móvil humanitario, solidario o altruista que preside la atenuación y el menor reproche que la fundamenta, no es una exigencia expresa requerida por el precepto y es compatible con cualquier otra motivación, incluso egoísta o insolidaria. Pero la concurrencia de estos móviles deja abierto el paso a la aplicación de alguna atenuante inspirada en situaciones emocionales semejantes⁶⁶.

Teniendo en cuenta los requisitos objetivos y subjetivos que deben concurrir, quedan excluidos del tipo y son por ello impunes, pues tampoco son típicos a través de las demás formas delictivas del art. 143, los supuestos de cooperación no necesaria al hecho, los omisivos y los activos que indirectamente pudieran producir como efecto secundario el acortamiento de la vida o la aceleración del proceso de la muerte (así, los cuidados paliativos).

A) Elementos del tipo

Tipo objetivo. Se ha criticado que la descripción del tipo se haya apoyado en tantos, tan complejos e imprecisos requisitos. Siendo cierto esto en algunos pocos casos, no parece, sin embargo, que partiendo de la perspectiva garantista del legislador (a ello responden en gran medida dichos requisitos) pudieran encontrarse otras fórmulas mucho más acordes con las exigencias de taxatividad que deben ser escrupulosamente observadas en las tareas de redacción por el legislador.

El presupuesto fáctico incorporado al tipo ha sido modificado por la LORE, lo cual me parece un acierto, pues ahora el texto legal separa nítidamente dos situaciones que guardando una estrecha proximidad son diferentes y merecerían desde mi punto de vista respuestas también diferentes. No obstante, la redacción anterior del art. 143.4 CP permitía ya apreciar dos presupuestos alternativos, no necesariamente cumulativos.

En la actualidad este precepto penal dice así: «una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables».

Sin perjuicio de la mayor o menor dificultad que pueda ofrecer la interpretación del significado y alcance de estos elementos del tipo en cada caso en particular, lo cierto es que pretenden reflejar situaciones extremas (valorables con criterios más o menos objetivos) que el sujeto afectado no parece poder – o querer – soportar (aspecto subjetivo). La LORE define minuciosamente cada una de estas situaciones⁶⁷, y sus respectivas definiciones habrán de tomarse como referencia obligada para el CP.

⁶⁶ V. art. 21 circ. 3ª CP, sin reiterar aquí otras situaciones de mayor intensidad que pudieran dar lugar a la aplicación de alguna eximente completa (art. 20 nº 1) o incompleta (art. 21, circ. 1ª), señaladas más arriba.

⁶⁷ V. LORE, art. 3: «b) “Padecimiento grave, crónico e imposibilitante”: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría

El segundo supuesto es más difícil de objetivar, pero, en cualquier caso, que la enfermedad sea insoportable ha de venir determinado por el propio sentimiento del enfermo y no por lo que puedan valorar terceros sobre ello o por la repercusión que pueda producirse en ellos mismos (p. ej., respecto a sus familiares)⁶⁸, subjetividad cuya ambigüedad queda acotada por los demás componentes, que son más fácilmente objetivables.

Dicha enfermedad habría de ser de raíz orgánica, pues quien padezca una enfermedad psíquica de esas características tan extremas como las que refiere el tipo difícilmente estará en condiciones de poder aportar los demás requisitos exigidos por el tipo, en especial los relativos a la formación y manifestación de una voluntad relevante para el Derecho. Sin embargo, acoge los sufrimientos tanto físicos como psíquicos, no una enfermedad de aquella naturaleza, pudiendo ser, no obstante, los sufrimientos psíquicos también invalidantes para poder asumir una formación o manifestación de la voluntad jurídicamente válida.

Los enfermos crónicos con una enfermedad en fase terminal no están necesariamente incluidos en este supuesto, dado que pueden disponer de tratamientos sustitutivos eficaces que les mantiene con una vida asumible por tiempo indeterminado (p. ej., tratamiento de diálisis, asistencia con respirador móvil)⁶⁹.

No se exige ningún requisito especial para ser *sujeto activo* del delito, es un delito común, es decir, podrá serlo cualquiera, tanto vinculado al ámbito sanitario como al entorno familiar o afectivo del sujeto pasivo, sin ser tampoco imprescindible, desde luego, reunir ninguna de estas condiciones. Recordemos que a la causa de justificación del art. 143.5 CP sólo podrán acogerse los profesionales médicos que señala la LORE, pues excluye que la prestación de ayuda a morir pueda ser realizada por personas distintas fuera de un contexto sanitario (eutanasia medicalizada)⁷⁰. Lo mismo ocurre con el *sujeto pasivo*, es decir, con la persona que solicita la ayuda ejecutiva a morir (p. ej., no está excluido

apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico. c) “Enfermedad grave e incurable”: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva”». El supuesto acogido en la letra b recoge muy de cerca la situación en la que se encontraba el Sr. Sampedro, mencionado más arriba.

⁶⁸ La propia LORE asume implícitamente esta subjetividad, al añadir a que sea insoportable «sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable» (art. 3, c).

⁶⁹ V. STEDH (Sección 2ª) de 14 mayo 2013 TEDH\2013\52, caso GROSS c. Suiza: imposibilidad de acceder a receta médica para obtener la sustancia letal por incumplimiento de los requisitos, ya que la solicitante no se encuentra en situación de enfermedad terminal, pero se constata la ausencia de directrices legales claras y completas definiendo las circunstancias bajo las cuales los médicos están autorizados a prescribir una receta de dosis letal de medicamento en casos donde un individuo ha llegado a una decisión seria, en el ejercicio de su libre albedrío, de poner fin a su vida, pero donde la muerte no es inminente debido a una condición médica específica. El TEDH concluyó que la demandante se encontró en una situación de incertidumbre que le generó un considerable grado de angustia y que se produjo la violación del art. 8 CEDH (voto parcialmente disidente 3 jueces; v. rectificación de la Gran Sala en sentencia de 30 de septiembre de 2014). Similares (pero con fallos diversos): STEDH (Sección 1ª) de 20 enero 2011 TEDH\2011\12, caso HAAS c. Suiza; STEDH (Sección 5ª) de 19 julio 2012 TEDH\2012\69, caso KOCH c. Alemania. Vid. un fino y minucioso análisis de la jurisprudencia de este órgano europeo de G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, 57 y sigs., especialmente 68 y sigs.

⁷⁰ En las letras a y b del art. 3º LORE se introducen las definiciones de “médico responsable” y “médico consultor”.

que pueda ser extranjero)⁷¹. No debemos olvidar, no obstante, que éste ha de encontrarse en algunas de las dos situaciones que describe el CP, señaladas más arriba. Por otro lado, las exigencias típicas respecto a su voluntad restringen de hecho el círculo de sujetos idóneos, en particular por razón de la edad y de la capacidad psíquica, como veremos después.

La *acción típica* consiste en causar o cooperar a la muerte de otro. La descripción de ambas conductas de forma alternativa implica la remisión y el punto de conexión con los tipos respectivos de los que trae causa, lo que comporta retrotraernos a la discusión relativa a la cooperación ejecutiva al suicidio, la cual habrá de resolverse con los mismos criterios⁷². Aunque no es vinculante para la aplicación del art. 143.4, la LORE puede, asimismo, aportar orientaciones interpretativas, dado que recoge y describe estas dos mismas situaciones.

Han de ser exclusivamente comportamientos activos, necesarios y directos. Son expresiones redundantes, dada la relación de dependencia con el art. 143.3 y 2, respectivamente, pero revela, no obstante, la preocupación del legislador por acotar lo mejor posible el ámbito de lo típico y de lo que queda excluido del delito, y por ello nada superfluos.

La *omisión* no es típica, no está incluida en el delito. Esta conclusión se deriva palmariamente de la exigencia de que el comportamiento ha de ser activo mediante “actos”⁷³. Sin embargo, para que ello sea así es precisa la manifestación inequívoca del interesado, rechazando o impidiendo la acción salvadora de terceros, y si por cualquier motivo aquél no ha podido expresarse o lo ha hecho de forma no válida jurídicamente (caso de una persona inconsciente o de un recién nacido o de un niño o de un enfermo o deficiente mental graves, respectivamente), nos trasladaríamos al ámbito del homicidio doloso o imprudente en comisión por omisión, pero únicamente cuando el omitente tuviera la posición de garante y siempre que la acción fuera en si misma exigible (p. ej., en el caso de que fuera posible un tratamiento para mantener la vida consciente o temporalmente inconsciente del sujeto pasivo)⁷⁴.

Ha sido habitual discutir en el entorno de la eutanasia la conceptualización como activos u omisivos algunos comportamientos ambiguos o que participan fácticamente de ambos aspectos. En concreto, si la desconexión de determinados aparatos sustentadores de funciones vitales constituye *normativamente* una conducta activa o pasiva, lo que significa preguntarse si el hecho es punible o impune. Si no cabe duda de que, aisladamente considerada, una desconexión de esta naturaleza es un

⁷¹ El AAP Madrid (Sección 27ª) nº 998/2019 de 6 junio (ARP\2019\1043) refleja las peculiaridades de nuestro legislador, que, víctima de sus maximalismos ideológicos, obliga al Juez a afirmar la competencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer, en el caso de suicidio asistido de la esposa con enfermedad terminal por su marido: es obvio que en este caso el género no desempeña papel alguno en la comisión de este hecho tan penoso para el marido.

⁷² Vid. C.M. ROMEO CASABONA, *Suicidio y eutanasia*, en C.M. ROMEO CASABONA (Coord.), en *Tratado sobre Derecho y envejecimiento*, Madrid, 2021 (en prensa).

⁷³ C.M. ROMEO CASABONA, *El homicidio y sus formas*, 48 y s.; DÍEZ RIPOLLÉS, en *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 244 y sigs.

⁷⁴ SAP Castellón 184-2012 de 10 mayo (JUR 2012/257412): «Dª. Z. quedó postrada en cama de manera que dependía absolutamente del acusado para su subsistencia, manifestándole en diversas ocasiones su voluntad de morir, por lo que el acusado, siendo conocedor del delicado estado de salud de su madre y de que ella era completamente dependiente de sus cuidados y asumiendo la muerte de la misma, dejó de suministrarle alimentos hasta que Dª. Z. Falleció [...] son constitutivos de un delito de auxilio al suicidio, previsto y penado en el artículo 143.3º y 4º». Se supone que se aplicaría únicamente el último apartado citado art. Lo paradójico es que se trata un supuesto omisivo en el que el ejecutor tenía la posición de garante.

comportamiento activo, no es menos cierto que la valoración global del hecho es considerarla omisiva, en cuanto supone interrumpir o no continuar un tratamiento determinado – omitir una acción para la que se tiene capacidad de realización –, en este caso vital (p. ej., un respirador). Ahora bien, la valoración jurídico-penal final del hecho dependerá de nuevo de que el sujeto pasivo haya o no rechazado ese tratamiento: en el primer caso el hecho es atípico y en el segundo debemos situarlo en la órbita de los delitos de comisión por omisión.

Es un delito de resultado material, acotado por la muerte del sujeto pasivo.

Respecto a que se trate de actos necesarios se alude, entre otros aspectos, a la necesidad de la contribución del sujeto activo, es decir, a su naturaleza jurídico-penal de cooperación necesaria, lo que nos devuelve a la inacabada e irresoluble cuestión de su distinción de la complicidad, que queda fuera del delito, no es punible. Han de consistir asimismo en actos directos. Sin perjuicio de las dificultades que pueden plantearse para su delimitación (han de ser actos dirigidos específicamente a la muerte de otro), su exigencia trae como efecto la exclusión de la llamada en tiempos pasados eutanasia indirecta (cuidados paliativos dirigidos principalmente a mitigar o eliminar el dolor y otros padecimientos que pueden tener como efecto derivado un acortamiento de la vida del paciente).

Elementos referentes a la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo. Es necesaria la petición del sujeto pasivo, que habrá de ser expresa, seria e inequívoca. Por consiguiente, no basta con el mero consentimiento expresado tras ser preguntado, sino que es necesario algo más: la solicitud inequívoca al sujeto activo del delito⁷⁵, que ha de ser el móvil determinante de éste, aunque puedan concurrir otros.

Algunos de los requisitos relacionados con la petición han sido objeto de tratamiento legal específico por la Ley 41/2002, así como por la LORE, al definir el consentimiento informado (art. 3, a). En el ámbito penal lo relevante y vinculante para el intérprete es lo que se deduzca del art. 143.4, pues es de él de donde debe extraerse el marco de la tipicidad (en particular, en cuanto que no acoge la técnica de ley penal en blanco), al cual ocasionalmente podrían aportar alguna luz la LAP, como también ahora la LORE, siempre que no comporten una confrontación insalvable con el precepto penal (p. ej., añadiendo requisitos formales no deducibles de éste).

Los demás requisitos van dirigidos a asegurar la existencia de una auténtica voluntad por parte del sujeto pasivo de que se le quite la vida.

Que la petición haya de ser por “éste”, significa que ha de ser una petición *personal*, sin admitir que terceros puedan formularla en nombre o representación de aquél. De esto se deriva que si se trata de un menor o de un incapaz no cabrá que sus representantes legales puedan formular la petición en su lugar, por supuesto, mucho menos, cualquier otro familiar o allegado, incluso conviviente. Al tener que ser expresa se excluyen las solicitudes tácitas y por actos concluyentes, así como cualquier forma de presunción.

⁷⁵ Esto explica que el tribunal de autos descartara correctamente la aplicación del art. 143.4 CP, puesto que la voluntad de la paciente no era inequívoca, como entendió erróneamente el médico cuando aquélla le pidió insistentemente que acabara con sus sufrimientos, error del médico al interpretar la voluntad de la paciente que era vencible, por lo que los hechos son constitutivos de un concurso de delito de homicidio imprudente del artículo 142 CP (según art. 14.1) y un delito intentado del artículo 143.4. SAP Tarragona (Secc. 2ª) nº 110/2009 de 25 marzo.

Se ha defendido que la petición admite tanto la modalidad verbal como escrita⁷⁶. Así debe aceptarse, aunque es recomendable, a efectos de prueba, dejar constancia escrita o por cualquier otro procedimiento fehaciente (p. ej., grabación audiovisual) de dicha petición, dada la trascendencia jurídico-penal que tendrá para el sujeto activo su acreditación (que se le aplique este tipo atenuado o, de no quedar constancia suficiente de la petición del sujeto, que se le impute un homicidio o, incluso, un asesinato, según las circunstancias concurrentes)⁷⁷.

Asimismo, se plantearía la validez del llamado testamento vital o, como denomina la legislación vigente, de las instrucciones previas⁷⁸, al menos por lo que se refiere a la hipótesis relativa a la situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante, puesto que debería tratarse no de una manifestación genérica, sino que debería estar vinculada a una situación específica que el sujeto ya ha anticipado (es decir, una grave enfermedad, sin ser necesario precisar cuál). De todos modos, sería menos problemática la otra hipótesis, la de «una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables». Pero, por otro lado, el documento debería estar dirigido con su petición a una persona o personas concretas determinadas o determinables, dado que el precepto parece establecer un nexo causal entre ambos, aunque la duda más relevante se refiere a que el sujeto pasivo ha de poseer el dominio del hecho, lo que podría ser cuestionable si el escrito se firma en un marco temporal y en un contexto sensiblemente distantes de la situación real ante la cual habría de surtir sus efectos. Habrá que asumir que este requerimiento tendrá que ser adaptado a las hipótesis más frecuentes en las que este documento tendrá utilidad para producir sus efectos: cuando el paciente se halla inconsciente (en coma) en el contexto de su grave enfermedad.

⁷⁶ Así, J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, cit., 245; J. BARQUÍN SANZ, *La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*, cit., 173.

⁷⁷ Por homicidio doloso condenó la SAP A Coruña 00430/2020 de 10 de noviembre, al entender que no concurría probadamente ninguno de los requisitos exigidos por el art. 143.4, incluida la solicitud o consentimiento de la víctima. A la vista de que la víctima fue matada con un cuchillo mientras dormía, surge la duda de si no estaríamos aquí más bien ante un delito de asesinato calificado por la alevosía. En este sentido, más correcta parece la SAP Valladolid 33/2020 de 23 junio, que condena por un delito de asesinato con la atenuante de alteración psíquica: «no lo es [cooperación ejecutiva al suicidio] el hecho de que, llegando a comprender el alcance de las pretensiones autolíticas de su hijo, la víctima manifieste, en este caso por gestos, su intención o su consentimiento a morir antes de sobrevivir a su hijo, algo que se conseguiría de cualquier madre, obviamente, pero no colma el tipo penal del art. 143.4 CP, en modo alguno, y así lo entendió el Tribunal del Jurado, porque, fundamentalmente, no hay circunstancia objetiva alguna de la petición seria e inequívoca de Esther de ayuda para morir». Similares SAP La Coruña 411/2015 de 11 septiembre (JUR\2015\226432), SAP S/C de Tenerife, 474/2011 de 22 diciembre. ARP 2013\743. Las sentencias citadas reflejan el intento del investigado (procesado) de ocultar un homicidio o asesinato evidentes en una descartada acertadamente por el tribunal de una cooperación ejecutiva al suicidio, en la que faltaba la voluntad de solicitar la ayuda a morir por parte de las víctimas.

⁷⁸ *Vid.* LAP, art. 11, desarrollado por el RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Algunas CCAA han aprobado sus propias leyes, así, País Vasco (Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad), Aragón (D 100/2003, de 6 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de Organización y el Funcionamiento del registro de Voluntades Anticipadas), Canarias (Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro), Islas Baleares (Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas), Comunitat Valenciana (Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida), etc.

En todo caso, el reconocimiento en la legislación administrativa y en la propia LORE⁷⁹ del documento de instrucciones previas, constituye un reforzamiento de la validez inicial de estos documentos y de que deben realizarse esfuerzos para su encaje jurídico en las hipótesis concretas a que de lugar el art. 143.4, no en vano éste fue uno de los propósitos del legislador con la promulgación de aquel precepto no penal y, con posterioridad, de la LORE, a pesar de las dudas que suscita ésta última en este punto. Por seria ha de entenderse que la petición sea firme (no necesariamente con insistencia) y meditada, después de conocer plenamente su situación, pronóstico y posibilidades de tratamiento. La petición no ha de ofrecer la menor duda sobre la consistencia de la voluntad del sujeto, que puede verse enmascarada por situaciones momentáneas de depresión, desánimo o desesperación⁸⁰.

Por último, la exigencia en el tipo de una petición inequívoca se refiere a la necesidad de que no ofrezca duda alguna la existencia misma de dicha petición y su propósito.

Cualquier ambigüedad, confusión o duda respecto al contenido y significado de la petición supone su no validez. A todo lo anterior deben añadirse los demás elementos de validez del consentimiento (libre y exento de otros vicios, como el error o la violencia), entre ellos la capacidad para formar y expresar la voluntad que, como en los otros casos, habrá de vincularse a la capacidad natural de juicio, de tal modo que permita al sujeto comprender la trascendencia para su vida del acto que solicita.

La LAP (Ley 41/2002) consagró legalmente este criterio tan extendido en la doctrina penal y en particular la orientada al Derecho Médico con su definición del consentimiento informado⁸¹. Por otro lado, las previsiones de esta ley sobre el consentimiento del menor o por representación no son aplicables aquí, pues el supuesto que nos ocupa no se refiere a un acto médico, sino a la privación punible de la vida del sujeto pasivo⁸².

⁷⁹ Vid. LORE, art. 5.2: «[...] haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable». La remisión a este documento de instrucciones previas, debiendo estar a lo dispuesto en dicho documento, puede ser problemática, si no se adaptan sus instrucciones al procedimiento previsto en la LORE. En cualquier caso, las previsiones de esta ley tratan de guardar coherencia con las de la LAP en su art. 11.

⁸⁰ M.J. PAREJO GUZMÁN, *La eutanasia, ¿un derecho?*, 227.

⁸¹ Según el art. 3º de la LAP: «La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud». La LORE ha adoptado casi literalmente esta definición sobre el consentimiento informado (art. 3º, a).

⁸² El art. 9.3 de la LAP indica lo siguiente: «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: e) c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos (conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en el caso de intervención de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente (Art. 9.4: cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio

Tipo subjetivo. Es necesario el dolo, que debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo, incluido el resultado de muerte y la petición del sujeto pasivo, que, según se señaló, ha de ser el móvil determinante de su actuación (al decir el CP: «el que causare [...] *por* petición expresa [...]»).

Por lo que se refiere a la valoración de la concurrencia de todos los elementos anteriores, es decir, los presupuestos fácticos y los referentes a la petición por parte del sujeto pasivo, deberá ser realizada por el sujeto activo, lo cual no deja de plantear dificultades (p. ej., determinar cuándo la persona solicitante sufre un padecimiento grave, o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos insoportables; o sobre la concurrencia de los requisitos relativos a la petición). Cuando se produzca un error sobre los primeros se aplicará el tipo del art. 143.2 o 3, según corresponda, mientras que los que afecten a la petición, de modo que el sujeto pasivo realmente no hubiera pretendido el acto eutanásico, al estar excluido entonces el presupuesto volitivo del tipo, que fundamenta su atenuación, nos situaremos en la órbita del delito de homicidio doloso atenuado con la pena inferior en uno o dos grados (error de prohibición sobre un elemento atenuante, de ser vencible, art. 14.3 por analogía CP)⁸³.

del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.» (cursiva añadida).

⁸³ La cuestión no es pacífica: recuérdese la SAP Tarragona (Sec. 2.ª) 110/2009, de 25 de marzo, que condenó por un delito doloso de cooperación al suicidio del art. 143.4 en tentativa en concurso con un delito de homicidio por imprudencia (error vencible de prohibición, art. 142 con art. 14.3 CP). Yo mismo he mantenido con anterioridad la existencia de un homicidio por imprudencia (error vencible sobre el tipo, art. 14.1 CP): C.M. ROMEO CASABONA, *El homicidio y sus formas*, en C.M. ROMEO CASABONA, E.SOLA RECHE, M. Á BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, 51.

Il reato di aiuto al suicidio al vaglio della Corte costituzionale austriaca

Giulio Battistella *

CRIMINALIZATION OF ASSISTED SUICIDE IN AUSTRIA: THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT
ABSTRACT: By means of the decision of 11th December 2020, the Austrian Constitutional Court ruled § 78 StGB, II sentence unconstitutional, in that it absolutely bars medical assistance in dying. According to the Constitutional Court, the right to self-determination encompasses the faculty to decide in autonomy when and how to terminate life free from interferences by State authorities. In the essay I briefly compare this decision with the principles expressed by the Italian and German Constitutional Courts in their case-law.

KEYWORDS: criminalization of assisted suicide; end-of-life decisions; self-determination in dying; dignity

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Sulla legittimazione e interesse all'azione dei ricorrenti – 3. L'incostituzionalità del divieto assoluto di aiuto al suicidio. Ragioni di merito – 4. Profili di comparazione con le sentenze della Corte costituzionale italiana e del *Bundesverfassungsgericht* – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Con sentenza dell'11 dicembre 2020¹, la Corte costituzionale austriaca ha dichiarato incostituzionale il § 78 StGB² (codice penale austriaco)³, nella parte in cui vieta senza eccezioni l'aiuto al suicidio. Tale disposizione punisce, con la reclusione da sei mesi a cinque anni, sia l'istigazione al suicidio (*Verleiten zum Suizid*) che l'aiuto al suicidio (*Hilfeleistung zum Suizid*). Oltre al § 78 StGB, si contestava la costituzionalità anche del § 77 StGB⁴, che punisce l'omicidio su richiesta (*Tötung auf Verlangen*).

L'efficacia della pronuncia è stata differita al 31 dicembre 2021 per permettere al Parlamento di introdurre le dovute cautele per il contrasto al suicidio involontario e per approvare una legge che stabilisca in via generale e astratta le condizioni per ricevere assistenza alla morte.

* Dottorando in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università di Trento. Mail: giulio.battistella@unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Il testo della sentenza è disponibile sul sito della Corte costituzionale austriaca, assieme al comunicato stampa e al video con la lettura del dispositivo: <https://bit.ly/3yl5pae>. Una sintesi della sentenza è disponibile al sito www.biodiritto.org (ultimo accesso: 20 marzo 2021).

² § 78 StGB (*Mitwirkung am Selbstmord*, cooperazione al suicidio): «Chiunque istighi un uomo al suicidio, ovvero gli offra aiuto, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».

³ *Strafgesetzbuch Österreichs*, BGBl. I Nr. 60/1974.

⁴ § 77 StGB (*Tötung auf Verlangen*, omicidio su richiesta): «Chiunque uccida un uomo su sua volontaria e insistente richiesta è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».

Si tratta della terza occasione nella quale una Corte costituzionale europea si pronuncia in materia di assistenza al suicidio. Dopo avere esposto per sommi capi le ragioni addotte dalla Corte austriaca per dichiarare illegittimo un divieto assoluto, si cercheranno di evidenziare le analogie e differenze con i precedenti italiano e tedesco, con alcune considerazioni finali sui possibili sviluppi futuri.

2. Sulla legittimazione e interesse all'azione dei ricorrenti

Il *Verfassungsgerichtshof* era stato adito con quattro ricorsi diretti⁵ proposti da soggetti che versavano in diverse posizioni di fatto. I giudici, pertanto, procedono preliminarmente a vagliare la legittimazione e l'interesse a ricorrere di ciascuno di essi.

Il primo ricorrente era un cittadino austriaco di 55 anni malato di sclerosi multipla, pienamente capace di intendere e di volere, il quale desiderava porre fine alla propria vita per evitare di entrare nello stadio più avanzato della patologia ma, essendo gravemente invalido e non potendosi uccidere da solo, necessitava dell'aiuto di altre persone.

Il secondo ricorrente era un cittadino austriaco di 75 anni, pienamente capace e perfettamente sano, che rivendicava il diritto di decidere come e quando morire per il caso in cui venisse colpito da una patologia gravemente invalidante. Nel 2018 era stato, inoltre, condannato a dieci mesi di reclusione per avere aiutato la moglie (malata cancro al pancreas) a suicidarsi, ma la pena era stata sospesa per un periodo di tre anni.

Il terzo ricorrente era un cittadino austriaco di 79 anni, da otto anni affetto dal morbo di Parkinson ma capace di intendere e di volere, che voleva recarsi in Svizzera per ricevere assistenza al suicidio⁶. Dal momento, però, che era gravemente invalido e avrebbe dovuto farsi accompagnare da un familiare, voleva prima avere la certezza che l'accompagnatore, al ritorno in Austria, non sarebbe stato incriminato⁷.

⁵ Ai sensi dell'art. 140, co. 1 della Costituzione Federale (B-VG). In passato (Erkenntnis VfSlg. 20.057/2016) il *Verfassungsgerichtshof* aveva incidentalmente trattato della costituzionalità del § 78 StGB nell'ambito di un *Beschwerdeverfahren* ai sensi dell'art. 144 B-VG (grazie al quale si impugnano dinanzi alla Corte costituzionale i provvedimenti amministrativi o giurisdizionali, attuativi di una legge illegittima, che ledano i diritti individuali), all'esito del quale aveva dichiarato la censura non fondata con riguardo a quello specifico caso. Nel presente procedimento, la Corte è stata investita di questioni che riguardavano la legge stessa (*Gesetzesprüfungsverfahren*), e non era dunque vincolata alla sua precedente decisione.

⁶ L'art. 115 del codice penale svizzero punisce come reato il solo aiuto al suicidio prestato per «motivi egoistici». Ne discende che qualunque azione volta ad agevolare il suicidio di un soggetto che vi si sia autonomamente determinato, se compiuta con motivazioni altruistiche, non solo non integra materialmente un reato, ma è pienamente lecita. Cfr. art. 115 c.p. – «Chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria». Il testo in italiano del codice penale svizzero è consultabile al seguente indirizzo <https://www.ad-min.ch/opc/it/classified-compilation/19370083/202007010000/311.0.pdf> (ultimo accesso: 20 marzo 2021). Limiti di carattere oggettivo e soggettivo sono stabiliti nelle fonti deontologiche (direttive e raccomandazioni) dell'Associazione Svizzera di Scienze Mediche (ASSM) e della Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina Umana, le quali a tutt'oggi prescrivono ai medici di prestare l'assistenza a morire esclusivamente ai pazienti che versino in situazioni di fine vita (ad es. una malattia allo stadio terminale) o siano affetti da patologie gravi ed irreversibili (ad es. la SLA).

⁷ Il § 64 StGB rende, infatti, punibile il delitto perpetrato da un austriaco all'estero nei confronti di un altro austriaco qualora entrambi abbiano la residenza o la dimora abituale in Austria.

Il quarto ricorrente era un medico viennese specializzato in anestesiologia e medicina intensiva che lamentava la lesione del diritto alla libertà professionale, sostenendo che un divieto penale assoluto gli impediva di dar seguito alla richiesta di aiuto a morire dei pazienti, se non al costo di incorrere in una condanna penale e di essere sanzionato, sul piano deontologico, con la perdita della licenza professionale.

I ricorrenti sostenevano, a vario titolo, la contrarietà delle norme impugnate a diverse disposizioni della Costituzione austriaca e dei trattati internazionali sui diritti umani, in specie del diritto al rispetto della dignità individuale (art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, CDFUE), del diritto alla vita (art. 2 CEDU e art. 2 CDFUE), del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU e art. 7 CDFUE), del diritto alla parità di trattamento dei cittadini di fronte alla legge (art. 7 della Costituzione federale e art. 2 della Legge costituzionale del 1867⁸), della libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9 CEDU e art. 10 CDFUE), del diritto a non subire nessun trattamento disumano o degradante (art. 3 CEDU e art. 4 CDFUE), del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU e art. 21 CDFUE) e del dovere di determinatezza della fattispecie penale (art. 18 della Costituzione federale).

I giudici austriaci riconoscono la legittimazione a ricorrere (*Antragslegitimation*) di tutti i ricorrenti e, in parte, anche il loro interesse all'accoglimento delle questioni.

Sotto il primo profilo, la norma impugnata ha un'incidenza diretta, *in primis*, sulla sfera giuridica di coloro che prestano (o intendano prestare) la loro collaborazione al suicidio altrui, e quindi impatta sicuramente sulla libertà del quarto ricorrente, che nella sua qualità di medico è tenuto a esercitare la professione «nel rispetto delle disposizioni vigenti» (art. 49, co. 1 della legge sulla professione medica⁹), in special modo di quelle inerenti la responsabilità penale, con la conseguenza che gli è impedito di dar corso, nell'ambito della relazione di fiducia col paziente, alla volontà di morire da questi manifestata. Il divieto assoluto di aiuto al suicidio ha, inoltre, un'incidenza effettiva e immediata (seppure indiretta) sulla sfera giuridica di tutti coloro che desiderano autodeterminarsi dandosi la morte, a prescindere dal fatto che siano attualmente affetti da una patologia grave ed incurabile: sussiste, pertanto, la legittimazione al ricorso del primo e del terzo ricorrente (che sono malati), ma anche del secondo (che invece è sano).

Rispetto al profilo dell'interesse al ricorso, la Corte costituzionale dichiara ammissibili le sole censure mosse contro il § 78 StGB, mentre sono dichiarate inammissibili quelle riguardanti il § 77, dal momento che l'eliminazione della fattispecie di omicidio del consenziente avrebbe l'effetto di rendere la medesima condotta punibile a titolo di omicidio doloso semplice (*Totschlag*) o qualificato (*Mord*), con conseguente aggravamento sia del titolo di reato che delle pene irrogabili.

⁸ La Legge costituzionale dello Stato sui diritti generali dei cittadini dei Regni e dei *Länder* rappresentati nel Consiglio imperiale (*Staatsgrundgesetz*, StGG) era la Carta dei diritti dell'Impero asburgico, che in forza dell'art. 149, co. 1 B-VG ha valore costituzionale anche nella Repubblica federale. Sul punto v. G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato. Tomo I*, Roma-Bari, 2014, 193.

⁹ *Ärztegesetz* (ÄrzteG), BGBl. I 169/1998, nella versione aggiornata alla novella del 2019 (BGBl. I 20/2019).

3. L'incostituzionalità del divieto assoluto di aiuto al suicidio. Ragioni di merito

Nell'ambito della questione relativa al § 78 StGB, il *Verfassungsgerichtshof* precisa che l'istigazione al suicidio e l'aiuto al suicidio sono due fattispecie autonome che non interferiscono nel rispettivo ambito di applicazione¹⁰, per cui le censure mosse contro l'una non si ripercuotono sull'altra.

L'incostituzionalità del divieto assoluto di aiuto al suicidio viene motivata procedendo per due canali paralleli, da un lato valutando la razionalità della scelta di riservare un trattamento totalmente diverso al rifiuto delle cure e all'aiuto al suicidio; dall'altro, valutando se il diritto all'autodeterminazione si estenda al punto da comprendere la facoltà di decidere i tempi e le modalità della propria morte.

Sul primo versante, la Corte prende atto che la legge sulla professione medica fonda il rapporto medico-paziente sulla fiducia reciproca e sul principio del consenso libero e informato acquisito prima che un trattamento sanitario sia messo in atto (che sia di tipo diagnostico o terapeutico, invasivo o non invasivo), imponendo al medico di rispettare le volontà del paziente anche qualora ciò possa determinare il sacrificio della vita¹¹. Tale principio ha trovato conferma nella legge sulle disposizioni anticipate di trattamento (*Patientenverfügung*)¹². Nel caso in cui manchi, al contrario, una attestazione di volontà del paziente, il medico può iniziare un trattamento sanitario ritenuto necessario dietro condizione che ciò sia rispettoso del principio di proporzionalità (*Kriterium der Verhältnismäßigkeit*)¹³, astenendosi dal praticare trattamenti salva-vita inutilmente dilatori di una morte ormai prossima.

Da questa prima ricognizione si deduce che il diritto alla vita non è assolutamente indisponibile, e che anzi la decisione di morire non deve in alcun modo essere giustificata dal paziente. La prevalenza del diritto all'autodeterminazione terapeutica sul diritto alla vita è, inoltre, confermata dal fatto che il § 49a, co. 2¹⁴ della legge professionale autorizza il medico che ha in cura un malato terminale a iniziare una terapia palliativa per il trattamento del dolore, anche a costo di determinare il più rapido

¹⁰ Mentre nella prima ipotesi la colpevolezza del reo sta nel fatto di co-determinare l'intento suicida della vittima (*Bestimmungstäterschaft*), nella seconda ipotesi il reo contribuisce in maniera meramente ausiliaria alla messa in atto di una determinazione autonoma del suicida (*Beitragstäterschaft*). La Corte Suprema austriaca ha precisato che per aversi aiuto al suicidio non è necessario che il singolo fosse altrimenti impossibilitato a suicidarsi (OGH 28.8.1973, 12 Os 57/73; OGH 21.3.1972, 12 Os 239/71), bastando che l'agente abbia agito sulla base della volontà dichiarata e assolutamente libera di essere agevolato alla commissione del suicidio e vi abbia contribuito moralmente o materialmente (OGH 27.10.1998, 11 Os 82/98).

¹¹ Un trattamento medico eseguito su un paziente che l'ha rifiutato, anche se benefico e ben riuscito, integra il reato di «trattamento sanitario arbitrario» (*Eigenmächtige Heilbehandlung*), previsto e punito dal § 110 StGB.

¹² *Patientenverfügungs-Gesetz* (PatVG), BGBl. I Nr. 55/2006, nella versione aggiornata (BGBl. I 12/2019).

¹³ Questo principio impone che il medico inizi un trattamento sanitario solo all'esito di una valutazione tecnica complessa nella quale si siano bilanciati gli effetti positivi ragionevolmente attendibili dalla terapia e gli aspetti negativi che deriverebbero dal mero allungamento del processo del morire. Ne consegue che un trattamento sanitario sproporzionato non corrisponde al bene del paziente (*Patientenwohl*), e deve quindi essere disatteso a favore di un percorso di accompagnamento alla morte (*Sterbebegleitung*) il più possibile dignitoso, rapido e indolore, somministrando al paziente le cure palliative necessarie e garantendo l'assistenza di base (come la nutrizione e l'idratazione artificiale, a meno che le condizioni cliniche del malato non siano tali da far ritenere anche quei trattamenti sproporzionati).

¹⁴ Art. 49a ÄrzteG: «(1) Il medico deve assistere i morenti affidati alle sue cure nel rispetto della loro dignità. (2) Con riguardo all'obbligazione sub 1 è ammesso l'utilizzo delle terapie palliative che, impiegate per alleviare i forti dolori e le sofferenze del paziente, comportino il rischio di un acceleramento della perdita delle funzioni vitali».

cedimento delle funzioni vitali (*Beschleunigung des Verlusts vitaler Lebensfunktionen*)¹⁵, con ciò legittimando l'eutanasia indiretta attiva¹⁶.

La Corte costituzionale, a questo punto, estende la propria riflessione al diritto di autodeterminazione in generale, quale principio fondamentale che forgia l'essenza della Repubblica federale austriaca quale «Stato democratico di diritto [che], nel complesso costituzionale, presuppone la libertà e l'uguaglianza di tutti gli uomini»¹⁷. Esso, pur non godendo di espressa menzione in Costituzione, viene dedotto dalle norme costituzionali e internazionali che riconoscono e garantiscono il diritto alla vita, il diritto al rispetto della vita privata e il principio di uguaglianza.

La Corte passa quindi brevemente in rassegna la base giuridica di ciascuno dei tre, per stabilire qual è lo statuto attuale del fine vita nel diritto austriaco.

Per prima cosa, la Corte ricorda che, in base alla giurisprudenza convenzionale, dall'affermazione del diritto alla vita (art. 2, co. 1 CEDU) discende l'obbligo per gli Stati di difendere la vita di tutti gli individui (soprattutto delle persone deboli e vulnerabili) contro i pericoli e le insidie provenienti sia dalle organizzazioni pubbliche che dalle relazioni inter-private, ma ad esso non è correlato alcun «dovere di vivere e soffrire»¹⁸, né impone allo Stato di impedire un suicidio liberamente e autonomamente preventivato dall'individuo¹⁹.

La libertà di decidere della propria morte è un aspetto che inerisce al diritto al rispetto della «vita privata» ex art. 8, co. 1 CEDU: la Corte EDU ha costantemente ribadito²⁰ che, mancando un consenso generale sul fine vita tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, essi godono di un ampio margine d'apprezzamento nella regolamentazione della materia²¹. Vero è, d'altronde, che nel caso in cui un Paese decida di regolamentare la materia secondo canoni liberali, la discrezionalità statale incontra il limite del rispetto dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità delle condizioni limitative, le quali rappresentano intromissioni legittime nell'esercizio del diritto alla vita privata solo se

¹⁵ Così come previsto anche nella legge sui servizi alla salute (*Gesundheits- und Krankenpflege-Gesetz, GuKG*), BGBl. I Nr. 108/1997, nella versione aggiornata alla novella del 2016 (*GuKG-Novelle 2016*, BGBl. I Nr. 120).

¹⁶ L'eutanasia indiretta attiva è una forma di aiuto a morire che si realizza quando viene somministrato al paziente un farmaco palliativo in alti dosaggi, il cui effetto sia non solo la perdita della percezione del dolore nel paziente, ma anche il progressivo venir meno delle funzioni vitali. Essa, nondimeno, è considerata dalla dottrina (sia medica, che giuridica) una «condotta socialmente adeguata» (*sozial adäquates Verhalten*), e si basa sul principio per cui «l'interesse espresso o presunto della persona morente al trattamento del dolore prevale certamente sull'interesse al mantenimento in vita "ad ogni costo"» (§ 94 della sentenza). Tale giustificazione trova fondamento nella c.d. «teoria del doppio effetto», in base alla quale se una cura medica ha un effetto benefico sul paziente ma comporta anche dei rischi o degli effetti nocivi è da ritenersi moralmente accettabile, poiché ciò che rileva è il movente altruistico dell'azione.

¹⁷ VerfG, G 139/2019-71, § 64.

¹⁸ *Ivi*, § 36.

¹⁹ *Ivi*, § 71.

²⁰ Cfr. Corte EDU, *Haas v. Switzerland* (ric. n. 31322/2007), 20 gennaio 2011, § 51.

²¹ Cfr. *Haas v. Switzerland*, cit., § 55; *Kock v. Germany* (ric. n. 497/2009), 19 luglio 2012, § 70; *Lambert and. Others v. France* (ric. n. 46043/2014), 5 giugno 2015, § 144.

rientrano tra le ipotesi previste all'art. 8, co. 2 CEDU²² e non pongano ostacoli insormontabili che rendano l'esercizio di quel diritto meramente teorico o illusorio²³.

Il principio di uguaglianza, infine, è sancito dall'art. 7 della Costituzione federale e dall'art. 2 della Legge costituzionale del 1867, e si fonda sull'assunto secondo cui «ciascun uomo è *per se* diverso nel suo essere individuale». Da tale principio discende l'obbligazione per l'apparato statale di preservare in qualunque circostanza «la libertà del singolo di essere responsabile di sé stesso secondo la propria personalità e individualità»²⁴.

Il diritto alla libera autodeterminazione (*Recht auf freie Selbstbestimmung*), che è la sintesi di quei diritti, si declina sia come facoltà di conformare la propria vita (*Recht auf die Gestaltung des Lebens*) alla propria personalità, sia come diritto a scegliere una morte dignitosa (*Recht auf ein menschenwürdiges Sterben*)²⁵. Tale ultimo aspetto non si limita a facultizzare l'individuo a decidere se e quando morire, ma si estende a garantirgli la possibilità di morire in una maniera conforme alla propria idea di dignità, dal momento che tale decisione è intimamente connessa alle personali «convinzioni e credenze»²⁶.

Un divieto assoluto di aiuto al suicidio è, dunque, una misura particolarmente gravosa (*einen besonders intensiven Eingriff*) rispetto al diritto di autodeterminarsi alla morte, in quanto impedisce al singolo di optare per una morte ritenuta dignitosa, soprattutto quando si trova a dover affrontare stati patologici avanzati che minano la propria personale integrità e individualità. Tale limitazione non viene compensata dalla possibilità di accedere alle cure palliative, che da un lato possono venire impiegate solo in contesti patologici gravi ed incurabili nei quali il processo del morire è già in corso, dall'altro perché la decisione di cominciare la palliazione profonda spetta di base al medico (che fa le sue valutazioni sulla base del caso concreto)²⁷.

La Corte costituzionale accoglie, inoltre, la tesi dei ricorrenti secondo cui la tutela del diritto alla vita può essere più efficacemente perseguita lasciando la persona libera di decidere quando morire, in quanto tale consapevolezza spinge «il singolo a vivere più a lungo e a non darsi una morte dignitosa [ma] prematura»²⁸.

La discrezionalità politica del Parlamento in tale ambito viene così considerevolmente limitata dalla Corte, per la quale la regolamentazione legale del fine vita incontra, quale decisione che afferisce alla sfera esistenziale dell'individuo, il limite dei valori di libertà ed uguaglianza che stanno alla base della concezione costituzionale della persona. Né potrebbe giustificarsi un divieto assoluto di aiuto al suicidio sostenendo che reca un bilanciamento tra il diritto alla vita e il diritto all'autodeterminazione,

²² Art. 8, co. 2 CEDU: «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

²³ *Haas v. Switzerland*, cit., § 60. Anche in queste ipotesi, tuttavia, la Corte EDU non ha mai affermato che dalla Convenzione discenda un «diritto di morire» in capo all'individuo.

²⁴ VerfG, G 139/2019-71, § 72.

²⁵ *Ivi*, § 65.

²⁶ *Ivi*, § 73.

²⁷ *Ivi*, § 80.

²⁸ *Ivi*, § 81.

perché – come ribadisce ancora la Corte – una decisione autonomamente presa dall'individuo nel proprio interesse non è in alcun caso sindacabile dall'autorità²⁹.

La totale diversità di regime giuridico tra desistenza terapeutica e suicidio assistito non è dunque ragionevole, in quanto tali scelte si inseriscono in uno stesso orizzonte assiologico e devono valutarsi alla stregua dello stesso valore-guida (*Stellenwert*), che è e deve rimanere l'autonomia della persona³⁰. Così si afferma, nella parte finale della decisione, che

«dal punto di vista dei diritti fondamentali [...] non vi è in linea di principio alcuna differenza tra la situazione in cui il paziente rinuncia a misure di sostegno o di prolungamento della vita nell'ambito della relazione di cura o di una disposizione anticipata di trattamento, e la situazione in cui un suicida vuole togliersi la vita con l'aiuto di un terzo nell'esercizio del proprio diritto di autodeterminazione, per ricevere una morte che egli reputa dignitosa. Decisivo è viepiù il fatto che, nell'uno come nell'altro caso, la decisione sia presa in autonomia e libertà»³¹.

Detto ciò, la Corte non nega che il più delle volte la decisione di morire viene ad essere condizionata da una pluralità di fattori esterni (la condizione sociale, i rapporti familiari, il benessere economico, la dipendenza da altre persone, l'impossibilità di coltivare i propri interessi)³², ma ribadisce che il contrasto al suicidio può essere efficacemente perseguito con interventi di natura economica e socio-assistenziale e, nei casi dei malati terminali, garantendo l'accesso diffuso alle cure palliative³³.

4. Profili di comparazione con le sentenze della Corte costituzionale italiana e del *Bundesverfassungsgericht*

La decisione della Corte costituzionale austriaca rappresenta la terza tappa di un percorso giurisprudenziale europeo cominciato dalla Corte costituzionale italiana³⁴ e continuato dal Tribunale costituzionale federale tedesco³⁵. Pur non essendosi sviluppato lungo linee perfettamente coincidenti³⁶, nel merito esso conduce a esiti in larga parte assimilabili. L'assenza formale di riferimenti ai precedenti

²⁹ *Ivi*, § 84.

³⁰ *Ivi*, § 98.

³¹ *Ivi*, § 92.

³² *Ivi*, § 101.

³³ *Ivi*, § 102.

³⁴ Corte cost., ord. n. 207/2018; Corte cost., sent. n. 242/2019.

³⁵ BVerfG, *Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020*, – 2 BvR 2347/15.

³⁶ Le pronunce della Corte italiana e del Tribunale tedesco sono state oggetto di diversi commenti. Per una comparazione cfr. V. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità del giudizio della Corte Europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Leg. Pen.*, 2 marzo 2020; A. NAPPI, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in *Leg. Pen.*, 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 *Sist. Pen.*, 11 giugno 2020; N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Sist. Pen.*, 28 luglio 2020 e, volendo, G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il «caso Cappato»*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 319 ss.

italiano e tedesco non impedisce di ricercare nella pronuncia modelli argomentativi comuni o puntuali allusioni all'uno o all'altro (soprattutto al secondo).

Apparentemente, la struttura della sentenza austriaca sembra ricalcare la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale italiana. L'incostituzionalità del divieto assoluto di aiuto al suicidio viene argomentata prendendo le mosse dalla disciplina legislativa sul rapporto medico-paziente, che riconosce al paziente la signoria assoluta (*Behandlungshoheit*) delle decisioni che attengono alla propria vita e alla propria salute. Tale regola si giustifica alla luce del principio di autodeterminazione terapeutica, che è stato in ultimo rafforzato grazie all'introduzione delle disposizioni anticipate di trattamento, per mezzo delle quali è stato attribuito valore vincolante alla volontà espressa dal paziente per il momento in cui non sarà più capace di decidere per sé stesso. Il diritto ad anticipare la morte con l'aiuto di terzi viene riconosciuto quale logico corollario del diritto a rifiutare o interrompere le cure salva-vita, allo stesso modo in cui la Consulta aveva riconosciuto la similarità tra la richiesta di aiuto al suicidio e il diritto a non curarsi ex art. 32, co. 2 Cost. e art. 1, co. 5 e 6 della L. n. 219/2017. Il giudizio di costituzionalità, in questo modo, viene condotto sotto forma di controllo di ragionevolezza delle scelte del legislatore nella regolamentazione del fine vita, riducendo ad unità ipotesi che, pur diverse, si lasciano apprezzare alla luce del medesimo valore di riferimento, cioè l'autodeterminazione alla/nella morte. La sentenza della Corte austriaca non si arresta qui, però, perché a differenza di quella italiana – e in linea con le affermazioni del Tribunale costituzionale tedesco – sviluppa il nesso tra autodeterminazione e fine-vita nel senso di affermare il diritto dell'individuo di decidere in autonomia “se”, “come” e “quando” morire, indipendentemente da patologie, condizioni personali o circostanze avverse della vita. Il diritto di autodeterminarsi alla morte può, dunque, essere esercitato in qualunque momento della vita, a condizione che la volontà del disponente sia genuina e libera da costrizioni³⁷. Tale decisione ha la propria giustificazione sufficiente negli apprezzamenti di valore della persona, rispetto ai quali lo Stato non ha diritto di parola.

Questo passaggio non è, peraltro, del tutto chiaro. La Corte tesse la trama della motivazione argomentando la irragionevolezza del divieto assoluto di aiuto al suicidio per analogia con la situazione in cui il paziente rifiuta i trattamenti salva-vita (scelta che è espressione del principio di «sovranità terapeutica», che inerisce ad un contesto i cui contorni sono tuttavia definiti dalla malattia), ma ne estende poi la fattispecie a qualunque fase e circostanza della vita, dando ad intendere che la decisione di morire, se autonomamente presa, è nella libera disponibilità della persona, anche perfettamente sana. Tale conclusione si pone, dunque, in linea con i principi espressi dal Tribunale costituzionale federale tedesco, sebbene non in termini così espliciti.

È d'altra parte evidente l'utilizzo da parte della Corte austriaca di una terminologia che ricalca espressioni o concetti di cui il Tribunale federale fa frequente uso nella sentenza sull'aiuto al suicidio: così è per indicare il «diritto ad una morte libera e dignitosa»³⁸, per sostanziare il diritto all'autodeter-

³⁷ Sul punto v. A. BRADE, R. FRIEDRICH, *Stirb an einem anderen Tag. Suizidhilfe in Deutschland und Österreich*, al sito <https://verfassungsblog.de/stirb-an-einem-anderen-tag/>, 16 gennaio 2021 [ultimo accesso: 20 marzo 2021], i quali ritengono che una fattispecie di reato costruita sul modello del § 217 StGB tedesco dovrebbe considerarsi legittima in Austria anche dopo la sentenza della Corte costituzionale.

³⁸ «*Recht auf selbstbestimmtes Sterben in Würde*» (VerfG), «*Recht auf menschenwürdiges Sterben*» (BVerfG).

minazione come «garanzia dell'intangibilità della propria persona»³⁹, per definire l'autonomia del singolo come «capacità di prendere decisioni responsabili»⁴⁰, ed infine per sancire il diritto della persona di conformare la propria vita secondo le proprie «convinzioni e credenze»⁴¹.

La Corte di Vienna non tratta però – a differenza delle Corti di Italia e Germania – del problema dell'obiezione di coscienza: se è improbabile che l'omissione sottenda un obbligo di prestazione in capo ai medici, con la sentenza viene certamente loro riconosciuta la libertà di prestare assistenza a morire, qualora richiesti e laddove lo ritengano opportuno per l'interesse del paziente⁴², senza dover temere di essere perseguiti penalmente. La sentenza è pertanto destinata ad impattare anche sull'ordinamento deontologico, che al pari dei codici italiano (prima della sentenza n. 242) e tedesco sanziona il medico che presta assistenza al suicidio⁴³.

Un ultimo aspetto degno di nota è che, al § 81 della sentenza, i giudici costituzionali non solo rigettano l'eccezione della difesa erariale secondo cui il divieto assoluto di aiuto al suicidio è funzionale alla difesa della vita e dell'integrità fisica delle persone deboli e vulnerabili, ma replicano all'opposto che la legalizzazione dell'assistenza alla morte è soluzione più efficace per la garanzia della vita, perché previene l'anticipazione del suicidio di chi, pur essendo intenzionato a vivere, preferisce morire per non entrare nello stadio più avanzato della patologia. In tal modo i giudici austriaci sostituiscono platealmente la propria valutazione a quella del legislatore, al pari di quanto aveva fatto la Corte Suprema del Canada nel caso *Carter*⁴⁴.

5. Conclusioni

Sullo sfondo delle riflessioni sul fine vita stanno questioni fondamentali del dibattito costituzionalistico. L'incidenza della scienza e della tecnica nella gestione di situazioni che impattano su aspetti essenziali primari della persona ha determinato la progressiva esternalizzazione delle decisioni in capo ai medici e ai giudici, col rischio che la persona venga di fatto "espropriata" della facoltà di prendere in autonomia le scelte che attengono al proprio corpo e alla propria vita. A fronte di questo rischio, gli ordinamenti ad impostazione liberal-democratica elevano a regola di fondo la libertà di autodeterminazione dell'individuo, sul presupposto che non v'è miglior interprete dei propri interessi se non il diretto interessato.

³⁹ «*die spezifische Personalität und Individualität des Menschen*» (VerfG); «*die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität*» (BVerfG).

⁴⁰ «*zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Menschen*» (VerfG); «*zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Person*» (BVerfG).

⁴¹ «*Vorstellungen und Überzeugungen*» (sia VerfG che BVerfG).

⁴² Si ricordi, infatti, che il quarto ricorrente aveva sostenuto che il divieto assoluto ex § 78 StGB violava la posizione del medico quale "fiduciario" (*Vertrauensperson*) del paziente, di soggetto cioè che dovrebbe prendere le decisioni nell'interesse del paziente seguendo le sue volontà espresse o presunte.

⁴³ Immediatamente dopo la pubblicazione della sentenza è stato rilasciato un comunicato stampa con il quale il Presidente dell'Ordine Federale dei Medici ha definito "deplorabile" la sentenza, e ha riaffermato il diritto del medico di astenersi dal praticare l'aiuto al suicidio se ciò è contrario alla propria coscienza e formazione professionale. Per il testo del comunicato si rimanda alla seguente pagina: <https://bit.ly/3ys5c1K> (ultimo accesso: 20 marzo 2021).

⁴⁴ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, § 57.

Quando sono chiamate a pronunciarsi sulle questioni di fine vita, le Corti sono però sollecitate a interrogarsi su quali e quanto mobili siano i confini entro cui il valore dell'autodeterminazione possa essere declinato senza entrare in contraddizione con il complessivo sistema dei diritti e delle libertà costituzionali. La tensione tra diritto alla vita, dignità e autodeterminazione continuerà ad alimentare il dibattito etico-giuridico, ma ci sono in particolare due aspetti sui quali bisogna riflettere nell'ottica di prevedere i prossimi sviluppi.

In primo luogo, le pronunce delle Corti costituzionali italiana, tedesca e austriaca dimostrano che il (parziale) silenzio delle Carte costituzionali sul fine vita non lascia spazio all'assoluta discrezionalità dei Parlamenti, i quali sono chiamati ad attuare per via legislativa i valori costituzionali secondo sviluppi coerenti, assegnando un uguale trattamento giuridico a situazioni assimilabili sul piano assiologico. In particolare, la giurisprudenza di questi Paesi riconosce che tra le varie forme di fine vita – desistenza terapeutica, assistenza al suicidio, eutanasia attiva – non ci sono distanze incolmabili, essendoci al contrario un "apparentamento" che impone, sotto certi aspetti, di prevedere lo stesso regime giuridico. Non si vuole negare che sul piano morale e deontologico permangano differenze che è giusto valorizzare (così è per il riconoscimento del diritto all'obiezione, che non è generalmente contemplato in caso di rifiuto delle cure, mentre le leggi di tutti i Paesi lo prevedono in caso di richiesta di suicidio assistito ed eutanasia attiva), ma solo rimarcare che le ragioni del diritto possono differire dalle ragioni di altri sistemi normativi.

È dunque inevitabile chiedersi se non sia opportuno prevedere dei casi in cui anche l'eutanasia attiva volontaria debba essere consentita, limitatamente a quelle ipotesi in cui coloro che vorrebbero essere aiutati a morire non fossero nella condizione di attivare da sé il meccanismo suicidario⁴⁵.

La seconda considerazione attiene alla dottrina del margine di apprezzamento. Sebbene la Corte di Strasburgo, dalla sentenza *Pretty* ad oggi, sia stata costante nel riconoscere la mancanza di un consenso europeo in materia di autodeterminazione nella e/o alla morte e abbia riconosciuto un (relativamente) ampio margine di apprezzamento⁴⁶, le tre sentenze occorse nell'ultimo anno mutano non poco il quadro giuridico continentale, tenendo conto che in vari altri Stati d'Europa sono in corso dibattiti parlamentari volti a legalizzare l'eutanasia e il suicidio assistito⁴⁷.

Questo dato fa presumere che, qualora in futuro la Corte EDU venisse nuovamente investita della questione, potrebbe giungere a riconoscere formalmente l'esigenza che gli Stati rendano lecita l'assistenza medica a morire quantomeno a favore di quei soggetti che, come nel caso della sig.ra *Pretty*, di Dj Fabo

⁴⁵ In questo senso v. U. SCHROTH, *Assistierter Suizid und das Recht auf selbstbestimmtes Sterben*, in *Gesundheits-Recht*, 8, 2020, 477 ss., 480.

⁴⁶ Per una completa ricostruzione del diritto convenzionale sul fine vita v. U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole)*. Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili, in *Riv. AIC*, 2, 2016.

⁴⁷ Il 29 gennaio 2021 il Parlamento portoghese ha approvato il *Decreto da Assembleia da República* n. 109/XIV sulla legalizzazione dell'eutanasia. Il Presidente della Repubblica ha presentato ricorso per il controllo preventivo di legittimità al Tribunal Constitucional, che con sentenza n. 123 del 15 marzo 2021 ne ha dichiarato la parziale incostituzionalità. Il 18 marzo 2021 la Camera dei Deputati del Parlamento spagnolo ha approvato in via definitiva la *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*. Una sintesi di tutti i provvedimenti citati è disponibile al sito www.biodiritto.org (ultimo accesso: 20 marzo 2021).

e di tanti altri malati, sono costretti a languire in condizioni cliniche gravi ed irreversibili nonostante la loro preferenza sia senza dubbio a favore di una morte più “umana” della vita.

Commentaries



Osservazioni eterodosse sulla “situazione normativa” sottesa al caso giudiziario concernente le escort di un ex Presidente del Consiglio

Daniela Bifulco *

UNORTHODOX REMARKS ON THE “NORMATIVE SITUATION” UNDERLYING THE JUDICIAL CASE OF A FORMER PRIME MINISTER

ABSTRACT: This work aims at describing the normative background underlying the issue of constitutionality of the statute n. 58/1958, art. 3, which foresees some behaviours, such as recruitment and aiding and abetting of prostitution, as a crime. The first part will be devoted to an exploration of the divergent perspectives of the Italian constitutional court decision (n. 141/2019) and the Bari Court of Appeal on self-determination and the so called “harm principle”, requiring an offense to have been committed against a given legal asset. The article then critically inquires the decision made by the Bari Court and, consequently, by the constitutional Court, of restricting the flaw of facts that have been considered relevant in the legal reasoning. On this basis, the article addresses the issue of which other constitutional values could have been taken into account in the occasion of the “incidental” constitutional review here discussed.

KEYWORDS: harm principle; voluntary prostitution; dignity; duty of constitutional loyalty; constitutional review

SOMMARIO: 1. Dignità... di chi? – 2. Il principio di offensività e l’idea di sviluppo della persona umana- 3. Un incidente di costituzionalità che avrebbe potuto non essere sollevato o esser, sì, sollevato, ma sulla base di una più intensa congruenza tra fatto/situazione normativa e diritto- 4. I beni costituzionali violati nel caso di specie. Per una rilettura del principio di offensività alla luce di questo caso e di questa “situazione normativa”.

1. Dignità... di chi?

L’oggetto del sindacato della Corte costituzionale è stato qualificato, da un’autorevole dottrina, nei termini di «situazione normativa». Con tale espressione, si è inteso indicare quel «complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni e idonei a variamente comporre la “questione” e a confluire nel giudizio di costituzionalità. Ogni norma, insomma, se si vuol seguitare a dire così [...], costituisce sempre l’esito finale di un processo i cui sviluppi e il cui complessivo orientamento sono determinati, oltre che da elementi risultanti dalla disposizione

* Professoressa di Diritto pubblico comparato; Università degli studi della Campania “Luigi Vanvitelli”. Mail: danielabifulco19@gmail.com. Nel presente scritto si è rielaborato un intervento svolto in occasione del seminario “Libertà sessuale e prostituzione in una recente sentenza della Corte costituzionale”, organizzato dai Professori Michela Manetti e Massimo Siclari presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università di Roma Tre nell’ottobre 2019. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

specificamente portata al giudizio della Corte, anche dalla considerazione dei *dati positivi circostanti, nonché – e particolarmente – dai “fatti”, nella loro obiettiva consistenza e capacità di significazione»¹.*

Alla luce di tale suggestione, vorremmo qui proporre alcune riflessioni relative a un singolo aspetto che emerge dalla questione di legittimità costituzionale (d’ora in poi: QLC²) sottoposta alla Corte costituzionale con l’ordinanza del 6 febbraio 2018 della terza sezione della Corte d’appello di Bari, con cui quest’ultima ha censurato la configurazione in termini di illecito penale del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione, nel caso in cui la prostituzione sia liberamente e volontariamente esercitata.

Dell’intera questione, e dei tanti aspetti d’indubbio interesse legati alla pronuncia della Corte costituzionale n. 141/2019, si isoleranno le considerazioni relative al principio di offensività sviluppate dal giudice *a quo* e, in seguito, dal giudice delle leggi. Più precisamente, il tentativo perseguito in questa sede mira ad approfondire il giudizio sulla *concreta* offensività della norma penale impugnata. Ciò vorrà dire orientare la lettura del principio in base al quale non può esservi reato senza offesa a un bene giuridico (il principio di offensività, appunto) verso una *considerazione dei fatti rilevanti per il diritto e verso una considerazione della «situazione normativa»* ancor più accentuata di quanto non emerga dall’ordinanza della Corte di Bari e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 2019. Accentuare il rilievo della situazione normativa significherà guardare criticamente alla selezione dei fatti operata dalla Corte barese (selezione che non poteva, ovviamente, non condizionare l’impianto del “ritenuto in fatto” della sentenza del giudice delle leggi) nel contesto di un processo (a carico di Tarantini e altri) e di un’ordinanza di remissione (n.71 del 6 febbraio 2018), il cui maggior profilo d’interesse era - ad avviso di chi scrive- non già la dignità delle escort, della loro libertà di autodeterminarsi nell’utilizzo del proprio corpo, bensì, al limite, la dignità delle pubbliche istituzioni. Enfatizzando tale prospettiva, potremmo dire che, in tale sede, si terrà in conto il profilo della dignità di un altro corpo e di un altro «spirito», quello delle pubbliche istituzioni.

2. Il principio di offensività e l’idea di sviluppo della persona umana

Per iniziare ad approfondire il nostro breve commento alla situazione normativa cui si è fatto poc’anzi riferimento, occorre partire dal concetto di offensività, spiegando le diverse prospettive adottate, a tal proposito, dalle due corti. L’ordinanza di remissione trae origine da un caso in cui favoreggiamento e reclutamento hanno riguardato le cd. escort; in una recente riflessione sui temi di cui qui si discute, le escort vengono definite come persone che «non devono e non possono assolutamente essere considerate vittime, e che esercitano per libera scelta, magari anche solo occasionalmente, un lavoro, probabilmente immorale, ma che non reca danno a nessuno e men che meno a loro stesse»³. Il

¹ Così, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 102-103, corsivi nostri.

² La questione di legittimità costituzionale ha riguardato l’art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8), della legge 20 febbraio 1958, n. 75 (*Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*), «nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata».

³ A. CADOPPI, *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2018, 158.

favoreggiatore può essere considerato come colui che «dà fundamentalmente una mano alle escort per trovare il cliente o più in generale per agevolarne l'attività»⁴. Una siffatta condotta sarebbe dunque inoffensiva. Da ciò conseguirebbe la violazione, ad opera della normativa impugnata, del principio di offensività, secondo cui ogni incriminazione deve fondarsi su un fatto offensivo del bene tutelato: a parere del giudice *a quo*, «sia la condotta reclutativa [...] sia quella favoreggiatrice [...] non solo non arrecano alcuna lesione alla [...] libertà autodeterminativa (dell'escort), ma addirittura ne facilitano la piena attuazione, arrecando vantaggi ai soggetti che ne sono destinatari»⁵.

Dunque, secondo il ragionamento della Corte d'Appello di Bari – condiviso peraltro da molta dottrina penalistica⁶ – tanto il reclutamento quanto il favoreggiamento non arrecherebbero alcuna lesione alla libertà auto-determinativa della escort (facilitandone, anzi, la piena attuazione), almeno nei casi di esercizio libero, e cioè non coattivo, volontario dell'attività di prostituzione. Da ciò, il giudice *a quo* argomenta la violazione del principio di offensività ad opera delle norme attualmente in vigore su reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, ove tali norme siano riferite, come nel caso di specie, all'attività delle escort.

Un'interpretazione siffatta del principio di offensività viene contestata dal giudice costituzionale, secondo il quale le norme impuginate si conciliano, invece, sia col principio di offensività «in astratto», ove considerate «nell'ottica della protezione dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta», sia col principio di offensività «in concreto», dunque in rapporto alle specifiche circostanze del caso di specie (7.3 del cons. in diritto).

Il dissenso della Corte costituzionale sul punto deriva dal più generale dissenso rispetto all'idea che l'esercizio della prostituzione, anche se libero, possa ritenersi uno strumento di tutela e sviluppo della persona umana. Disattendendo la proposta interpretativa del giudice *a quo*, secondo cui la libera prostituzione deve inquadarsi nell'articolo 2 Cost. (dacché la scelta di prostituirsi, ove libera e volontaria, rappresenterebbe, secondo la Corte barese, una modalità di espressione della libertà di autodeterminazione sessuale, qualificabile come diritto inviolabile della persona umana)⁷, la Corte costituzionale afferma che

«l'offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta affatto uno strumento di tutela e sviluppo della persona umana, ma costituisce, molto più semplicemente, una particolare forma di attività economica [...]. Ammesso pure che vi siano persone che considerano gratificante personalmente esercitare la prostituzione, questo non cambia la sostanza delle cose» (5.2 del cons. in diritto).

Dove «la sostanza delle cose» è, secondo la Corte, la necessità che l'articolo 2 Cost. sia letto in un'ottica di sviluppo della persona umana; la prostituzione volontaria potrà considerarsi nei termini di libera attività economica, ma non anche come «modalità autoaffermativa della persona umana», come ritenuto invece nell'ordinanza di rimessione (1.2 del ritenuto in fatto). Nella prospettiva «astratta» (quella

⁴ *Ibidem*.

⁵ Par. 11, p. 20 dell'ordinanza del 6 febbraio 2018 della Corte di appello di Bari, III sezione penale, nella versione reperita in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁶ Per una ricostruzione del dibattito in dottrina v. A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Consulta online* (www.giurcost.org), 1, 2018, 127 ss.

⁷ Ci riferiamo alle pp. 10 ss. dell'ordinanza del 6 febbraio 2018 della Corte di appello di Bari, cit. *sub* nota 5.

del legislatore penale), non v'è dunque, a parere della Corte costituzionale, lesione del principio di offensività, ponendosi le norme penali su favoreggiamento e reclutamento della prostituzione a tutela sia delle persone vulnerabili sia delle persone che esercitano la prostituzione per scelta.

Le pagine che il giudice delle leggi dedica al principio di offensività non offrono spunti particolarmente innovativi, ponendosi piuttosto nel solco della pregressa giurisprudenza su tale principio, solitamente considerato dalla Corte a partire dalle due dimensioni di quel principio stesso: quella astratta (la prospettiva del legislatore) e quella concreta (la prospettiva del giudice). Una significativa apertura è tuttavia lasciata intravedere dalla Corte: che le norme impugnate non siano lesive del principio di offensività dal punto di vista astratto, non significa né che il legislatore non possa ripensarci (v. cons. in diritto 7.3), né che il giudice non possa escludere, in altre, diverse circostanze, «la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva» (cons. in diritto, 7.3). Tuttavia, *in questo caso*, il giudice delle leggi non riscontra lesione alcuna del principio di offensività; nel caso di specie, le norme sottoposte a scrutinio di costituzionalità conservano intatta la propria attualità, nel pieno rispetto del principio di offensività in astratto e in concreto. Una ricostruzione non dissimile sulla offensività sarebbe stata poi riproposta dal giudice delle leggi in occasione di una sentenza successiva (n. 278 del 20 dicembre 2019), nella quale la Corte è intervenuta anche su altre “condotte parallele” (cd. tolleranza abituale) alla prostituzione⁸. In tale occasione, la Corte ha ulteriormente confermato la ragionevolezza e la non arbitrarietà della scelta del legislatore del 1958, dal momento che i reati di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione sarebbero funzionali alla «protezione dei soggetti vulnerabili e delle stesse persone che esercitano la prostituzione per scelta» (punto 3.1 del cons. in diritto).

Al di là di quanto fin qui esposto, e di quel che si esporrà nei paragrafi successivi, va ricordato come molteplici siano i profili degni di nota e di riflessione critica che emergono dalla prima delle decisioni citate (n. 141/2019), già oggetto di molta attenzione da parte della dottrina. Tra questi, vi è senz'altro la riflessione che il giudice delle leggi ha dedicato alla autodeterminazione e dignità delle escort, ovvero persone la cui attività di «accompagnatrici» non può inquadarsi *tout court* nei ranghi del tradizionale rapporto intercorrente tra prostituta, da un lato, e «protettore», dall'altro, e, ciò, a cagione del rango sociale, dello status economico o del più generale contesto esistenziale di riferimento delle escort stesse (almeno delle escort coinvolte nel caso in esame). È invero innegabile che una differenza sostanziale caratterizza rango, status e contesto di riferimento delle cd. escort rispetto alla situazione sociale, economica ed esistenziale di quanti si prostituiscono a causa di una *radicale mancanza di alternative* possibili al proprio sostentamento, per tacere dell'ipotesi in cui lo svantaggio economico ed esistenziale di partenza si associ alla *costrizione* a incamminarsi verso la strada della prostituzione. A ben vedere, la differenza tra le situazioni di partenza di chi si prostituisce per bisogno e chi lo faccia, invece, per libera scelta e per disporre liberamente della propria sessualità non è, però, una distinzione centrale nella decisione in parola; più rilevante, invece, è la nettezza con cui il giudice delle leggi,

⁸ La QLC sollevata dal G.U.P. del Tribunale di Reggio Emilia, con ordinanza n.83 del 31 gennaio 2019, ha avuto a oggetto l'art. 3, primo comma, numeri 3) e 8), prima parte, della legge, già citata *sub* nota 2, del 20 febbraio 1958, n. 75, che puniscono, rispettivamente, la tolleranza abituale e il favoreggiamento della prostituzione – «nella parte in cui si applicano anche alla prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata», per contrasto con il principio di offensività ricavabile dagli artt. 13, 25 e 27 della Costituzione.

disattendendo la tesi del giudice *a quo*, ha affermato l’incompatibilità tra la garanzia di cui all’art. 2 Cost. e l’attività di prostituzione (sia essa liberamente scelta oppure esercitata per mancanza di alternative esistenziali)⁹. Altresì centrale, è l’approccio al tema del rapporto tra dignità -che la Corte afferma doversi interpretare in senso *oggettivo*- dell’escort e il limite della dignità umana di cui al comma secondo dell’articolo 41 Cost.¹⁰. L’elemento sul quale vorremmo, però, tornare a insistere è diverso ed è riassumibile nei termini seguenti: se il giudice *a quo* avesse ragionato sul principio di offensività con *aderenza maggiore al caso*, orientando cioè più marcatamente l’interpretazione delle norme penali impugnate verso la complessiva «situazione normativa», così come del resto prospettato nelle prime otto pagine dell’ordinanza stessa di remissione, la valutazione finale e complessiva sull’offensività delle norme sarebbe stata forse diversa.

3. Un incidente di costituzionalità che avrebbe potuto non essere sollevato o esser, sì, sollevato, ma sulla base di una più intensa congruenza tra fatto/situazione normativa e diritto

Il risultato di una lettura delle norme meno astratta e più orientata verso il caso e verso la situazione normativa avrebbe potuto portare il giudice *a quo* a ravvisare non violato in principio di offensività e a *non sollevare l’incidente di costituzionalità*¹¹, o comunque a non sollevarlo rispetto al profilo dell’offensività. Tutto, nell’incipit dell’ordinanza di remissione, sembra invero precludere a un più *concreto* esame delle norme impugnate, a un esame, cioè mai disgiunto dal filo della vicenda processuale. Quest’ultima, per come narrata dal giudice *a quo* lungo le prime otto pagine della sua ordinanza, porta a emersione profili – di cui diremo a breve – che vengono poi, di fatto, abbandonati nel prosieguo della prospettazione della QLC.

Il ragionamento della Corte costituzionale sul principio della necessaria offensività del reato è perimetrato dal giudice *a quo*; questi, dopo aver ricostruito la «vicenda processuale» nelle prime otto pagine dell’ordinanza (paragrafo 1), sottopone poi la QLC della norma al confronto con gli artt. 2 e 41 Cost.,

⁹ «Se è il collegamento con lo sviluppo della persona a qualificare la garanzia apprestata dall’art.2 Cost., non è possibile ritenere che la prostituzione volontaria partecipi della natura di diritto inviolabile [...]». Non può essere certo condiviso l’assunto del giudice rimettente, stando al quale la prostituzione volontaria rappresenterebbe «una modalità autoaffermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria sessualità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità) e la dignità della persona umana» (punto 5.2 del cons. in diritto).

¹⁰ Se, per il giudice *a quo*, le norme incriminatrici censurate, inibendo con la minaccia della pena la collaborazione di terzi, impedirebbero alla persona dedita alla prostituzione di svolgere la propria attività in modo organizzato, anche nella forma di una vera e propria impresa, per la Corte costituzionale, la libertà di iniziativa economica privata è «tutelata a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti»; tra questi valori, vi è appunto la dignità umana, che non può intendersi, tuttavia «in senso soggettivo [...] quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore. È dunque il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l’individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente» (punto 6.1. del cons. in diritto). Per una radicale contestazione di tale concezione di dignità in senso oggettivo, rinviamo a R. Bin *La Corte, i giudici e la dignità*, in questa *Rivista*, 2, 2019.

¹¹ Sulla base di argomentazioni diverse da quelle che si svilupperanno in questa sede, A. BONOMI, *op. cit.*, 125-126, e la dottrina ivi citata, cui si rinvia, hanno sostenuto che la Corte di appello di Bari avrebbe potuto tentare un’interpretazione conforme a Costituzione della normativa da applicare.

e, con specifico riferimento alla violazione del principio di offensività del reato, con gli artt. 13, 25 c.1 e 27 della Costituzione¹². Quel che non torna, nell'argomentazione dell'ordinanza di rimessione, pare riguardare il rapporto tra fatto e diritto, tra vicenda processuale e giudizio sulle norme penali impugnate. Se ne ricava l'impressione che il giudice a quo si rifiuti di *ragionare fino in fondo* sull'offensività «in concreto». Certo, dal momento che la Corte barese non enfatizza più di tanto taluni profili del fatto, neppure la Corte costituzionale poteva soffermarsi su di essi, «ripescandoli» nel suo proprio giudizio di costituzionalità delle norme. Invero, i limiti che il giudice delle leggi incontra nel giudizio di rilevanza sono così stringenti da impedire a quest'ultimo un «esame autonomo degli elementi che hanno portato il giudice *a quo* a determinate conclusioni»¹³.

Tuttavia, nel caso di specie, la Corte barese aveva *comunque dato conto di certi elementi fattuali*, per poi rimuoverli nella strutturazione della QLC. Se quegli elementi, esposti dal giudice *a quo* e prontamente abbandonati un attimo dopo, fossero stati invece “trascinati” dalla “vicenda processuale”, narrata dal giudice *a quo*, al diritto (e cioè alla questione di legittimità costituzionale vera e propria), forse la valutazione circa l'offensività del reato avrebbe potuto essere diversa, arricchendosi di ulteriori spunti. Se, come insegna Gadamer¹⁴, nell'ermeneutica giuridica un atto concreto di applicazione determina fin dall'inizio la comprensione dell'interprete, possiamo dire che la precomprensione del giudice delle leggi sia stata determinata da quell'«atto concreto di applicazione» mediante il quale il giudice *a quo*, *selezionando dalla vicenda processuale soltanto gli elementi che voleva selezionare*, ha ragionato sulla pretesa incostituzionalità delle norme sulla base di un racconto dei fatti di causa (la «vicenda processuale») dapprima molto ampio e dettagliato, ma poi sottoposto a una drastica «cura dimagrante» nell'articolazione della QLC.

Per essere ancora più chiari, potremmo dire che la «precomprensione» della Corte costituzionale è stata orientata da un'ordinanza di rimessione che presenta, agli occhi di chi scrive, un'incongruenza tra la vicenda processuale, da un lato, e le pagine dedicate alla pretesa incostituzionalità delle norme, dall'altro.

Il nucleo di questa incongruenza tra fatto e diritto, di questa (forse non arbitraria, ma sicuramente assai discrezionale) selezione dei fatti operata dal giudice *a quo*, e della conseguente risposta (ligia al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato) della Corte, è racchiuso, a giudizio di chi scrive, nel punto dell'ordinanza di rimessione in cui la Corte di appello di Bari, nel dare l'avvio alla vera e propria analisi della QLC (p. 10), indica «*il cuore della problematica*», nei seguenti termini.

Ciò premesso e venendo al *cuore della problematica*, deve osservarsi come le condotte ritenute penalmente rilevanti nel presente processo siano integrate «dall'aver gli imputati organizzato, in favore dell'allora premier Silvio Berlusconi, incontri con escort occasionalmente o professionalmente

¹² La «valutazione di sospetta incostituzionalità» delle norme, che il giudice *a quo* aveva esposto in relazione agli artt. 2 e 41 Cost., viene (da p. 15 in poi) perimetrata attorno al principio di offensività, «che costituisce radice intima del sistema normativo penale e che si può correttamente delineare nel senso che non vi può essere reato senza l'offesa di un bene giuridico tutelato dall'ordinamento secondo la correlazione degli artt. 13, 25 e 27 della Costituzione» (ordinanza, cit. sub nota 5, 16).

¹³ Corte cost., n. 28/2016. Per altre posizioni di tenore simile, si veda la ricostruzione giurisprudenziale proposta da P. COSTANZO nel *Codice di giustizia costituzionale*, Torino 2018, 212.

¹⁴ H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, 1983, 376. Sul rapporto tra fatto e diritto, cfr. le considerazioni di M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, spec. 236-242.

dedite alla prostituzione»: dovendosi intendere per «escort», secondo «la più comune e consolidata accezione del termine», «l’accompagnatrice ovvero la persona retribuita per accompagnare qualcuno e che è disponibile anche a prestazioni sessuali», con esclusione, quindi, delle forme di esercizio della prostituzione a carattere coattivo o «necessitato da ragioni di bisogno»¹⁵.

Ribadiamo che il brano appena riportato costituisce l’incipit della QLC. Ciò vuol dire che, per il giudice di Bari, *questi fatti, questo contesto, questa situazione* (e cioè «l’aver gli imputati organizzato, in favore dell’allora premier Silvio Berlusconi, incontri con escort [...]») integrano in qualche modo la valutazione giuridica della QLC.

La precomprensione – per così dire – della Corte costituzionale rispetto al fatto, guidata dal giudice *a quo*, è esposta nell’incipit del «ritenuto in fatto» della sentenza n.141 del 2019 (par. 1.1):

«La Corte barese riferisce, per altro verso, che i fatti oggetto di giudizio sono costituiti, *nella sostanza*, dall’aver gli imputati organizzato, in favore dell’allora premier S. [...] B. [...], incontri con escort occasionalmente o professionalmente dedite alla prostituzione» (corsivi nostri).

Correttamente, il giudice *a quo* «conserva», nella parte dedicata al ragionamento giuridico sulla costituzionalità delle norme, il riferimento a un profilo fattuale non certo secondario, ripreso, non a caso, anche dalla Corte costituzionale, ovvero l’esser quella attività di reclutamento e favoreggiamento rivolta a un certo cliente finale, un altissimo rappresentante delle istituzioni. Quel che, invece, egli lascia cadere, è un profilo del fatto, narrato nel corso delle prime otto pagine (paragrafo uno: la «vicenda processuale»), e che, opportunamente recuperato nella riflessione sulla QLC, avrebbe diversamente illuminato le norme penali impugnate e diversamente guidato il ragionamento sul principio di offensività. Ci riferiamo al fatto che l’attività di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione era non soltanto volta ad agevolare un certo cliente finale (l’allora Presidente del Consiglio dei ministri), ma altresì finalizzata ad ottenere incarichi *anche istituzionali* (o, comunque, istituzionalmente rilevanti) in cambio di quelle stesse attività di reclutamento delle escort. Come ricordato nell’ordinanza di rimessione, quei reclutatori *non si aspettavano soltanto denaro in cambio delle attività svolte, bensì anche di “ottenere, per il tramite di S.B.”, «incarichi istituzionali e allacciare, avvalendosi della sua intermediazione, rapporti di tipo affaristico con i vertici della Protezione civile (p. 1 dell’ordinanza di rimessione) [...] aggiudicazione di commesse da parte delle società [...], promesse di altre utilità nel mondo dello spettacolo [...]*» etc. «Rispetto ad altri imputati» – diversi da «Tarantini e altri [...] per i quali si procede separatamente» – le norme sul reclutamento delle escort vengono in rilievo anche per casi di corruzione di «pubblico ufficiale ... per ottenere assegnazione privilegiata di commesse e affidamenti diretti da parte dell’ASL di Bari» (p. 7 dell’ ordinanza di rimessione, corsivi nostri).

4. I beni costituzionali violati nel caso di specie. Per una rilettura del principio di offensività alla luce di questo caso e di questa “situazione normativa”

Il girotondo di promesse e prebende garantite in cambio dell’attività di procacciamento di escort a favore del rappresentante apicale dell’istituzione di Governo era insomma assai variopinto e denso di implicazioni, tanto giuridiche quanto di etica pubblica. Sono le implicazioni giuridiche a interessarci in

¹⁵ Ordinanza, cit. *sub* nota 5, 10. Corsivi nostri.

questa sede, e tra queste, quelle di rilievo costituzionalistico. Tornando al ragionamento delle due Corti, delle due l'una : o un clamoroso *lapsus* freudiano ha indotto il giudice *a quo* a indicare dapprima un «cuore della problematica», una «sostanza» – fattuale e giuridica – per poi rimuovere poi, da tale cuore o sostanza, uno dei profili del fatto rilevante per una più compiuta analisi della questione di costituzionalità della norma penale (e, segnatamente, del principio di offensività); oppure egli ha ben indicato il complesso dei fatti, per poi operare consapevolmente una selezione del tutto discrezionale degli stessi, trascinando nella QLC soltanto alcuni fatti e non anche altri, così obbligando o spingendo la Corte (per il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato) a ragionare sulla falsariga di quel *lapsus*, di quell'incongruenza tra fatto e diritto, che a noi sembra caratterizzare l'ordinanza di rimessione.

Che di *lapsus* o di scelta volontaria si sia trattato, qui non rileva. La questione che, in maniera dubitativa, ci interessa riproporre è la seguente: nel giudizio sulla *concreta* offensività delle norme penali relative al reclutamento e favoreggiamento delle escort non rilevava forse il fatto che, nel caso di specie, chi reclutava e favoreggiava escort nutrivava delle precise aspettative «istituzionali» o para-istituzionali (ad esempio «allacciare rapporti di tipo affaristico con vertici della protezione civile», come si è detto)? Non poteva risolversi, questo nutrire aspettative, questa speranza-certezza di essere ricompensati e professionalmente gratificati, in una lesione di *altri* (rispetto all'articolo 2 Cost.) *beni* costituzionalmente protetti, quali il principio di eguaglianza, il buon andamento e la trasparenza della P.A.? Il losco giro di scambi e affari gravitante attorno al reclutamento delle escort non rendeva forse il Presidente del Consiglio dei ministri più vulnerabile al ricatto e, quindi, meno sensibile a quel dovere di adempiere con disciplina e onore alle sue funzioni (54, c.2 cost), dovere peraltro «aggravato» o «qualificato» (rispetto al comma 1 dell'art. 54) in seguito al giuramento prestato? ¹⁶

E inoltre, quel miraggio di incarichi, prebende, abbozzamenti istituzionali non rendeva i reclutatori-favoreggiatori, a loro volta, meno «corazzati» rispetto al dovere di fedeltà che incombe in capo a tutti i cittadini (54, c.1)? Nel caso di specie, nella specifica *situazione normativa* (consistente – come già osservato – nel «*complesso dei materiali, normativi e fattuali*, considerati nelle loro reciproche interconnessioni e idonei a variamente comporre la “questione” e a confluire nel giudizio di costituzionalità», v. nota 1), *qual è insomma il bene che la norma penale impugnata vuol proteggere? La dignità della escort o la sequenza di altri beni costituzionali appena indicata?* Che la prima risposta sia fuorviante lo afferma, *en passant*, anche la Corte, nel punto in cui osserva che, nella QLC prospettata, il problema della «tutela della persona che si prostituisce è solo indiretta, mirando l'incidente di costituzionalità a salvaguardare, in prima battuta – e soprattutto – i terzi che si intromettono nell'attività di tale persona o che cooperano con essa» (par. 5 del cons in diritto).

Affermare, come pure è stato fatto, che il favoreggiatore dia «fondamentalmente una mano» alla escort per trovare il cliente, e che tale attività non rechi danno a nessuno¹⁷, può esser vero in generale,

¹⁶ G.M. SALERNO, *Art. 54*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, 1084. Tale dovere di fedeltà qualificato si arricchisce di ulteriori contenuti in vista del giuramento prestato da titolari di organi politici e costituzionali; secondo parte della dottrina, il giuramento introdurrebbe «un vincolo ulteriore e diverso dall'obbligo di osservanza della costituzione e delle leggi, operando nella sfera morale, quella cioè di fronte alla quale l'operatività dei precetti giuridici normalmente si arresta».

¹⁷ *Retro*, nota 4.

ma non nel caso di specie. In relazione a quest'ultimo, *i fatti* non possono essere liquidati così semplicemente. In *questo caso*, semplificare i fatti non aiuta, crediamo, a ragionare né sulla costituzionalità delle disposizioni impugnate, né sulla *situazione normativa* più generale.

Se è vero che «il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa in riferimento a quello, poiché non c'è solo il caso che deve orientarsi alla norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso»¹⁸, è vero anche che, nella QLC in esame, la *norma* penale sul reclutamento della prostituzione avrebbe dovuto «orientarsi» a un *caso* in cui il Presidente del Consiglio dei ministri prometteva ed elargiva non soltanto denari privati (e, fin qui, l'ordinamento giuridico di uno stato laico, che non vuol porre stigmi morali sulle condotte private, può ben disinteressarsi della faccenda), apprestando invece anche corsie preferenziali affinché gli imputati potessero «avvicinarsi» alle istituzioni.

Può ben dirsi, allora, che, nel caso di specie, l'attività di reclutamento e favoreggiamento delle escort – esponendo tra l'altro il «cliente finale» a una condizione di estrema permeabilità al ricatto (vista la ridda di personaggi coinvolti in quella rete e le motivazioni che li spingevano ad attivarsi per il Presidente del Consiglio) – abbia «offeso» più beni di rilievo costituzionale di quanto il giudice *a quo* non abbia voluto ammettere.

Ricapitolando e tornando al «cuore della problematica», al principio di offensività, e orientata l'interpretazione della norma penale nella direzione che abbiamo tentato di indicare, potrà forse dirsi che l'offesa ai beni giuridici, *nel caso di specie*, abbia avuto ad oggetto, *in primis*, i commi primo e secondo dell'articolo 54 Cost., nonché l'art. 3 (eguaglianza di opportunità lavorative-istituzionali) e l'art. 97 Cost. Pur se minoritaria in dottrina, vorremmo qui ricordare quella tesi secondo cui il dovere costituzionale di fedeltà alla Repubblica consente l'adozione di leggi penali, anche limitative dei diritti di libertà, volte a punire quei comportamenti che possano considerarsi lesivi dell'obbligo di fedeltà stesso¹⁹. Sulla falsariga di tale tesi, e ragionando *de iure condendo*, può immaginarsi l'introduzione di un'aggravante in seno alle norme della legge Merlin sul favoreggiamento e reclutamento della prostituzione, tesa a incrementare la pena nei casi in cui il favoreggiatore/reclutatore si adopri, nell'espletare le sue attività di «ausilio», a favore di un'istituzione della Repubblica, o di un alto funzionario che dir si voglia.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 181.

¹⁹ G.M. SALERNO, cit., 1079, in riferimento alla tesi di G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1962, 381 ss.

Il diritto all'identità dei figli in due recenti pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione

Chiara Ingenito*

THE RIGHT TO IDENTITY OF CHILDREN IN TWO RECENT DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE SUPREME COURT

ABSTRACT: The identity of the person is an essential and distinctive element of his individual heritage and constitutes a real right. Two recent decisions, one of the Constitutional Court of May 2020 n. 127 and one of the Supreme Court, of September 2020 n. 19824, provided an opportunity to reflect on the issue of protecting the identity of children. In the first case of the child born from insemination heterologous and, in the second, of the child born of an anonymous mother, because, in both cases, there are significant problems of balancing the right of identity with other relevant rights or interests.

KEYWORDS: Identity; insemination heterologous; anonymous; mother; best interest of the child; balancing

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il diritto del figlio al proprio *status filiationis* e alla propria identità personale – 3. La sentenza n. 127/2020 della Corte Costituzionale: la tutela dell'identità *acquisita* del figlio nato da PMA – 4. La sentenza n. 19824/2020 della Corte di Cassazione: la tutela dell'identità del figlio nato da madre anonima – 5. Conclusioni.

Commentaries

* Dottoressa di ricerca dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza. Mail: chiara.ingenito@uniroma1.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



1. Introduzione

L'identità della persona è elemento essenziale e distintivo del suo patrimonio individuale e costituisce, tanto un vero e proprio diritto¹, che si è consacrato a livello normativo e giurisprudenziale, quanto un interesse della persona ad essere identificata² e riconosciuta nella sua realtà individuale³.

Il diritto civile⁴ fu il primo ad interessarsi al tema dell'identità, quale insieme degli elementi identificativi di un soggetto oggettivamente rilevabili dalla collettività.

Tale connotazione sembra aderente anche ad un inquadramento pubblicistico, secondo cui l'obiettivo perseguito è quello di identificare il soggetto nei rapporti con i terzi, nel suo agire sociale, nelle relazioni sociali e nei rapporti con lo Stato. Infatti, l'interesse protetto è, non solo quello del soggetto titolare del diritto, ma anche quello dei terzi e della società alla certa identificazione dei consociati. Si tratta, quindi, non soltanto di un interesse di natura privatistica, ma anche di natura pubblicistica⁵.

¹ Per una prima bibliografia di riferimento: G. BAVETTA, *Identità (diritto alla)*, in *Enc. del dir.*, XIX, Milano, 1970; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; A. PACE, *Il c.d. diritto alla identità personale a gli art. 2 e 21 della Costituzione*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981, 36 ss.; G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, in *Digesto, discipl. Privatistiche, Sez. civ., Agg.*, Torino, 2010; G. FINOCCHIARO, *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome, identità personale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), Padova, 2008; A. PACE, *Il c.d. diritto all'identità personale e gli artt. 2 e 21 della Costituzione*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI (a cura di), *Il diritto all'identità personale. Un seminario promosso dal centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e Documentazione Giuridica*, Padova, 1981.

² Sul profilo dell'identità quale strumento identificativo, si rinvia a V. ZENO ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Dig. Disc. Priv.*, IX, Torino, 1993, 294 e poi G. PINO, *L'identità personale*, in *Trattato di biodiritto*, Torino, 2010, 306 il quale afferma che «l'identità personale è il risultato, continuamente rivedibile, di un processo: un processo di identificazione».

³ Sulla natura multiforme di tale diritto, si rinvia a G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore* (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 febbraio 2018, 11 e ss., la quale afferma che «ogni questione che incida sul suo godimento presuppone attenta valutazione delle componenti che entrano in gioco. Quando ci si riferisce al diritto all'identità personale, si allude, anzitutto, a due situazioni giuridiche distinte ma complementari: il diritto dell'interessato a costruire da sé e per sé la propria identità in modo sereno ed equilibrato (che è, poi, il diritto all'identità nella sua dimensione individuale); il diritto d'essere rispettati per ciò che si è nella propria comunità di appartenenza, ossia il diritto d'essere accolti nella propria interezza, per quelli che sono il proprio modo di essere, di pensare e la propria storia personale (quello che si definisce diritto all'immagine o diritto all'identità nella sua dimensione sociale)».

⁴ G. FALCO, *Identità personale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1938; L. BIGLIAZZI GERI, *Impressioni sull'identità personale*, 1985; L. BONESCHI, *Persona, diritti della persona, politica dei diritti della persona*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI (a cura di), *Il diritto all'identità personale*, cit.; A. DE CUPIS, *La verità nel diritto*, in *Foro Italiano*, IV, 1952, 223.

⁵ G. FINOCCHIARO, *op.cit.*, 724.

In giurisprudenza, già dagli anni '70⁶, veniva teorizzato un diritto all'identità personale, riconducibile all'art. 2 Cost.⁷ e ritenuto giuridicamente meritevole di tutela.

Con la sentenza n. 3769 del 1985, la Cassazione aveva infatti precisato che

«Ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale e particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con l'applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale».

La novità di tale decisione risiede nel superamento dell'identificazione di tale diritto con la tutela del nome e dell'immagine, configurando l'identità come autonomo diritto della personalità, direttamente garantito dalla Costituzione.

⁶ In merito alla giurisprudenza in tema di identità, si rinvia alla metà degli anni '70 del secolo e precisamente a Pret. Roma 6/05/1974, GI, I, 2, 514, e che ha trovato il suo primo vero riconoscimento operato dalla Suprema Corte circa dieci anni dopo, con una sentenza nota come il "caso Veronesi": Cass. 22/06/1985, n. 3769 e poi ancora Cass. civ. sez. I, 7.2.1996, n. 978.

⁷ Nello specifico, l'ancoraggio costituzionale del diritto all'identità personale è rinvenibile nell'art. 2 Cost. inteso tale precetto nella sua più ampia dimensione e suscettibile, per ciò di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del pieno sviluppo della persona umana, di cui al successivo art. 3 Cost. Infatti, l'art.2 della Costituzione va inteso come una fattispecie *aperta*, che non si limitava soltanto a riepilogare i diritti fondamentali espressamente menzionati nel testo costituzionale, bensì va ritenuta una clausola aperta e generale di tutela del libero ed integrale svolgimento della persona umana, idonea di conseguenza ad includere ed assicurare tutela a nuovi interessi emergenti ed essenziali della persona. A. BARBERA, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO, (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004 ed anche A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA, (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali, art. 1-12*, Bologna, 1975, 50 ss.

Tuttavia, va anche ricordato che, una parte della dottrina, riconduce la garanzia costituzionale del diritto all'identità personale al principio della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 cost., in base all'agevole rilievo che l'attribuzione ad un soggetto di opinioni mai professate viola il suo diritto appunto a non manifestare certe idee e opinioni, e a vedersi riconosciuta la paternità solo delle proprie idee e opinioni. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003 e G. PINO, *Il diritto all'identità personale Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003.

In merito alla giurisprudenza della Corte costituzionale, quest'ultima si è soffermata sull'identità con alcune pronunce risalenti (nn. 13/1994 e 297/1996), prima in tema di cognome⁸, quale segno distintivo irrinunciabile dell'identità, per poi consacrarne la dignità costituzionale⁹ affermando che

«è certamente vero che tra i diritti che formano il patrimonio irrettrabile della persona umana l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale. Si tratta - come efficacemente è stato osservato - del diritto ad essere sè stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo. L'identità personale costituisce quindi un bene per sè medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»¹⁰.

A livello normativo, è il codice in materia di dati personali il primo a menzionare l'identità personale, precisamente all'art. 2 del Dlgs. n. 196 del 2003¹¹.

Il codice civile, solo successivamente, nel 2012, ha introdotto tale diritto all'art. 262 c.c. comma 2 bis¹², rispetto alla scelta del figlio di poter aggiungere, anteporre o sostituire il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto, o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento avvenuto da entrambi, con quello attribuitogli dall'Ufficiale dello Stato civile, se divenuto segno autonomo e distintivo nella comunità sociale.

Nell'ambito della dottrina, l'esigenza di tutelare un diritto all'identità o meglio all'identificazione dell'individuo, sorge, già agli inizi dello scorso secolo, nel 1905, con l'opera di Nicola Stolfi dedicata ai segni di distinzione personali¹³, quali il cognome, il prenome, il soprannome, ect. Solo successivamente si fa chiara, in dottrina, l'esigenza di tutela «non solo dei singoli segni distintivi della persona,

⁸ Sul tema del rapporto tra identità e cognome, si rimanda a al profilo dell'automatica acquisizione, anche quando vi sia in proposito una diversa volontà dei coniugi legittimamente manifestata, da parte del figlio, del cognome del padre; sia al profilo dell'impossibilità per i genitori di determinare il cognome del proprio figlio legittimo mediante l'imposizione di entrambi i loro cognomi; e conseguentemente dell'impossibilità in ogni modo per il figlio di assumere anche, *ope legis*, il cognome materno. Corte Cass., sez. I, ord. 26 febbraio-17 luglio 2004, n. 13298, La Corte costituzionale, con le decisioni nn. 176/1988, 576/1988 e 145/2007, ed infine con la sentenza n. 61 del 2006, fino alla n. 286/2016 e, in ultimo all'ordinanza n. 18/2021, aveva già approfondito le problematiche legate all'attribuzione automatica del cognome paterno al figlio. Sul punto, sia consentito rinviare a C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)* in *Osservatorio Aic*, 2, 2017, Fra i primi commenti si veda anche: E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *www.forumcostituzionale.it* (10/03/2021), e V. DE SANTIS, *Il cognome della moglie e della madre nella famiglia: condanne dei giudici e necessità di riforma. L'unità della famiglia e la parità tra i coniugi alla prova*, *Focus- Human Rights*, in *www.federalismi.it*, 1, 2017 (10-03-2021).

⁹ A. PIZZORUSSO, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI (a cura di), *Il diritto all'identità personale*, cit.

¹⁰ Corte Costituzionale n. 13/1994, 5.1 Cons. in diritto.

¹¹ A. PALMIERI, R. PARDOLESI *Protezione dei dati personali e diritto di cronaca: verso un nuovo ordine?* in *FI*, I, 2000, 664-675.

¹² Legge sulla filiazione n. 219/2012 *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*. Si rinvia per tutti a C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, quinta edizione 2014, 329 e ss.

¹³ N. STOLFI, *I segni di distinzione personale: cognome, prenome, soprannome, pseudonimo, titoli nobiliari e altri distintivi araldici*, 1905.

bensi anche di un più ampio diritto con una sua fattispecie autonoma direttamente connessa alla tutela della persona»¹⁴.

L'identità pertanto, è diventata, sempre più, un concetto ampio¹⁵ che contraddistingue il soggetto da un punto di vista globale, nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche, al fine di esprimere la propria effettiva personalità individuale, che appare destinata, in base a circostanze univoche, a solidificarsi nella vita di relazione.

Due recenti decisioni, una della Corte Costituzionale di maggio 2020 n. 127 e una della Suprema Corte di Cassazione di settembre 2020 n. 19824, hanno fornito l'occasione per riflettere sul tema della tutela dell'identità, ed in particolare dell'identità dei figli. Nel primo caso del figlio nato da fecondazione eterologa e, nel secondo, del figlio nato da madre anonima e, in entrambi i casi, si pongono rilevanti problematiche di bilanciamento di tale diritto con altri diritti od interessi indubbiamente rilevanti. Ciò merita un approfondimento in seno all'evoluzione della famiglia e nel solco di un'ormai necessaria impostazione dei rapporti familiari in cui prendono forma e si consolidano nuove e diverse identità. In tal senso, lo scritto si propone di approfondire, da un lato, il concetto di identità acquisita che, senza il ricorso alla fecondazione eterologa, non sarebbe mai venuta ad esistenza e, dall'altro, di un'identità che si potrebbe consolidare solo ove ad un figlio fosse riconosciuto un pieno diritto a conoscere le proprie origini, limitando di fatto la tutela dell'anonimato materno. La distanza tra tali diverse concezioni di identità, nella lettura che si propone di dare, apparirà di fatto una distanza molto sottile, in quanto entrambe si radicano e trovano necessaria tutela nel rapporto primario tra chi da origine e chi prende origine.

2. Il diritto del figlio al proprio *status filiationis* e alla propria identità personale

Negli ultimi anni, sia al livello normativo, sia nelle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza, estrema attenzione è stata data al rafforzamento del diritto del figlio alla propria identità personale¹⁶, nell'ambito dell'evoluzione della famiglia¹⁷.

¹⁴ C.E. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, 26 gennaio 2010, 3, in *forum di Quaderni Costituzionali*, <https://www.forumcostituzionale.it> (10-02-2021), che richiama a sua volta A. DE CUPIS, *Il diritto all'identità personale*, Milano, 1949.

¹⁵ Cass. 22/06/1985, n. 3769.

¹⁶ Secondo la dottrina, Bianca, lo stato di figlio è «una posizione giuridica fondamentale di diritto familiare», da cui si parte per costruirne l'identità. C.M. BIANCA, *op.cit.*, 326. Si rinvia anche a F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019 120 e ss e E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore, una prospettiva relazionale*, Napoli, 2020, 30 e ss.

¹⁷ In particolare, nell'attuale evoluzione del concetto di famiglia, oggi, vi sono diverse dimensioni di filiazione, nelle quali lo status dei figli assume tinte diverse: la filiazione fondata sull'affettività, la filiazione biologica, sociale, basata sulla volontà individuale, legata al passare del tempo. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in www.comparazioneDirittoCivile.it, maggio 2013 (10-03-2021), la quale richiama altresì il pensiero di altra dottrina secondo cui «la filiazione, istituto ricco e complesso, dove confluiscono fattori biologici, affettivi, sociali, individuali, di certezza giuridica ed altri ancora, costituisca un luogo di confronto tra il formale ed il materiale, ovvero tra impostazioni formalistiche e realistiche, come principi e concezioni giuridiche in continua tensione», M.D.H. DIAZ AMBRONA, *Notas sobre el derecho del nino y la verdad biologica*, in *Revista de derecho privado*, 7, 8, 2005, 19.

Già con la riforma del diritto di famiglia del 1975, tale diritto è stato consolidato, in tema di accertamento della filiazione naturale, quale “diritto allo stato di figlio”¹⁸, vero e proprio diritto al godimento della titolarità sostanziale del rapporto di filiazione¹⁹ in cui l’accertamento di tale rapporto assumeva uno specifico peso e generava, in capo al genitore, una responsabilità²⁰ per il solo fatto della procreazione²¹.

In tal modo, lo *status filiationis*, veniva inteso quale strumento di tutela dell’interesse all’identità personale in modo pieno perché alla persona veniva riconosciuto il diritto ad essere considerato figlio di coloro che lo hanno procreato, unendo al dato biologico l’esercizio della responsabilità genitoriale (con i doveri naturali di cui è espressione) e la rappresentazione sociale dell’identità di figlio, non oggetto della volontà di un altro, ma soggetto di un rapporto.

A livello normativo, nell’ambito della riforma della filiazione (l. 10 dicembre 2012 n. 219), il nuovo art. 276 c.c. è indice di tale tendenza, poiché in esso viene disposto che la domanda per la dichiarazione di paternità o maternità naturale, oltre ad essere proposta nei confronti del presunto genitore o dei suoi eredi può, in caso di loro mancanza, essere avanzata anche da un curatore speciale nominato dal giudice, possibilità prima non contemplata. La *ratio* sembra quella di ampliare proprio il diritto del figlio ad una genitorialità, che costituisce esplicazione del suo interesse alle origini, connotato proprio del diritto all’identità. Allo stesso modo, l’art. 263 c.c., come modificato dalla D.lgs. 154/2013, in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, riconosce alla posizione del figlio naturale maggior stabilità²² in modo funzionale al consolidarsi della sua identità²³.

¹⁸ Secondo una parte della dottrina, Nicolussi, «il diritto allo stato sul piano costituzionale trova diretto fondamento negli artt. 2 (sub specie della tutela del diritto all’identità personale come diritto inviolabile) e 3 Cost., e negli artt. 29 e 30 Cost., sotto il profilo della tutela della propria posizione nella famiglia naturale». A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un’analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 1, 2012 (10-03-2021), 11. Ed anche S. VALLINO, *Diritto del figlio naturale alla dichiarazione giudiziale del proprio status e parametri di cui agli artt. 2, 3, 24, 30 e 111 Cost.* in *Dir. Fam pers.*, 1, 2007, 10.

¹⁹ Secondo una parte della dottrina, quando l’identità si realizza in modo artificiale, essa può essere definita quale «diritto esistenziale, indisponibile e potestativo del figlio, quello che lo legittima a conoscere le proprie origini biologiche, quale momento formativo della sua personalità e dignità umana» G. CHIAPPETTA, *Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 4ter, 2016, 168 ed anche E. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Fam. e Dir.*, 1, 2015, 89.

²⁰ Della filiazione quale legame volontario, «come esercizio di responsabilità e come volontà di quotidiana creazione di un rapporto», parlava già S. RODOTÀ, *Intervento*, in *La riforma del diritto di famiglia, Atti Convegno Venezia 30 aprile – 1 maggio 1967*, Padova 1967, 94.

²¹ Prima della riforma del 1975 vigeva, a contrario, un sistema di esonero di responsabilità dalla procreazione, in contrasto con l’art. 30 della Costituzione in quanto, l’anonimato del padre biologico a difesa della famiglia c.d. legittima, era la regola. Per una trattazione completa, si rinvia a G. CHIAPPETTA, *Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis*, *op. cit.*, 154-146. Dopo la riforma, invece, il principio generale di responsabilità dei genitori per il fatto della procreazione, in linea con l’art. 30 Cost., vide anche numerose attuazioni normative, come ad es. l’art. 279 c.c.

²² A. SASSI, *Azioni di stato*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI (a cura di), *Le persone e la famiglia 4, La filiazione e i minori*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 2015, 266.

²³ Diffusamente, C.M. BIANCA, *op.cit.*, 337 ed anche D’Aloia e Romano, che mettono in luce il peso dell’accertamento della filiazione veridica rispetto all’art. 2 Cost. e alla clausola del pieno sviluppo della persona umana. A. D’ALOIA, A. ROMANO, *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione*, in G.F. BASINI, G. BONILINI, P. CENDON, M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Torino, 2011, 26.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 120 del 2001, aveva qualificato l'esistenza di un diritto allo *status filiationis*, quale elemento costitutivo dell'identità personale, tutelato dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo e dall'art. 2 della Costituzione. Tale diritto va ancorato alla tutela del superiore interesse del figlio minore che deve essere protetto «ove non ricorrano contingenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse». Secondo la Corte, quindi, è direttamente al superiore interesse del minore²⁴ che va rapportata la tutela della sua identità.

Se è vero che alla nozione di identità si collega quella di personalità del minore che «si è venuta solidificando»²⁵, l'identità²⁶ va identificata, tanto in una accezione naturale, ovvero biologica, frutto della natura, quanto in un'accezione giuridica²⁷.

L'accezione naturale è legata al momento della nascita, in cui l'individuo assume un'identità che deve tutelare e proteggere, quale elemento essenziale di identificazione in relazione a coloro che lo hanno generato.

Allo stesso modo, deve essere tutelata l'identità che viene creata artificialmente, che non ha una genesi nella natura, ma nel diritto, come nel caso dell'adozione²⁸ e della procreazione medicalmente assistita.

A tal proposito, la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione, in tempi molto vicini, si sono espresse con due pronunce²⁹ che hanno ripensato al concetto di identità nelle accezioni richiamate, mettendo in risalto come, in diverso modo, esse debbano avere una loro piena tutela ed adeguata attenzione.

Il presente lavoro, nell'esaminare le due pronunce richiamate, si pone l'obiettivo di analizzare, da un lato, il concetto di identità come costruzione *artificiale* nella procreazione medicalmente assistita e come l'identità debba avere una tutela ancora più consistente in relazione ad una procreazione diversamente consapevole da quella naturale.

²⁴ Che, come noto, trova tutela a livello internazionale ed europeo, all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, all'art. 24 comma 2 della Carta di Nizza, nella Convenzione europea sui diritti del fanciullo all'art. 1 comma 1, nei principi contenuti nel Regolamento 1111 del 2019.

²⁵ Infatti la dottrina sul punto afferma che «Il diritto all'identità personale mira a garantire la fedele e completa rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità, generale e particolare, in cui tale personalità individuale è venuta svolgendosi, estrinsecandosi e solidificandosi. Si tratta di un interesse essenziale, fondamentale e qualificante della persona e la finalità dell'art. 2 Cost. è proprio quella di tutelare la persona umana integralmente e in tutti i suoi modi di essere essenziali». C.E. RAFFIOTTA, *op.cit.*, 8.

²⁶ L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004.

²⁷ Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, la tutela dell'identità deve essere rinvenuta a monte nella tutela del legame familiare concretamente instaurato, sebbene non conforme alla verità biologica o genetica. G. CHIAPPETTA, *Status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali*, in *Famiglie e minori*, Napoli, 2011, 25 e ss.; P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008. In tal senso, Stanzone, afferma che l'identità del figlio si fonda anche su una filiazione c.d. *vissuta*, basata sul rapporto affettivo, fondamento di riconoscimento del legame tra genitori e figli sul piano del diritto. G. STANZIONE, *op.cit.*, in linea con l'interpretazione dell'art. 8 data dalla Cedu secondo cui, nella nozione di vita familiare, rientra anche il rapporto valido ed affettivo tra genitori e figli.

²⁸ E' stata la Consulta, con la sentenza del 22 novembre 2013, n. 27871, proprio in relazione all'adozione, ad aver introdotto la dicotomia "genitorialità giuridica" e "genitorialità naturale".

²⁹ Corte Cost. sent. n. 127/2020 e Corte di Cassazione, Sez. civ., sent. n.19824/2020.

Dall'altro lato, il lavoro affronterà il rilievo dell'identità nel rapporto con il diritto a conoscere le proprie origini, che va bilanciato con il diritto all'anonimato della madre, questione già affrontata dalla giurisprudenza interna ed Europea e che però, con la recente pronuncia della Cassazione, impone una rilettura.

3. La sentenza n. 127/2020: la tutela dell'identità *acquisita* del figlio nato da PMA

Se è vero che «l'identità della persona è in ininterrotta evoluzione all'interno di una società, come quella moderna, in continuo sviluppo nell'era della ricerca scientifica e tecnologica»³⁰, è altrettanto vero che ciò sta sempre più assumendo una rilevanza autonoma nelle questioni afferenti la nascita da procreazione medicalmente assistita³¹.

Infatti, con l'indispensabile ausilio della scienza, si crea un rapporto di filiazione c.d. *vissuta*³² e *voluta*, fondata sull'esaltazione del consenso e della volontà. Lo status di figlio e quello di genitore, infatti, si fondano su un *accordo* che supera l'impostazione del codice civile ancorata da sempre al solo *favor veritatis*, guardando al solidificarsi della relazione in base alla prestazione di un consenso preventivo esplicito, finalizzato alla responsabilizzazione giuridica e sociale nell'acquisto della qualifica di genitore, prima, e di figlio, poi³³.

³⁰ Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, Bari-Roma, 2006. Non solo, ma l'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecniche hanno inciso fortemente poichè oggi si discute, nelle tecniche di P.M.A. di tipo eterologo ed in quelle di surrogazione di maternità, su chi possa essere ritenuta la madre tra la donatrice di gamete, la gestante o, ancora, la madre sociale, rispetto a cui la Corte di Strasburgo tutela, non soltanto i rapporti di filiazione "biologica", ma anche quelli "sociali" o degli "affetti" facendoli rientrare nel diritto al rispetto della vita familiare sancito nell'art. 8 CEDU. Sul punto, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione tra volontà ed esigenze di giustizia*, 2020.

³¹ Per tutti in tema si rinvia a C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, Bologna, 2011; S. AGOSTA, *La disaffezione alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita* in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita, Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017; F.D. BUSNELLI, *Procreazione assistita*, in Id., *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001; G. CATTANEO, *Maternità*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1997; A. CELOTTO, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione* in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004; M. D'AMICO, *Introduzione, La fecondazione artificiale fra Legislatore, Giudice costituzionale e Giudici Comuni* in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, Milano, 2012; G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, I. NICOTRA (a cura di) Napoli, 2014; A. GORASSINI, *Procreazione (dir.civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1971 XXXVI, 952 e ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017; S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, Napoli, 2017.

³² Sulla filiazione come rapporto affettivo e vissuto che prescinde dal *favor veritatis*, «Le droit de filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, de l'ordre établi» in G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris, 1984, 201. In altri termini, non è soltanto il diritto della filiazione di sangue, ma anche della filiazione voluta e della filiazione vissuta. Così P. RAYNAUD, *Le rôle de la volonté individuelles dans l'établissement de la filiation. Etude de droit positif français*, Paris, 1982, 87.

³³ A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 732 ss.; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Libri dell'Istituto Giuridico Italiano* (Atti del Convegno di Verona, 2-4 ottobre 1986), V, Padova, 1987, 3 ss.; V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 751 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, e A. GORASSINI, *Procreazione*, in *Enc. Dir., sez. civ.*, XXXVI, Milano, 1987, 944 ss. A. PALAZZO, *Procreazione assistita e bioetica*, in *AA. VV., Le biotecnologie: certezze ed interrogativi*, Milano, 2001, 135 ss.; G. FERRANDO, *Prove genetiche, verità*

la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 127 del 2020, in relazione al tema della tutela dell'identità del figlio nato da fecondazione eterologa, si trova al cospetto di tale tematica spinosa ed in particolare del profilo concernente la salvaguardia dell'identità dei figli dall'esercizio non corretto della responsabilità genitoriale.

Tale responsabilità va collocata al centro del rapporto di filiazione, rispetto, in particolare, alle azioni di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità³⁴ lette nell'evoluzione³⁵ della normativa e della giurisprudenza, che sono state rilette nell'ottica della prevalenza dell'interesse dei figli alla stabilità del rapporto che è sorto con i genitori, superando, così, il principio della prevalenza della verità biologica³⁶.

Tale principio, secondo la giurisprudenza, non può essere letto in modo assoluto³⁷ in quanto «la tutela dello status e della identità personale non può identificarsi con la verità biologica e, anzi, nelle azioni richiamate il favor veritatis non è valore di rilevanza costituzionale assoluta»³⁸. Sul punto va richiamata

biologica e principio di responsabilità nell'accertamento del rapporto di filiazione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 735 ss.

³⁴ Sull'evoluzione degli istituti del riconoscimento e del disconoscimento e sul superamento delle disparità di trattamento in danno dei figli naturali (231 c.c.), oltre che sui profili riguardanti la diversa l'esperibilità di tale azione tra figlio legittimo e naturale, si rimanda ad alcune pronunce della Corte la quale sottolinea come nell'ipotesi di riconoscimento della filiazione legittima, il genitore recogniscente poteva sempre ritrattare un volontario e cosciente riconoscimento falso, sull'assunto che la disciplina del riconoscimento avesse come presupposto il vincolo di sangue «non potendo venire in considerazione valori di solidarietà che sono proprie della famiglia affettiva», mentre per i figli naturali l'interesse alla stabilità affettiva familiare era condizionato all'azione di chiunque impugnava il riconoscimento non veridico. Corte Cost., n. 158/1991 con nota di E. CATERINI, *Filiazione naturale e adozione nello statuto dei diritti del minore*, in *Giur. cost.*, 1991, 2422 e poi Corte Cost. n.112 del 1997 secondo cui «l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità era ispirata al principio di ordine superiore che ogni falsa apparenza di stato deve cadere» e ancora G. CHIAPPETTA, *I rapporti familiari nel dibattito costituzionale e nel pensiero di Fausto Gullo*, in *Fausto Gullo fra costituente e governo* (a cura di C. Amirante C. e V. Atripaldi), Napoli, 1997. Solo con la riforma del 2012, è stato eliminato il divieto di riconoscimento dei figli incestuosi, riformando l'art. 251 c.c., all'interno della ridefinizione dello stato unico di figlio e quindi dei rapporti di parentela, incidendo inevitabilmente anche sul concetto di identità.

³⁵ Sull'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, con la riforma della filiazione Dlgs. n.154 del 2013, l'istituto ha subito una complessa rivoluzione, in particolare in tema di prescrizione dell'azione. Sul punto si rinvia a C.M. BIANCA, *op.cit.*, 381 e ss.

³⁶ Sul rapporto tra *favor legitimitatis* e *veritatis* dopo la riforma del diritto di famiglia, bisogna precisare che in un primo tempo il *favor veritatis* prevaleva in modo assoluto, inteso quale corrispondenza tra verità naturale e certezza formale della filiazione che, secondo una parte della dottrina, trovava la propria fonte giustificativa negli artt. 2, 29 e 30 Cost., M. COMPORI, P. MARTINI, *Paternità e prova biologica. Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1978, 379 ed erano pochi i temperamenti normativi sulla tutela della posizione del figlio legittimo nonostante il contrasto con la verità biologica, es. 231 c.c., 235 c.c. Con la riforma del 1975 il Legislatore tenta di mantenere fermi i legami a cui è garantita la stabilità e la sicurezza dell'istituto familiare, ma si propone di tutelare anche, al contempo, i rapporti naturali. A. BUCCIANTE, *Filiazione (voce)*, II, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1.3.

³⁷ È stata la giurisprudenza di legittimità a superare la teoria per cui fosse assoluta la prevalenza dell'interesse all'accertamento della verità biologica della procreazione, riconoscendo come l'equazione tra la verità naturale e l'interesse del minore, non è più predicabile in termini assoluti, essendo necessario bilanciare la verità del concepimento con l'interesse concreto del figlio alla conservazione dello status acquisito. Cass. civ., n. 4791/2020; n. 8617/2017; n. 4020/2017; n. 26767/2016; n. 25213/2013; n. 21651/2011 e anche n. 18817/2015.

³⁸ Cass. Civ., n. 653/2012 contra con la posizione che precedentemente aveva assunto la Corte costituzionale (Corte cost. 1997, n. 112, 1997, n. 216, 2011, n. 322, che riteneva la crescente considerazione del *favor veritatis*

proprio la Carta Costituzionale che, disponendo che «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità» (art. 30 comma 4 Cost.), rimette alla volontà del Legislatore³⁹ la tutela della paternità legale rispetto a quella biologica⁴⁰.

Pertanto, il dato della provenienza genetica⁴¹ non costituisce più un requisito imprescindibile della famiglia⁴² e dall'altro, che ormai va affermato l'interesse⁴³ proprio del figlio minore rispetto alle azioni che abbiano ad oggetto la rimozione del proprio *status*.

All'interno di tale cornice si iscrive la sentenza n. 127 del 2020, in cui l'oggetto del sindacato del giudice delle leggi concerne la verifica del fondamento costituzionale della legittimazione a impugnare il riconoscimento scientificamente non veritiero. Nello specifico, si tratta della legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. in un giudizio di impugnazione del riconoscimento del figlio, nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento in capo a colui che abbia compiuto tale atto nella consapevolezza della sua non veridicità. Il giudizio *a quo* ha ad oggetto l'appello, promosso dal curatore di un minore avverso la sentenza con cui il Tribunale di Torino, accogliendo la domanda avanzata dall'autore del riconoscimento del minore, annullava per difetto di veridicità lo stesso riconoscimento (effettuato nella consapevolezza della sua falsità), disponendone annotazione sui registri dello Stato civile.

Secondo il giudice a quo, l'art. 263 c.c. contrasterebbe con l'art. 3 Cost., per disparità tra chi abbia consapevolmente effettuato il riconoscimento non veridico e chi abbia prestato il consenso alla fecondazione eterologa: nel primo, l'art. 263 c.c., consente all'autore del riconoscimento di proporre impugnazione per difetto di veridicità; diversamente, nella seconda ipotesi, l'art. 9 comma 1 della legge 40/2004 (Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), preclude tale impugnazione a chi abbia prestato il consenso alla procreazione medicalmente assistita. Quindi, la disciplina sarebbe irragionevole laddove, mentre chi ha scelto di instaurare un rapporto di filiazione può sacrificare l'interesse del soggetto riconosciuto come figlio per una propria riconsiderazione di interesse, dicendo di sapere fin dal principio che il riconoscimento non era veridico, nel caso di chi ha fatto ricorso alla fecondazione eterologa tale possibilità è preclusa.

non in conflitto con il *favor minoris*, «poichè la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico».

³⁹ Corte Cost., n. 7 del 2012 in cui la Corte osserva che «solo al legislatore è consentito di operare, anche in ragione dell'evolversi della coscienza collettiva, il necessario bilanciamento del rapporto tra tutela della appartenenza familiare e tutela dell'identità individuale».

⁴⁰ E. LAMARQUE, *Art. 30*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), 1, Torino, 2006, 622 e ancora E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Padova, 1998.

⁴¹ Sul diritto ad un'identità genetica e sul suo superamento si rinvia al punto 12 del cons. in diritto della sentenza Corte Cost. n. 162/2014 e sul superamento del dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici, quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, c. 5, l. n. 184/83).

⁴² Corte Cost. n. 162/2014

⁴³ Sull'esistenza di un concreto interesse del minore in tutte le questioni e decisioni che lo riguardano, oltre agli arresti giurisprudenziali interni, internazionali e sovranazionali, si rinvia a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

Rispetto a tale disparità di trattamento (con riferimento all'art. 3 Cost.), la Corte reputa la questione non fondata: l'art. 9 della legge 40 viene inquadrato quale ipotesi di intangibilità *ex lege* dello status perché nel consenso espresso in via preventiva al trattamento di fecondazione eterologa, si ravvisa una analogia con la dichiarazione di riconoscimento consapevolmente falsa: infatti, l'elemento unificante, per la Corte, va ravvisato nella volontaria e consapevole istaurazione del rapporto di filiazione con conseguente assunzione della responsabilità genitoriale e quindi la preclusione dell'art. 9 sarebbe estensibile all'impugnazione del riconoscimento per compiacenza: nel caso della PMA, però, il divieto di impugnare il riconoscimento è riferito a una situazione particolare, qualificata come tale dal Legislatore e per questo avente carattere eccezionale. La *ratio* infatti è volta a sottrarre il destino dei figli al mutamento di volontà del genitore: per la Corte, infatti, non si può equiparare la volontà di generare con materiale biologico altrui e la volontà di riconoscere un figlio altrui: nel primo caso, la volontà porta alla nascita di una persona che diversamente non sarebbe mai nata; nel secondo, invece, la volontà si esprime rispetto ad una persona che sarebbe nata in ogni caso. In tal senso, la condizione giuridica del riconosciuto è diversa perché, nel primo caso, si potrebbe pervenire ad un non accertamento di paternità nel secondo, invece, di falso riconoscimento, esistendo un genitore biologico la cui responsabilità può rilevare.

Quindi, secondo la Corte, dal divieto di disconoscimento di paternità, ai sensi dell'art. 9 della legge 40, non è desumibile un principio generale in base a cui, per istaurare un rapporto di filiazione, è sufficiente il solo elemento intenzionale rappresentato dal consenso prestato alla procreazione, ovvero a quello che la Corte definisce «adesione ad un comune progetto genitoriale». Ciò in quanto la disciplina del rapporto di filiazione resta sempre connessa all'esistenza di un rapporto biologico tra i genitori e non si può fondare la valutazione di irragionevolezza sulla base della disparità di trattamento con l'art. 9. Per la Corte quindi le due fattispecie hanno natura diversa e ciò impedisce di ritenere l'art. 9 come *tertium comparationis* per la valutazione della ragionevolezza dell'art. 263 c.c.

Si tratta infatti di fattispecie diverse, aventi discipline diverse, per cui non si pongono i dubbi di legittimità costituzionale relativi all'art. 3 Cost., per violazione del principio di uguaglianza⁴⁴.

Per la Corte non è fondata neppure la violazione dell'art. 2 Cost, pur essendo ritenuta una questione rilevante.

Partendo dal confronto tra l'art. 263 c.c. e l'art. 9, si evince che in entrambi vi è la consapevolezza che il soggetto non è il padre biologico, ma ha la volontà di assumere la paternità di un figlio biologicamente non proprio. Ciò anche considerando che il riconoscimento, nella PMA, viene inteso quale atto consa-

⁴⁴ In tema di uguaglianza, dobbiamo partire dal principio per cui il riconoscimento dell'unicità dello status sancito dall'art. 315 c.c., in una con l'attribuzione degli stessi diritti (degli stessi doveri) ha delle conseguenze sull'equiparazione delle diverse tipologie di famiglie, potendosi ritenere giustificato un trattamento diverso in applicazione del principio di uguaglianza sostanziale e di ragionevolezza e quindi anche rispetto alle azioni di stato. Rispetto alla questione in esame, dobbiamo richiamare una pronuncia della Corte Costituzionale n. 264 del 2005 in cui la Corte aveva affermato che «il giudizio di uguaglianza involgendo la verifica sul corretto uso del potere normativo, implica una analisi sulle ragioni che conducono ad una determinata disciplina ad operare, all'interno del tessuto egualitario dell'ordinamento, quella specifica equiparazione o distinzione». Pertanto se ricostruiamo la ragione giustificativa della legge, risulta evidente che non si pongono dubbi di legittimità in punto di eguaglianza, laddove nello specifico l'identità o difformità di situazioni si deduce dal tessuto normativo. Così C.M. BIANCA: *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *NLCC*, 2013, 520.

pevole, che trova la propria fonte nel consenso preventivo e quindi deve vigere il divieto di disconoscimento perché va tutelato l'interesse del minore al proprio *status* e al rapporto di filiazione sorto, evitando ripensamenti che diventano incompatibili con la formazione di un nuovo rapporto di filiazione. Il rimettente propone l'interpretazione classica dell'art. 263 c.c. per le ipotesi di falso riconoscimento consapevole: deve prevalere l'interesse di natura pubblicistica alla verità rispetto ad un altro interesse in conflitto o al diritto stesso all'identità sociale. Tuttavia dobbiamo considerare che l'art. 30 Cost. non ha dato valore preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, negando la prevalenza del *favor veritatis* e prevedendo che vada comparato con altri valori costituzionali. Si denota un'evoluzione in cui viene data prevalenza al consenso alla genitorialità e alla conseguente responsabilità che da esso si genera rispetto al *favor veritatis*: l'art. 9 della legge 40 simboleggia proprio questa evoluzione laddove, secondo la Corte, nella divergenza tra genitorialità genetica e giuridica, deve prevalere l'interesse alla conservazione dello status costituzionalmente riconosciuto. La corrispondenza tra *status* di figlio e verità biologica, pur auspicabile, è secondaria laddove, ciò che conta, è il diritto alla stabilità dello *status* acquisito e voluto, inteso a tutti gli effetti quale interesse pubblico alla certezza degli *status* familiari.

Sul punto bisogna richiamare un profilo importante: il termine per proporre l'azione di impugnazione, che appare compatibile con la tutela rafforzata dello *status* di figlio. Infatti, originariamente, tale azione era imprescrittibile, mentre oggi la prescrizione è di un anno, se ad agire è l'autore del riconoscimento, cinque anni se sono gli altri legittimati. La *ratio* di ciò è imporre un termine per tutelare l'interesse del figlio, evitando il protrarsi di un'incertezza lesiva della solidità dei rapporti familiari. Mediante la valorizzazione di tale stabilità dello *status* di figlio, si radica in capo allo stesso anche la propria identità affettiva, relazionale e sociale da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale, anche se in contrasto con la verità biologica della procreazione.

Per la Corte, pertanto, deve ritenersi superata l'assolutezza del principio di prevalenza dell'interesse all'accertamento della verità biologica della procreazione, laddove l'equazione tra verità naturale ed interesse del minore⁴⁵ non è assoluta essendo necessario bilanciare la verità del concepimento con

⁴⁵ Sul peso dell'interesse del minore nelle ipotesi di bilanciamento, è dalla lettura del quadro europeo ed internazionale che si evince la centralità della valutazione dell'interesse del minore nell'adozione di scelte che lo riguardano: dapprima la Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989 in cui, all'art. 3 comma 1 viene prescritto che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Allo stesso modo si pongono la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996 ratificata e resa esecutiva con legge n. 77 del 2003 e le linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura del minore, adottate il 17 novembre 2010 ed infine l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 che sancisce il principio secondo cui «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche od istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere nominato preminente». Infine, la garanzia di tale diritto è stata sancita nell'interpretazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo degli artt. 8 e 14 della Cedu.

l'interesse concreto del figlio alla conservazione dello *status* acquisito⁴⁶, secondo quanto già affermato dalla Corte in alcune pronunce precedenti⁴⁷.

Nel confronto tra il disposto contenuto negli artt. 263 c.c. e l'art. 9 della legge 40, si evince, nel primo, la prevalenza per il *favor veritatis*, quando il disconoscimento viene richiesto in un arco temporale definito⁴⁸; nel secondo, invece, vige il principio dell'intangibilità dello *status* con la valorizzazione del consenso preventivo di coloro che diventeranno genitori: infatti, nella PMA, il consenso è la *condicio sine qua non* per la nascita stessa. Si tratta di una vera e propria scelta di genitorialità che precede l'esistenza stessa del soggetto. È per questo che tale scelta è irretrattabile incidendo sull'intangibilità dello *status* stesso ed è stabilita ex lege. In tal senso, rispetto al riconoscimento falso, anche l'ipotesi dell'art. 9 implica una consapevole istaurazione del rapporto di filiazione, con conseguente assunzione della responsabilità genitoriale, ma, ci si chiede se la preclusione dell'art. 9 possa essere estensibile all'impugnazione del riconoscimento dell'art. 263 c.c.

⁴⁶ Sul punto vedi anche Corte Cost. nn. 162/2014; 272/2017; 494/2002; 170/1999; 7/2012. In particolare, con la sent. n.7/2012, la Consulta riconosce «la necessità del bilanciamento, ad opera del legislatore, fra la tutela dell'appartenenza familiare e la tutela dell'identità individuale, tenendo conto, altresì, dell'evolversi della coscienza sociale: la definizione dei termini dell'impugnazione ex art. 263 c.c. del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità rientra, allora, nella discrezionalità legislativa. Nondimeno, nell'escludere l'ammissibilità del suo intervento, la Corte si fa interprete, essa stessa, dell'orientamento presente nella collettività che si esprime, a suo dire, nel senso della tendenziale coincidenza fra certezza formale e verità biologica». G. MATUCCI, *op.cit.*, 8. Nello specifico, «prospettandosi un così ampio spettro di possibili interventi, va altresì riaffermato che il potere di stabilire la natura, la durata e la modulazione del termine per la proposizione dell'impugnazione [ex art. 263 c.c.] spetta al legislatore, al quale solo è consentito di operare, anche in ragione dell'evolversi della coscienza collettiva, il necessario bilanciamento del rapporto tra tutela della appartenenza familiare e tutela della identità individuale; bilanciamento che, peraltro, si è mosso (nella presente realtà sociale) piuttosto nella direzione (opposta rispetto a quella auspicata dal rimettente) della tendenziale corrispondenza tra certezza formale e verità naturale. [...] Questa Corte ritiene che la crescente considerazione del *favor veritatis* (la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dell'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini [...]) non si ponga in contrasto con il *favor minoris*, poichè anzi la verità biologica costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico [...]».

⁴⁷ Corte Cost. nn. 158/1991; 134/1985; 7/2012 e 272/2017.

⁴⁸ Sul punto è d'obbligo richiamare la sentenza Cassazione civile, Sez. I, 31 luglio 2015 n. 16222. In tale pronuncia, precisamente al punto 17, viene evidenziato il ruolo assunto dal tempo intercorso tra il riconoscimento e l'impugnazione, affermando proprio che vi è un collegamento tra tale lasso di tempo e la tutela dell'identità: secondo la pronuncia, infatti, «maggiore è il lasso di tempo intercorso tra il riconoscimento e l'impugnazione per difetto di veridicità, maggiore sarà la lesione che ne discende al diritto all'identità personale». Proprio tale potenzialità lesiva ha condotto, con la legge n. 219/2012 a limitare l'imprescrittibilità dell'azione di riconoscimento alla sola ipotesi in cui l'azione venga proposta dallo stesso soggetto nella cui sfera giuridica si produrrà il danno. In tal senso, è ancora rilevante richiamare la pronuncia perché estremamente pertinente rispetto al tema in esame ove il rilievo della limitazione circa l'imprescrittibilità dell'azione riguarda, non solo il riconoscimento di paternità, ma anche la procreazione assistita, proprio perché essa si fonda «su un progetto di genitorialità che non può essere revocato quando è già stato messo in atto dai futuri genitori». Sotto il profilo più strettamente del danno causato all'identità, la Corte distingue un danno che si deve ricostruire rispetto a due componenti fondamentali del diritto all'identità personale e sociale. Infatti, secondo la Corte «il disconoscimento si ripercuote sull'interessato privandolo della coscienza di sé e recidendo i legami affettivi consolidati durante la vita, senza la possibilità di recuperarne altri» e «ledendo la dignità ablativa dell'appartenenza al contesto familiare in cui ha vissuto».

In realtà la differenza tra le due ipotesi, sebbene presentino elementi di prossimità, si individua nella *ratio* che orienta solo ed esclusivamente l'art. 9, ovvero la tutela del minore dai mutamenti di volontà, come avviene nella disciplina del parto anonimo, in cui la protezione dei diritti della gestante affonda le proprie radici nella necessità che quest'ultima non possa mutare la propria volontà ed, in tal modo, nuocere al figlio che nel frattempo ha acquisito una propria, diversa identità.

Quindi, secondo la Corte

«non è equiparabile la volontà di generare con materiale biologico altrui e la volontà di riconoscere un figlio altrui: anche se la prima ipotesi vede l'espressione di una volontà alla nascita di una persona che altrimenti non sarebbe mai venuta al mondo; diversamente, nella seconda, la volontà si esprime rispetto ad una persona già nata».

Quindi la differenza tra le due discipline riguarda l'accertamento: nel primo caso si perverrebbe, in ipotesi, ad un non accertamento, nel secondo, invece, nel caso di falso riconoscimento, esiste un genitore biologico la cui responsabilità genitoriale può venire in gioco.

Sulla base di tali osservazioni, la Corte ha reputato le situazioni diverse, con presupposti fattuali diversi che quindi, sul piano della ragionevolezza, possono giustificare discipline diverse. Alla base di qualsiasi decisione che riguarda il riconoscimento, vi deve essere il necessario bilanciamento tra i diversi valori coinvolti, ovvero il diritto all'identità personale fondato sulla verità biologica, anche in relazione alle acquisizioni scientifiche e genetiche che fondano il c.d. *favor veritatis* e, dall'altro, l'interesse alla certezza degli *status* e la stabilità dei rapporti rispetto a cui va correlata la tutela dell'identità personale connessa «ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno di una famiglia»⁴⁹.

4. La sentenza n. 19824/2020 della Corte di Cassazione: la tutela dell'identità del figlio nato da madre anonima

Nella progressiva formazione dell'identità personale, assume un certo rilievo il diritto a conoscere le proprie origini, in quanto tale diritto non è più solo il diritto ad essere *se stessi* ed affermare la propria individualità, quanto un diritto a sapere chi si è⁵⁰ e, secondo la giurisprudenza costituzionale, il diritto di ricerca delle proprie origini si identifica proprio con il diritto all'identità personale dell'adottato⁵¹.

Prima di riferire del dibattito giurisprudenziale interno ed europeo in tema di anonimato materno, è opportuno premettere brevemente il quadro normativo interno. La legge 184 del 1983 disciplina

⁴⁹ Cass.civ., sez. I, 22 dicembre 2016 n. 26767 e Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2017 n. 8617. Sul punto si rinvia alle riflessioni di A. CANDIDO, *Favor veritatis o favor minoris? L'impugnazione del riconoscimento scientemente non veritiero in una recente pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2020, 353 e ss., secondo il quale «il problema da individuare è quale sia il giusto bilanciamento tra *favor veritatis* e *favor minoris*, avendo quale obiettivo l'accertamento in concreto dell'interesse superiore del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto, in relazione all'esigenza di un suo sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale».

⁵⁰ E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore*, cit., 32.

⁵¹ Si rinvia al punto 1 del Cons. in diritto della sentenza Corte Costituzionale n. 287 del 2013 in cui la Corte afferma a chiare lettere che l'art. 28 comma 7 della legge n. 184 del 1983 come modificata dall'art. 177 comma 2 del Dlgs. 196 del 2003, contrasta con l'art. 2 della Costituzione «configurando una violazione del diritto di ricerca delle proprie origini e dunque del diritto all'identità personale dell'adottato».

all'art. 28 il diritto del figlio adottivo, che abbia raggiunto l'età di 25 anni, ad accedere ad informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei suoi genitori biologici e che consente pertanto l'esercizio di tale diritto, funzionale al consolidarsi dell'identità, anche al figlio che, pur non avendo ancora compiuto i venticinque anni, abbia comunque raggiunto la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. In particolare, secondo il comma 7, l'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30 comma 1 del DPR 3 novembre 2000 n. 396, imponendo il rispetto della volontà della madre di non essere nominata, in considerazione dell'art. 93 del Codice in materia di dati personali che non consente l'accesso all'interessato alla cartella clinica relativa al parto da cui sia possibile identificare la madre, se non siano trascorsi cento anni dalla formazione del documento sanitario. Come sarà descritto diffusamente nel prosieguo, l'art. 28, è stato oggetto di alcuni interventi della Corte Costituzionale e di alcune rilevanti pronunce della Corte Europea dei diritti dell'Uomo. Prendendo le mosse dagli arresti di quest'ultima Corte, dobbiamo ricordare che essa si è pronunciata riconoscendo la violazione dell'art. 8 CEDU con riferimento alla lesione del diritto della persona a conoscere le proprie origini⁵². La Corte ha individuato il fondamento di tale diritto nella garanzia della protezione della vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, affermando che, mediante tale articolo, viene tutelato «un diritto all'identità e allo sviluppo personale e ad allacciare e approfondire relazioni con i propri simili e il mondo esterno» (Corte Eur. Dir. Uomo, 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*)⁵³; ed ancora che allo sviluppo della persona umana

«contribuiscono la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori»

(Corte Eur. Dir. Uomo, 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*). La Corte europea in una pronuncia risalente – la sentenza *Odievre c. Francia*⁵⁴ – aveva già affermato che l'accesso alle informazioni sulle origini rientra nella nozione di vita privata e non in quella di vita familiare, dal momento che tale accesso non mette in discussione la relazione tra persona adottata e genitori adottivi. Ciò, secondo una parte della dottrina, si spiega laddove

⁵² La tutela del diritto a conoscere le proprie origini era stata già riconosciuta dalle fonti internazionali e sovranazionali: l'art. 7 della Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989, in cui viene garantito che il fanciullo conosca i propri genitori «nella misura del possibile»; la Convenzione dell'Aja del 1993, che all'art. 30 prevede che le autorità competenti si impegnino a conservare le informazioni che detengono sulle origini del minore, in particolare sull'identità dei genitori ed ancora la Raccomandazione n. 1443 del 2000 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa che invita gli stati ad assicurare al minore adottato la conoscenza delle proprie origini al più tardi al compimento della maggiore età.

⁵³ In detta sentenza, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto che le circostanze della nascita e, quindi, la conoscenza dell'identità dei propri genitori, fanno parte del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8, par. 1 Cedu. Tali informazioni sono, pertanto, essenziali per sviluppare il diritto all'identità personale come interesse protetto dalla Convenzione. Corte eur. dir. uomo, sent. *Mikulic c. Croazia*, 07.02.2002, ric. n. 53176/99, in in www.echr.coe.int.

⁵⁴ Corte eur. dir. uomo, sent. *Odievre c. Francia*, 13.02.2003, ric. n. 42326/98, p.to 45, in www.echr.coe.int.

«conoscere l'identità del genitore biologico rappresenta un modo per scoprire le circostanze in cui un soggetto è nato ed è stato abbandonato, elementi che fanno parte della vita privata e dell'identità personale di un individuo. La nozione di vita privata risulta così avere una portata molto ampia, perché abbraccia tutte quelle sfere nelle quali l'individuo può liberamente perseguire il proprio sviluppo e la realizzazione della propria personalità»⁵⁵.

Successivamente, con la sentenza Corte Eur. Dir. Uomo, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*⁵⁶, la Corte ha espresso il principio per cui, la conoscenza delle proprie origini, costituisce un interesse fondamentale della persona umana⁵⁷, riconducibile al diritto all'identità personale, fondato su un bisogno di conoscenza vero e proprio che, la Corte costituzionale, con sentenza n. 278 del 2013 (punto 4 Cons. in diritto) ha definito quale aspetto della personalità che può «condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale», intervenendo in modo incisivo sulla delicata questione del bilanciamento tra i due diritti⁵⁸ e censurando la disciplina contenuta nell'art. 28 della legge sull'adozione perché eccessivamente rigida ed in aperto contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. Infatti, la cristallizzazione delle modalità di esercizio dell'anonimato da parte della madre appare, secondo la Corte, come

«una manifestazione di volontà che assume connotati di irreversibilità destinati sostanzialmente ad espropriare la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione, trasformandosi in definitiva, quel diritto

⁵⁵ D. BUTTURINI, *La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 24 ottobre 2012. La ricerca delle origini, afferisce sia alla tutela della vita e della salute della madre, sia del figlio e ciò a livello sia fisico sia soprattutto psichico.

⁵⁶ Sull'interpretazione dell'art. 8 Cedu è molto ampia, in quanto in detta disposizione sono state fatte rientrare molte prerogative quali il diritto a godere di una sfera esclusiva d'intimità personale, il diritto di sviluppare la personalità intrecciando relazioni con i propri simili, il diritto all'identità personale, si rinvia a C. PITEA, *Sub art. 8*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Comm. breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 299.

⁵⁷ Secondo la dottrina «il diritto di conoscere le proprie origini è un diritto soggettivo che in generale spetta alla persona in quanto tale e pertanto, sebbene possano essere previste delle modalità particolari di esercizio di esso nel corso della minore età in funzione dell'interesse dello stesso minore, non può essere conculcato per sempre anche nell'età adulta. Esso infatti come diritto della persona trova fondamento nell'art. 2 Cost., alla luce del carattere inviolabile del diritto all'identità personale e anche nell'art. 3 Cost. in funzione del diritto al libero sviluppo della persona che non potrebbe non risultare "ostacolato" (non già solo di fatto, ma per legge) da un eventuale divieto di conoscere le proprie origini». A. NICOLUSSI, *op.cit.*, 8.

⁵⁸ Va ricordato che la Corte Costituzionale si era già pronunciata sul tema con la sentenza n. 425 del 2005, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28 comma 7 della legge n. 184 del 1983. Sul punto, si rinvia a A.O. COZZI, *La Corte Costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte Europea dei diritti dell'Uomo?* In *Giur. Cost.*, 2005, 4602 e ss ed anche L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte Costituzionale*, in *Dir.inform.*, 2006, 107 e ss. Va segnalato che la pronuncia del 2005, nonostante non abbia riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, come affermato successivamente con la sentenza n. 287 del 2013, tuttavia aveva già teorizzato una concezione ampia di identità, come diritto del singolo a ricostruire la propria storia. Sul punto anche E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte Costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117 primo comma, Cost., nella sentenza della Corte Costituzionale n. 287 del 2013* in *Osservatorio AIC*, dicembre 2013.

in una sorta di vincolo obbligatorio che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, ab origine, collegare il vincolo segreto su chi lo abbia generato»⁵⁹.

Nell'ambito della giurisprudenza interna, dobbiamo ricordare che la Corte di Appello di Torino, con una sentenza del 5 novembre 2014, aveva rigettato il reclamo di una donna che chiedeva di avere accesso alle informazioni relative all'identità della madre biologica che non aveva voluto essere nominata e poi era deceduta. La Corte aveva dichiarato infatti che il decesso non costituiva una revoca implicita dell'anonimato. Tuttavia, la Corte di Cassazione, con sentenza del 21 luglio 2016 n. 15024, ribaltava tale decisione ritenendo prevalente il diritto della figlia a conoscere l'identità materna e non prevalente la volontà di quest'ultima, volontà che si era di fatto cristallizzata con l'evento morte.

Sul rilievo dell'evento morte nel rendere conoscibile l'identità della madre che ha dichiarato di non voler essere nominata e sul bilanciamento tra il suo diritto e quello del figlio si è occupata diffusamente la recente pronuncia, n. 19824 del 22 settembre 2020, con cui la Corte di Cassazione è tornata sull'annoso problema del bilanciamento tra accesso del figlio alle proprie origini ed anonimato della madre. Nel rapporto tra queste diverse, ma egualmente rilevanti, posizioni giuridiche si iscrivono alcune riflessioni che hanno una precisa rilevanza costituzionale soprattutto in termini di bilanciamento tra due diritti, quello della madre a mantenere salda la propria identità nell'anonimato e quella del figlio ad avere invece la tutela della propria identità biologica, rispetto a cui, affianco alle elaborazioni della giurisprudenza interna ed europea che sembrano aver messo ormai un punto sulla necessità di approntare una tutela adeguata a tali posizioni che inevitabilmente si intersecano, si auspica un intervento risolutivo da parte del Parlamento che però fatica ad arrivare⁶⁰.

Prima di prendere diffusamente in esame la sentenza del 2020, dobbiamo soffermare l'attenzione sulla pronuncia n. 1946 del 2017 con cui le Sezioni Unite hanno statuito che una persona nata da un parto anonimo ha la possibilità di verificare, mediante interpello riservato, se la madre intenda continuare a restare anonima, anche in assenza di una norma che disciplini tale facoltà. Pertanto, nell'inerzia del Legislatore, secondo la giurisprudenza di legittimità, è necessario trovare una soluzione che permetta al figlio di interpellare la madre biologica, saggiando la sua volontà di rimanere anonima in osservanza di uno standard elevato di riservatezza, trattandosi di posizioni giuridiche soggettive che afferiscono a diritti personalissimi. È di assoluta importanza ricordare che tale pronuncia va letta in relazione alla sentenza della Corte Costituzionale richiamata, la n. 287 del 2013, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 comma 7 della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui escludeva la possibilità

⁵⁹ Si rimanda alla sentenza della Corte Costituzionale n. 287 del 2013 ed anche alla sentenza delle Sezioni Unite n. 1946 del 2017.

⁶⁰ Sul punto occorre richiamare alcuni disegni di legge che hanno avuto ad oggetto proprio il tema della ricerca delle origini e di tutela della madre da un lato e del figlio dall'altro. Con il DDL n. 1978 del 18 novembre 2015 e poi con il DDL n. 922 del 2018, assegnato alle Commissioni Riunite affari Costituzionali e giustizia ed in ultimo esaminato lo scorso 18 novembre, l'obiettivo è intervenire a livello legislativo sul tema delle origini al fine di consentire la concreta attuazione del diritto alla conoscenza delle origini. In particolare il DDSL 922/2018, contiene la modifica dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983 ed in particolare i commi 5 e 7 e l'art. 93 del Codice in materia di dati personali di cui al DL n. 196 del 2003 e l'art. 30 del DPR 396 del 2000. In ultimo va segnalato anche il DDL n. 1039/2019 che prevede una modifica del comma 7 dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983 circa la possibilità per i soli adottati di richiedere l'accesso alle origini, prevedendo l'applicazione dell'art. 93 del DL n. 196 del 2003 stabilendo che la persona non riconosciuta possa fare direttamente un'istanza di accesso alle origini.

per il giudice di interpellare, a seguito della richiesta del figlio, la madre che aveva deciso di restare anonima, ai fini di un'eventuale revoca della dichiarazione, mediante un procedimento stabilito con legge. Una volta dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 comma 7, da un lato si poneva come preminente l'intervento del Legislatore, dall'altro, in via di fatto, veniva ammesso l'interpello anche senza un intervento legislativo che lo regolamentasse. Secondo la Cassazione, con la pronuncia della Corte Costituzionale è cessata l'efficacia dell'art. 28 comma 7 e quindi di fatto il figlio non può vedersi negato il diritto di accesso alle informazioni, contemperando sempre le esigenze di riservatezza della madre⁶¹.

Infatti, l'obiettivo dovrebbe essere assicurare un giusto equilibrio tra la protezione della madre e la tutela del figlio di avere informazioni sulla propria origine biologica⁶², anche se in passato si è spesso sacrificata la tutela dell'identità del figlio per garantire l'anonimato materno⁶³. Bisogna, infatti, considerare che, così come già ricordato per le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, anche nel nostro ordinamento il riferimento è l'art. 8 Cedu, rispetto a cui bisogna vedere se i due diritti sono tutelati nei loro contenuti essenziali o uno dei due sia irragionevolmente sacrificato per fare prevalere l'altro.

In tal senso viene in rilievo, prima di tutto, il diritto all'identità personale⁶⁴, che, rispetto alla fattispecie in esame, viene letto in una accezione complessa, poiché si tratta di identità, sia rispetto alla posizione

⁶¹ Infatti, la sentenza della Corte sul punto è chiara nel precisare che per effetto della dichiarazione di illegittimità dell'art. 28 comma 7, questa norma «non è rimasta invariata, ma vive nell'ordinamento con l'aggiunta di questo principio ordinatore, capace di esprimere e di fissare un punto di equilibrio tra la posizione del figlio adottato e i diritti della madre. Tale punto di equilibrio si compendia nella riconosciuta possibilità per il giudice di interpellare in via riservata la madre biologica per raccogliere la sua volontà attuale quando c'è un figlio interessato a conoscere la sua vera origine, ma anche nella preferenza da accordare alla scelta della donna, perché il figlio non ha un diritto incondizionato a conoscere la propria origine e ad accedere alla propria storia parentale, non potendo ottenere le informazioni richieste ove persista il diniego della madre di svelare la propria identità».

⁶² Si tratta dell'accertamento della verità intesa come diritto del nato di poter conoscere le proprie origini genetiche culturali e sociali, di pervenire alla verità della propria origine per l'adeguato sviluppo psico-fisico del bambino. Tale verità soddisfa l'esigenza del nato e che trova tutela negli articoli 32 e 33 della Costituzione. M.R. SAULLE, *Diritto al nome e all'identità*, in *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano* (a cura di M.R. Saulle,), 1994, p. 67.

⁶³ Corte Cost. 425/2005 in cui viene esplicitato che vi è «un rapporto conflittuale fra il diritto dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre naturale al rispetto della sua volontà di anonimato», punto 6 cons. in diritto. Secondo la Corte, infatti, una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla «genitorialità giuridica» può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla «genitorialità naturale»: ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 cost. Sul punto, CHIAPPETTA, *Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis op.cit.*, 166.

⁶⁴ E.C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in www.forumcostituzionale.it (26-1-2010). G. BAVETTA, *Identità*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 953 ss. V. anche G. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Tratt. dir. civ. e comm.*, IV, t. 2, Milano, 1961, 17. 28 Circa la rilevanza dell'identità come diritto inviolabile e quindi della sua rilevanza costituzionale, una parte della dottrina afferma con sicurezza «che al diritto all'identità personale debba essere riconosciuta una salda rilevanza costituzionale, a causa della sua stretta correlazione con la garanzia del pieno sviluppo della personalità individuale e della partecipazione all'organizzazione politica e sociale del Paese di cui agli artt. 2 e 3 Cost.». Sul punto v. G. PINO, *Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), Milano, 2006, t. 1, 264.

della madre, sia rispetto a quella del figlio, all'interno del sistema costituzionale di tutela della persona, in cui, da un lato, vi è il bisogno di conoscenza del figlio che rappresenta uno degli aspetti della personalità che possono condizionarne la vita di relazione e, dall'altro, la tutela dell'anonimato che coinvolge direttamente il bene supremo della vita e della salute.

La questione contenuta nella sentenza del 2020, si origina da una sentenza della Corte di Appello di Lecce che, confermando la sentenza con cui il Tribunale di Taranto accertava giudizialmente che M.A. era figlio di V.C., ne condivideva l'impostazione secondo cui le prove raccolte integravano indizi plurimi, gravi, precisi e concordanti nell'unico senso che M.A. fosse figlio di V.C. Avverso tale sentenza, veniva proposto ricorso per Cassazione dalla figlia, affidato a due motivi, di cui con il primo veniva dedotta violazione e falsa applicazione del R.D. 8 maggio 1927 n. 798 art. 9, artt. 190 e 191 c.c. ; D.P.R. 396 del 2000 e art. 30, 269 c.c. e Dlgs 196 del 2003 art. 93 in relazione all'art. 360 c.p.c. comma 1 n. 3, lamentando che «nel bilanciamento dei contrapposti interessi del figlio ad accedere alle informazioni sulle proprie radici e della madre all'anonimato, deve attribuirsi prevalenza alla scelta iniziale dell'anonimato che non sia stata revocata».

La Corte ritiene non fondato il motivo e rigetta il ricorso. Sul punto due sono gli aspetti su cui occorre soffermare l'attenzione.

Nel bilanciamento tra i due diritti di rango primario, la Corte di Cassazione ritiene in ogni caso prevalente il diritto all'anonimato della madre, finalizzato a tutelare la vita e la salute della stessa e del nascituro. Per tale motivo, il diritto alla propria identità personale, rimane compresso per tutta la durata della vita della madre, a meno che lei stessa non revochi successivamente la volontà espressa al momento del parto.

Al contrario, dopo la morte della madre, il diritto del figlio alla propria identità personale acquista prevalenza. La Corte individua i diritti in gioco dopo la morte della madre, costituiti da un lato dall'interesse degli eredi della donna alla conservazione della di lei identità sociale, in relazione al nucleo familiare costituito successivamente al parto, e dall'altro lato dal diritto del figlio alla propria identità personale. Operando il bilanciamento tra gli interessi coinvolti, la Corte afferma che il diritto degli eredi della donna al mantenimento della identità sociale della stessa è recessivo rispetto al diritto del figlio a ricostruire la propria identità personale. Quindi, dalla lettura della pronuncia emerge il principio di diritto secondo cui

Venendo meno per effetto della morte della madre, l'esigenza di tutela dei diritti alla vita ed alla salute, che era stata fondamentale nella scelta dell'anonimato, non vi sono più elementi ostativi non soltanto per la conoscenza del rapporto di filiazione (come affermato da Cass. 15024/2016 e Cass. 22838/2016), ma anche per la proposizione dell'azione volta all'accertamento dello status di figlio naturale, ex art. 269 c.c.

Sebbene venga premesso che la tutela della madre a mantenere salda la propria scelta per l'anonimato⁶⁵ al momento del parto trovi un diffuso riconoscimento nel nostro ordinamento⁶⁶ come affer-

⁶⁵ Che però non deve mai essere intesa come un vincolo irreversibile, tale da trasformarsi in un «dovere all'anonimato». E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere*, cit., 3.

⁶⁶ Art. 30 comma 1 DPR 3 novembre 2000; art. 93 comma 1 D.lgs. 196 del 2003; art. 28 comma 7 legge 184 del 1983; allegato DM 16 luglio 2001 n. 349.

mato già con sent. 278 del 2013 con cui la Consulta ne aveva riconosciuto altresì un fondamento costituzionale⁶⁷, tuttavia la Cedu all'art. 8 riconosce la preminenza del diritto del figlio a conoscere le proprie origini (sent. *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012), anche quando la madre possa tornare sulla propria scelta e non solo quando è ormai deceduta⁶⁸. Non solo, ma i giudici di legittimità, già in più occasioni⁶⁹, avevano statuito che

«il diritto del figlio ad uno status filiale corrispondente alla verità biologica costituisce una delle componenti più rilevanti del diritto all'identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età, ma in tutto il suo svolgersi. L'incertezza su tale "status" può determinare una condizione di disagio ed un vulnus allo sviluppo adeguato e alla formazione della personalità riferibile ad ogni stato della vita»⁷⁰,

e che, secondo la Corte, il diritto al riconoscimento di uno status filiale corrispondente a verità fa parte dei diritti inviolabili della persona ai sensi degli art. 2 Cost. ed 8 Cedu.

Nel caso in esame, in primo luogo, la sentenza distingue le due ipotesi in cui l'istanza di conoscere le origini sia presentata quando la madre è ancora in vita o invece quando è già deceduta. Perché, se l'istanza è presentata dopo la morte della madre, il fondamento stesso dell'anonimato viene meno sotto il profilo della tutela della sfera giuridica personalissima della madre, quale bene che in modo preminente deve essere inteso meritevole di tutela. In tale ipotesi quindi il figlio deve poter veder riconosciuto il diritto a ricostruire la propria identità biologica. Tuttavia la Corte, anche nell'ipotesi in cui la madre non sia deceduta, riconosce una tutela diffusa al diritto del figlio anche se, nel necessario bilanciamento con il diritto della madre all'anonimato, quest'ultimo deve prevalere, perché finalizzato a tutelare i beni supremi della vita e della salute, sia del nascituro, sia della madre che, se non potesse optare per l'anonimato, potrebbe essere indotta a scelte diverse fonte di rischio per la sua vita e quella del figlio.

La pronuncia risulta pertanto innovativa rispetto alle precedenti pronunce perché rivede i termini del bilanciamento tra le due posizioni soggettive del figlio e della madre; inoltre offre l'occasione per riflettere, ancora una volta, sul concetto di identità così come delineato nelle pronunce della giurisprudenza e nelle elaborazioni della dottrina.

⁶⁷ Secondo la Consulta sent.n. 278/2013, la *ratio* va rinvenuta nell'esigenza di salvaguardare la madre e il neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni personali, ambientali, culturali, sociali tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili.

⁶⁸ Sul punto al fine di superare la rigida contrapposizione tra la posizione della madre e quella del figlio, bisognerebbe evidenziare la distinzione tra la genitorialità giuridica e la genitorialità naturale, che consente di osservare come «la rinuncia irreversibile alla genitorialità giuridica non può ragionevolmente implicare anche una definitiva ed irreversibile rinuncia alla genitorialità naturale: ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.». (punto 5 cons. in diritto Corte Cost. n. 278 del 2015).

⁶⁹ Cass. civ., 24292/2016; Cass. civ. 11887/2015; Cass.civ., 4020/2017.

⁷⁰ Si tratta del perseguimento del superiore interesse del minore se letto nell'accezione di tutela del benessere psicofisico di un soggetto in formazione. Per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 2.2., 2005.

5. Conclusioni

Tra i diritti fondamentali della persona umana vi è quello alla propria identità, che si concretizza nel diritto ad essere identificato e riconosciuto nella propria realtà individuale; l'identità della persona viene tutelata attraverso la rilevanza che le riconosce l'ordinamento e denota il diritto della persona a non vedere alterata la verità della propria vita, costituendo elemento essenziale del patrimonio del soggetto, espressione della sua personalità individuale e sociale.

Nei casi esaminati, tale diritto viene in rilievo in una particolare accezione, come diritto del figlio correlato all'accertamento o al consolidamento della verità biologica, ma anche alla permanenza dei legami affettivi e personali che si sviluppano nella famiglia e quindi nella tutela della sua identità ad uno status acquisito.

Dalla lettura delle pronunce in esame, appare superato il *favor* dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, laddove l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisce un valore non più assoluto, tale da sottrarsi alle logiche del bilanciamento. Infatti, ciò che rileva, in ultimo è che, nel bilanciamento prevale sempre il principio di conservazione dello *status filiationis* in quanto tale e rispetto a cui deve essere sempre valorizzato l'interesse del minore a conservare il proprio status indipendentemente dai legami di sangue, attribuendo un rilievo giuridico preminente ai rapporti di fatto instaurati⁷¹, nella valorizzazione del rilievo giuridico della c.d. *genitorialità sociale*, ove non coincidente con quella biologica, laddove, come affermato dalla Corte nella sentenza n. 162 del 2014 «il dato della provenienza genetica non costituisce un requisito della famiglia stessa»⁷².

Richiamando una sentenza del 2005, la Consulta sul conflitto tra diversi tipi di genitorialità, aveva affermato che

«mentre la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una "genitorialità giuridica" [...] non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla "genitorialità naturale": potendo quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perchè corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta».

In conclusione, i tempi sembrano maturi perché il cosiddetto interesse del minore consista nel riconoscimento, in capo a lui, sin dal concepimento, di diritti inviolabili tra i quali quello ad uno *status filiationis* ed alla conoscenza e consapevolezza della propria identità. Pertanto, la tutela adeguata dell'identità del minore si potrà realizzare solo imponendo in tutti i procedimenti che lo riguardano, il

⁷¹ Il distacco tra identità genetica e legale è alla base della disciplina dell'adozione ex lege n.184 del 1983.

⁷² Sul punto anche G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014. Tuttavia, le numerose resistenze alla fecondazione eterologa, affondavano le proprie radici nella posizione di chi, come richiamato da Sesta in M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. giur.*, 2004, 1405 ss. «il divieto legislativo della fecondazione eterologa potrebbe manifestare il rifiuto dell'ordinamento di consentire la creazione di un "falso" rapporto di discendenza, cosicché il divieto medesimo troverebbe un fondamento nell'art. 2 Cost., qualificando la corrispondenza tra identità genetica e identità sociale della persona quale originario diritto della personalità, la legge perderebbe coerenza nel momento in cui attribuisce al nato lo status di figlio legittimo del marito o naturale del convivente ed impedisce il formarsi di relazioni col donatore frustando così l'unico possibile fondamento razionale del divieto, che è quello di assicurare il diritto all'identità genetica della persona».

perseguimento del *favor veritatis* solo quando coincide con il *favor minoris*, quale pieno sviluppo della persona del minore⁷³. Pertanto, la verità della procreazione andrà sempre soppesata con l'interesse del minore a mantenere il proprio *status*, tanto quando nasce da PMA, quanto quando deve preservare il proprio status di figlio nato da madre anonima.

La stessa nozione di identità personale acquisita, messa in rapporto con quella di origine, guadagna una indispensabile dimensione relazionale ponendo sempre e comunque in rapporto chi dà origine e chi prende origine⁷⁴, nel perseguimento del superiore interesse del minore.

⁷³ E. LAMARQUE, *Art. 30, in Commentario alla Costituzione*, op.cit., 632-633 ed anche Corte Cost., 216 del 1997 e 170 del 1999.

⁷⁴ Il rapporto tra chi da origine e chi prende origine, in ipotesi come quelle analizzate, vede la necessaria contrapposizione tra la genitorialità giuridica e la filiazione giuridica da un lato e la genitorialità naturale e la filiazione naturale dall'altro, che mettono in discussione la relazione di fatto tra madre e figlio, rischiando di non rispettare il dettato dell'art. 2 Cost.

Giustizia e intelligenza artificiale: considerazioni introduttive

Carlo Casonato *

1. Un rapporto complesso

Il tema di cui si raccolgono gli *Atti* in questa sezione della *Rivista* è molto vasto e articolato. Tanto l'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence*, d'ora in poi AI) quanto la giustizia, in particolare, si strutturano al proprio interno secondo ambiti, schemi e modelli di funzionamento assai differenti.

Da un primo punto di vista, sarebbe forse opportuno parlare di intelligenze artificiali (AIs), e non di una sola intelligenza artificiale (AI). Oltre alla fisiologica variabilità definitoria, derivante dalla diversa sensibilità e formazione degli autori che ne trattano, il fenomeno AI è infatti da intendersi in termini necessariamente plurali, variando dai più semplici sistemi esperti, che funzionano con regole esplicite secondo logiche *if-then*, fino ai più complessi dispositivi di *deep learning*, che sono costituiti da un numero spesso molto alto di unità operative altamente interconnesse fra loro, sono addestrati attraverso ampi volumi di *training data* e giungono a modificare il proprio funzionamento secondo modelli di apprendimento automatico (*machine learning*) per assolvere con maggiore efficacia al compito assegnato¹. Se tali sistemi avanzati sono i più interessanti e promettenti, anche per il grado di accuratezza e velocità con cui raggiungono i propri risultati, sono anche segnati da cifre variabili di autonomia e imprevedibilità e dal problema, rilevantissimo in ambito giurisdizionale, riconducibile alla cosiddetta Black Box: l'opacità interna al funzionamento del dispositivo che non permette di rendere trasparenti e spiegabili i passaggi che dalle premesse (input) portano ai risultati (output)². Tale profilo conduce ad una limitata conoscenza e verificabilità del "percorso argomentativo" adottato dal dispositivo che, oltre che minacciarne l'affidabilità complessiva, revoca in dubbio, visto l'obbligo costituzionale di motivazione (art. 111), la legittimità di ogni decisione giurisdizionale che su esso si sia basata.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato, la Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Trento. Mail carlo.casonato@unitn.it.

¹ Una definizione comprensiva delle diverse impostazioni, pure, può fare leva su alcune costanti: il processamento di grosse quantità di dati inseriti dall'uomo o che la macchina stessa è in grado di recuperare, la capacità di cogliere alcune caratteristiche dell'ambiente in cui è inserita; la capacità di svolgere compiti tipicamente molto complessi e di ottenere risultati in forma variabilmente autonoma e imprevedibile; la possibilità (per il *machine learning*) di modificare il proprio funzionamento al fine di migliorare le proprie prestazioni. In generale, cfr. S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, 2020, 17; J. COPELAND, *Artificial Intelligence: Philosophical Introduction*, New Jersey, 1993, 1; K. FRANKISH, W.M. RAMSEY (eds.), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge, 2014, 7; B. MARR, *The Key Definitions Of Artificial Intelligence (AI) That Explain Its Importance*, in *Forbes*, Feb 14, 2018 (<https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/02/14/the-key-definitions-of-artificial-intelligence-ai-that-explain-its-importance/#285881804f5d>). Una definizione più articolata è fornita dallo High-Level Expert Group on Artificial Intelligence nominato dalla Commissione europea nel documento su *A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, Brussels, aprile 2019 (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>). Per l'Italia, fra gli altri, si veda M.C. CARROZZA et al., *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in questa *Rivista*, 3, 2019, 243.

² Cfr., per tutti, F. PASQUALE, *The Black Box Society*, 2016.



Oltre al carattere in sé plurale della AI, anche il ruolo che assume rispetto alla giustizia può variare. Il dispositivo algoritmico, così, può costituire l'oggetto del contenzioso, come quando ci si trova a decidere su un'attività che è stata svolta o su una decisione che è stata adottata con l'ausilio di tecniche di AI di cui si dubita la legittimità³. Ma le macchine dotate di AI possono essere utilizzate anche da parte del soggetto che amministra la giustizia: assistendo il giudice (per alcuni anche sostituendolo) nell'istruire la causa, nel risolvere questioni civilistiche di valore limitato o di carattere tabellare o, in ambito penale, consigliando il giudice nella valutazione della pericolosità sociale di un accusato (per decidere sulla libertà vigilata o sul rilascio su cauzione) o nella scelta degli strumenti più adatti per la riabilitazione⁴. Ancora, in riferimento alla cosiddetta *Predictive Justice*, la AI può essere utilizzata da parte dell'avvocato per calcolare le probabilità statistiche di successo di una causa davanti ad un tribunale o per prevedere (anche in termini di *forum shopping*) quale sia la sezione o il giudice a cui sia più conveniente rivolgersi⁵.

Oltre al livello di complessità illustrato sul fronte della AI, anche il secondo corno della questione qui affrontata (la giustizia) apre una serie di problematiche legate alle caratteristiche che si vogliono attribuire alla giurisdizione e al ruolo che si preferisce assegnare al giudice. La possibilità e i margini di intervento della AI nel settore della giustizia, semplificando, si legano strettamente alla obbiettività e impersonalità o piuttosto alla discrezionalità e soggettività che si assegnano alla stessa funzione giurisdizionale. La valutazione del ruolo della AI in ambito giudiziario è così fortemente condizionata dalle idee di giudice e di giustizia accolte nell'ordinamento di riferimento, e, al fondo, dalle stesse categorie ricostruttive del fenomeno giuridico (si pensi, ad esempio, alla dicotomia giusnaturalismo-giuspositivismo). Al riguardo, in estrema sintesi, si possono contrapporre le posizioni di Leibniz, secondo cui, in un quadro di generale prevedibilità e calcolabilità universale, anche «[t]utte le questioni di diritto puro s[on]o definibili con certezza geometrica» o di Montesquieu per cui «Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur» alle assai lontane ricostruzioni del realismo giuridico o di quanti, comunque, intendono il giudice come co-creatore del diritto⁶: «[n]on si tratta di un giudice che crea il diritto tutto da sé – il

³ Si pensi, per l'Italia all'assegnazione delle sedi di docenza nel caso cd. della buona scuola (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472) o, in generale, alla responsabilità civile o penale legata agli incidenti in cui siano stati coinvolti veicoli a guida (parzialmente) autonoma.

⁴ Cfr, fra gli altri, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 63-89.

⁵ Queste tematiche sono state già oggetto di impiego e di relativa analisi negli Stati Uniti d'America, ad esempio. In Francia, invece, la legge di riforma della giustizia del 2019 (Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice) ha espressamente vietato (con la reclusione fino a 5 anni) qualsiasi utilizzo a fini di *predictive justice* di dati personali identificativi dei giudici: «Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés» (art. 33). Cfr. M. LANGFORD, M. RASK MADSEN, *France Criminalises Research on Judges*, in *In VerfassungsBlog on Matters Constitutional*, 22 giugno 2019 (<https://verfassungsblog.de/france-criminalises-research-on-judges/#:~:text=In%20March%2C%20France%20made%20a,remarkable%20five%20years%20in%20prison>).

⁶ Per tutti, si veda M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 872-893.

che sarebbe un gravissimo errore – né di un giudice del tutto impotente. Il suo è piuttosto un ruolo che definirei modesto ma creativo»⁷.

Oltre a questi aspetti, altri ancora possono essere i profili di complessità sul versante della giustizia. Le variabili da tenere in considerazione, ad esempio, possono dipendere dalle caratteristiche delle famiglie giuridiche considerate (di *civil law* o di *common law*, semplificando ancora). All'interno della stessa famiglia, o anche dello stesso ordinamento, sarebbe inoltre necessario distinguere fra giudice di merito, di legittimità e costituzionale (laddove esistente). Tali figure, infatti, rivestono ruoli, utilizzano parametri ed esercitano margini di discrezionalità molto diversi, con conseguenze rilevanti in merito all'esercizio della funzione giurisdizionale. All'interno di ogni singola figura, ancora, emergono altre distinzioni relative all'ambito considerato: civile, penale, amministrativo, contabile. In questo senso, ad esempio, le attività volte a quantificare danni materiali di limitata entità o punti di invalidità secondo il sistema tabellare sono radicalmente diverse rispetto alla valutazione della pericolosità sociale di un imputato o all'opera di estensione o di rafforzamento di un diritto individuale⁸.

Tutte tali variabili vanno tenute in considerazione quando si affronta il tema del ruolo che la AI può assumere all'interno dell'amministrazione della giustizia, ma non impediscono che si possa proporre un quadro di principi generali e di posizioni giuridiche utili per un inquadramento del tema.

2. Lo Human in the Loop

Pur con le cautele di ordine metodologico anticipate, così, questa breve *Introduzione* si basa sulla considerazione secondo cui, in ogni ordinamento e in riferimento a qualsiasi ambito, l'esercizio della funzione giurisdizionale implica necessariamente un pur variabile margine di discrezionalità, il quale deve essere attribuito, o quanto meno significativamente controllato, da un essere umano⁹. Tale posizione si fonda su ragioni di diversa natura.

Da un punto di vista tecnologico, anzitutto, va registrato come, nonostante la AI venga diffusamente percepita come dotata di precisione, oggettività e neutralità, sia la stessa letteratura scientifica specialistica a segnalare la possibilità di errori e *bias* anche gravi¹⁰. Tale profilo può essere dovuto al fattore umano, nel momento della programmazione del dispositivo, della selezione dei *training data* o della

⁷ G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2014, 16.

⁸ R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 759.

⁹ Tale profilo emerge anche solo pensando ad alcune fra le più comuni operazioni compiute tipicamente dai giudici: la sussunzione del fatto nella norma, con la necessaria selezione degli elementi rilevanti; la selezione dei precedenti, con la indispensabile scelta di quelli applicabili; la risoluzione delle antinomie, con la preferenza del criterio da adottare; la considerazione della letteratura giuridica, con la doverosa scelta delle posizioni da condividere e da rifiutare. Sulla necessità di quello che potremmo definire *Human Touch*, si permetta il rinvio a C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3, 2020, 3369-3389, da cui anche alcune considerazioni qui riassunte.

¹⁰ La letteratura al riguardo è molto ampia. Fra gli altri, D. CIRILLO et al., *Sex and gender differences and biases in artificial intelligence for biomedicine and healthcare*, in *npj Digital Medicine*, 81, 2020; Z. OBERMEYER et al., *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*, in *Science*, 366, 2019, 447-453; J. ANGIN et al., *Machine Bias, There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, in *ProPublica*, 23 maggio 2016: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.



scelta dei valori da dare alle diverse variabili da considerare nei nodi delle reti neurali. Ma può anche ricondursi al dispositivo stesso, nei casi in cui, come nel *machine learning*, esso sia in grado di processare dati esercitando un certo grado di autonomia. Il segnalato fenomeno della *black box*, inoltre, indica che, al contrario di quella umana, qualsiasi decisione giudiziaria affidata alla AI sarebbe ricorribile in Cassazione e “automaticamente” incostituzionale, in quanto non provvista di una motivazione che possa dirsi tale¹¹.

A fronte di tali dubbi, si può sostenere che il progresso tecnologico potrà risolvere nel tempo tanto i problemi dovuti a errori e *bias*, quanto quelli riconducibili alla *Black Box*. Pure, rimangono alcune incognite, questa volta riconducibili a logiche di ordine giuridico-costituzionale. Nel caso in cui, ad esempio, la parte della pubblica accusa venga svolta con l’ausilio della AI, potrà ancora farsi concretamente valere il diritto alla difesa (art. 24 Cost. it.) o al contraddittorio (art. 111, comma quarto, Cost. it.)? E vista l’importanza che la programmazione del dispositivo di AI assume in vista del risultato finale, ci si potrebbe chiedere se lo stesso diritto alla difesa in un processo con giudice algoritmico non comporti quello, in capo a tutte le parti del processo, di partecipare (in contraddittorio?) alla predisposizione del codice sorgente, alla scelta delle variabili o dei *training data* su cui far lavorare il dispositivo e alla programmazione in concreto delle reti neurali. Oppure, si potrebbe concedere alle parti di instaurare una dialettica che possa contribuire all’inserimento di input relativi alla giurisprudenza precedente, alla legislazione applicabile, agli elementi prevalenti dei fatti rilevanti, alla dottrina favorevole, al diritto comparato e così via¹². In caso di ruolo della AI all’interno della funzione giurisdizionale, anche il diritto all’appello e al ricorso (art. 111, settimo e ottavo comma, Cost. it.) dovrebbe essere ripensato: verso chi o cosa si dovrebbe esercitare? Verso un computer più potente, magari quantistico, piuttosto che verso un giudice, questa volta umano? E considerando la logica statistico-probabilistica della AI, che si basa sullo storico dei dati in essa inseriti, come potrebbe garantirsi quel misurato ma necessario processo di evoluzione del diritto che passa anche attraverso soluzioni originali e innovative? Di per sé, i dati giurisprudenziali inseriti nel sistema informatico sarebbero rivolti al passato (i precedenti). La macchina, quindi, attiverrebbe il proprio funzionamento e la propria logica di giudizio sulla base di quanto accaduto e non su quanto potrebbe accadere alla luce delle modifiche intervenute, ad esempio, a livello di sensibilità sociale o di avanzamento scientifico. La decisione automatizzata, in questo senso, rischierebbe di essere tendenzialmente conservatrice, replicando semplicemente gli schemi di regolarità statistica registrati per il passato¹³.

Anche a questi interrogativi, peraltro, sarebbe possibile dare una soluzione innovando ed aggiornando le diverse componenti di diritto sostanziale e procedurale. Ciononostante, rimarrebbero inevase altre questioni di natura ancora più sostanziale, come ad esempio quella riferita alla disposizione, non solo

¹¹ Il riferimento, ovviamente, va al sesto comma dell’art. 111 della Costituzione italiana. In termini più comprensivi, forse, potrebbe revocarsi in dubbio qualsiasi sentenza o ordinanza in cui il libero convincimento del giudice si fosse formato sulla base di atti, anche endoprocedimentali, di rilievo sostanziale.

¹² A. PAJNO et al., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in questa *Rivista*, 3, 2019, 228.

¹³ A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020, 99.



italiana, secondo cui la giustizia è amministrata «In nome del popolo»¹⁴. Tale formula, che ovviamente non equivale a dare alla giustizia una base democratico-rappresentativa diretta, ribadisce tuttavia come sia il popolo la fonte di legittimazione ultima delle funzioni statuali esercitate, appunto dallo Stato(-comunità)¹⁵. E in questo senso, la stessa motivazione sarebbe strumentale all'obiettivo di permettere ai giudici di "rendere conto" dell'esercizio della loro funzione alla fonte da cui deriva la loro investitura. Da questo punto di vista, quindi, potrebbe mai un algoritmo esprimersi in nome di un popolo?

Un ultimo motivo alla base delle criticità dell'impiego della AI nel settore giustizia si basa sul fatto che alcune qualità umane necessarie per il giudice non possano essere sostituite da componenti artificiali per quanto avanzati e sofisticati. Si può fare riferimento, a seconda delle impostazioni, all'immaginazione, alla capacità di dare vita a processi creativi, alla coscienza, intesa secondo la teoria dell'informazione integrata, alle emozioni o all'ispirazione¹⁶. E anche il beneficio del dubbio, con il correlato bisogno di verifica continua dei risultati raggiunti, la curiosità e la sana consapevolezza di "sapere di non sapere" sono caratteristiche che paiono contraddistinguere il solo giudice umano e la sua ricerca di giustizia nel caso concreto. Nei diversi ambiti, inoltre, sensazioni come l'immedesimazione e l'empatia (utili e forse necessarie per svolgere funzioni che si basano sulla comprensione degli esseri umani come quella giurisdizionale) paiono acquisizioni fuori dalla portata dell'AI¹⁷. Da questo punto di vista, proprio l'amministrazione della giustizia può portare un esempio molto significativo. L'origine della giuria, a partire dalla Magna Carta del 1215, risponde alla richiesta del corpo nobiliare di farsi giudicare non dal Re, ma attraverso «the lawful judgment of his peers»¹⁸. Una sentenza che tragga la propria legittimazione dal giudizio *dei pari* può dirsi, quindi, principio divenuto intrinseco al *due process* e, *mutatis mutandis*, al giusto processo (art. 111, primo comma, Cost. it). In tale logica, pare improponibile delegare la funzione giurisdizionale a macchinari dotati di AI. Anche se con il tempo si risolvessero i problemi di natura tecnologica segnalati e se le macchine potessero dirsi addirittura superiori nel condurre interpretazioni giuridico-algoritmiche; anche se fossero risolte le criticità di carattere giuridico grazie a un radicale ripensamento delle logiche processuali come attualmente intese, rimarrebbe sempre la distanza fra il genere umano e quello artificiale: distanza che impedirebbe di parlare di robot anche antropomorfi e dotati di AI forte o generale come di nostri pari¹⁹.

¹⁴ Oltre all'art. 101 della Costituzione italiana, si possono citare l'art. 61 della Costituzione francese del 1793 («Les lois, les décrets, les jugements et tous les actes publics sont intitulés : Au nom du peuple français, l'an... de la République française») e l'art. 25.4 della Legge tedesca sul Bundesverfassungsgerichtsgesetz tedesco («Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergehen "im Namen des Volkes"»).

¹⁵ Fra i molti, cfr. S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 914 ss.

¹⁶ Rispettivamente: Peter Ware Higgs, premio Nobel per la Fisica nel 2013; Marc Mézard, fisico, direttore della École normale supérieure di Parigi; Giulio Tononi, psichiatra e neuroscienziato italiano, direttore del Center for Sleep and Consciousness dell'Università del Wisconsin; Roberto Cingolani, fisico, ministro della transizione ecologica nel governo Draghi.

¹⁷ In generale, cfr. T. SOURDIN, R. CORNES, *Do Judges Need to be Human?*, in T. SOURDIN, A. ZARISKI (eds), *The responsive Judge: International perspectives*, in Springer, 2018, 87-120.

¹⁸ Punto 39: «Nessun uomo libero sarà imprigionato, espropriato, bandito, esiliato o altrimenti colpito, né noi [il Re Giovanni Senza Terra] andremo su di lui o su di lui manderemo, se non in base ad un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese».

¹⁹ Fra gli altri, R. CINGOLANI, *L'altra specie. Otto domande su noi e loro*, Bologna, 2019.



In questa prospettiva, anche se in termini più generali, si è mosso l'art. 22 del regolamento 2016/679 *General Data Protection Regulation* (GDPR) che prevede «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»²⁰. Se tale posizione si collega strettamente a quanto finora detto, presenta tuttavia alcune criticità. Una delle eccezioni disposte dal GDPR, in primo luogo, si basa «sul consenso esplicito dell'interessato». Tale clausola rischia di svuotare di tutela sostanziale gran parte del diritto alla presenza di una componente umana nell'adozione della decisione (*lo Human in the Loop*) vista la perdita di qualsiasi portata garantista dell'istituto del consenso informato nel settore dell'ICT, che si è trasformato, di fatto, in un *blind consent*²¹. In una epoca di diffusa de-responsabilizzazione, in secondo luogo, emerge il rischio che il ruolo dell'essere umano all'interno del procedimento di assunzione di una decisione diventi una mera formalità. Di fronte ad una tecnica percepita diffusamente, anche se erroneamente, come neutrale, oggettiva e sempre esatta è possibile, e forse probabile, che anche il giudice consideri più prudente non opporsi al risultato algoritmico, appiattendosi su di esso ed evitando, così, di esporsi personalmente e di assumere una precisa responsabilità personale²². Il rischio, insomma, è che si sviluppi un "effet moutonnier" o "sheep effect"²³ in base al quale la decisione sarebbe catturata dalla AI, la giurisprudenza soffrirebbe di un acritico conformismo verso il risultato algoritmico e il diritto allo *Human in the Loop* verrebbe svuotato, di fatto, della sua efficacia garantista.

3. La AI come occasione per riflettere sulla giustizia

A fronte di questi interrogativi e delle incognite illustrate, il convegno di cui si raccolgono qui gli *Atti* ha voluto dare inizio, all'interno delle iniziative organizzate nell'ambito del Dipartimento di Eccellenza

²⁰ Al considerando 71, il GDPR indica che l'interessato «dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona [...]». Un commento in L.A. BYGRAVE, *EU data protection law falls short as desirable model for algorithmic regulation*, in L. ANDREWS et al., *Algorithmic Regulation*, paper n. 85 della *London School of Economics and Political Science*, September 2017, 31: [http://orca.cf.ac.uk/105059/1/DP85-Algorithmic-Regulation-Sep-2017\(1\).pdf](http://orca.cf.ac.uk/105059/1/DP85-Algorithmic-Regulation-Sep-2017(1).pdf). Tale disposizione trova un diretto precedente nell'art. 15 della (ora abrogata) direttiva europea n. 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

²¹ Si permetta il rinvio a C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in questa *Rivista*, special issue 2, 2019, 719.

²² Il fenomeno è stato già oggetto di studio. In riferimento alla giustizia civile, ad esempio, si è colto il rischio che la decisione non risulti più «based on the courts rationale for individual cases, but instead be a result of pure statistical calculation in relation to the average compensation awarded previously by other courts»: C. BARBARO, Y. MENECEUR, *Issues in the use of artificial intelligence (AI) algorithms in judicial systems*, in *European Commission for the Efficiency of Justice Newsletter*, Council of Europe, n. 16, August 2018, 3; C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, 194.

²³ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, PUF, 2018, 239: «C'est l'effet moutonnier de la justice prédictive: elle pousse au conformisme et réclame plus d'indépendance d'esprit aux juges qui estiment qu'ils doivent aller à contre-courant, c'est-à-dire qui veulent simplement faire leur métier».

della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, ad un percorso di approfondimento del ruolo e dell'impatto che le innovazioni tecnologiche producono sul diritto e viceversa. Esaminando tanto le rilevanti potenzialità che la AI può offrire al fenomeno giuridico, quanto i connessi rischi, abbiamo così chiesto ad alcuni esperti del settore di approfondire il tema articolando le loro riflessioni, all'interno delle possibili menzionate articolazioni, in riferimento a tre ambiti particolarmente significativi: quelli della giustizia civile (Ugo Ruffolo), penale (Serena Quattrocchio) e amministrativa (Barbara Marchetti). Questo non solo con il proposito di dare una valutazione della tecnologia impiegata, ma anche con l'obiettivo di riflettere su cosa intendiamo, oggi, per giudice e per giustizia (Andrea Simoncini). In questa prospettiva, infatti, il tema affrontato non ci spinge solo a riflettere sulle caratteristiche più utili a che l'artificiale sia di aiuto, e non di minaccia, per l'umano, ma ci costringe a verificare la tenuta delle nostre idee di giudice e di giustizia, in modo da considerare cosa, ad esempio, potrebbe essere assistito dalla AI o addirittura ad essa delegato, e quanto invece debba rimanere un dominio dell'umano.

Pensare alla AI, ancora una volta, ci costringe a guardarci allo specchio, a ripensare a noi stessi e alle nostre categorie non esclusivamente giuridiche, al fine di riflettere non solo sul tipo di giustizia futura di cui è bene oggi porre le basi, ma, più in generale, allo scopo di comprendere che funzione complessiva potrà avere la AI nella società di domani e quale ruolo vorremmo mantenere per noi umani e per le generazioni a venire.

AI & Law – Focus on



La garanzia dello *human in the loop* alla prova della decisione amministrativa algoritmica

Barbara Marchetti*

THE ALGORITHMIC ADMINISTRATIVE DECISION AND THE HUMAN IN THE LOOP

ABSTRACT: The article aims to examine the use of artificial intelligence by public administrations in a legal context characterized by the absence of general regulation and centered on the Courts ex post regulation. Starting from a case relating to a Ministry of Education's plan based on an algorithm, it analyzes the effectiveness of the European Data Protection Regulation and the actual role of the "human in the loop" principle, considering the different types of algorithm applicable and the legal background and expertise of public officials operating with artificial intelligence.

KEYWORDS: Artificial intelligence; public administration; administrative law guarantees; human in the loop; judicial review

SOMMARIO: 1. L'impiego dell'Intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione e l'assenza di una regolazione generale – 2. Le difficoltà di una regolazione ex ante e il tentativo di una regolazione ex post: gli approdi della giurisprudenza amministrativa in ordine alla ammissibilità delle decisioni algoritmiche – 3. La pubblica amministrazione e l'utilizzo degli algoritmi – 4. Lo "human in the loop" al cospetto dell'autorità amministrativa – 5. Algoritmi model based e sistemi di machine learning alla prova delle garanzie del regolamento europeo sulla protezione dei dati personali – 6. Criticità e possibili correttivi: il ricorso avverso la decisione automatizzata dinanzi ad un decisore umano e l'importanza di un'amministrazione capace di governare l'Intelligenza artificiale.

1. L'impiego dell'Intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione e l'assenza di una regolazione generale



There is an old joke among pilots that says the ideal flight crew is a computer, a pilot and a dog. The computer's job is to fly the plane. The pilot is there to feed the dog. And the dog's job is to bite the pilot if he tries to touch the computer»¹. Il rapporto tra l'umano e la macchina che questa storia ci consegna indica una fiducia assoluta nel funzionamento dell'intelligenza artificiale, che, in realtà, oggi hanno in pochi. Al tempo stesso, nessuno di noi pensa che l'uomo possa fare a meno dei sistemi di intelligenza artificiale, dati i benefici e le potenzialità che, nelle loro molteplici applicazioni, dischiudono per la vita dell'uomo. È dunque evidente che l'interazione tra l'uomo e la macchina costituisce la combinazione necessaria per assicurare i vantaggi e minimizzare i rischi dell'impiego dell'IA.

* Professore ordinario, Facoltà di giurisprudenza, Università di Trento. Mail: barbara.marchetti@unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Da *Humans may not always grasp why AIs act. Don't panic*, in *The Economist*, 15 febbraio 2018.



Tra i soggetti che si avvalgono dei sistemi di IA per svolgere i propri compiti vi è, naturalmente, anche la pubblica amministrazione, che può utilizzarli nella propria attività di regolazione economica², nello svolgimento dei servizi pubblici (pensiamo al servizio sanitario), nell'adozione delle proprie decisioni autoritative³. In questo scritto si proverà a riflettere in particolare sull'impiego degli algoritmi nell'esercizio della funzione amministrativa e sulle garanzie che la giurisprudenza amministrativa, chiamata a pronunciarsi sulla nota vicenda del piano straordinario della scuola, ha individuato, da ultimo nella sentenza n. 881 del 2020, per conciliare il ricorso a procedure completamente automatizzate con l'esigenza di assicurare adeguate garanzie per il cittadino.

Prima di addentrarci in questa specifica questione occorre, però, muovere da una premessa sui fenomeni che qui si intende indagare, a partire dalla definizione di intelligenza artificiale. Quest'ultima è, come noto, definizione piuttosto controversa: tipicamente essa si rifà, anche nella terminologia adottata, all'idea di intelligenza umana e contempla diverse abilità che comprendono la capacità di apprendere, di astrarre, di ragionare, di usare il linguaggio. Accogliendo una definizione semplice ma basilare, in questa sede potremmo definire IA l'insieme dei sistemi (degli agenti intelligenti) che percepiscono l'ambiente che li circonda e intraprendono autonomamente azioni che massimizzano la possibilità di ottenere con successo obiettivi prefissati⁴. Data questa definizione, conviene subito dire che resterebbero escluse dal nostro discorso sia la decisione informatica⁵, in cui il supporto tecnologico rileva per il solo profilo della "forma" dell'atto, sia più in generale l'amministrazione digitale⁶, in cui pur essendo

² In argomento cfr. F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019.

³ Per una ricognizione dei diversi impieghi dell'IA da parte della p.a. cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informativi. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019. Per una riflessione generale sull'ascesa degli algoritmi e sul rapporto tra Stato, diritto e tecnologia in Italia cfr. A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; A. PAJNO e al., *AI: profili giuridici. Intelligenza artificiale: criticità emergenti e nuove sfide per i giuristi*, in *Biolaw Journal*, 3, 2019, 205; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2019; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *Biolaw Journal*, Special Issue 2, 2019, 711; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 101; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3, 2020, 3369; M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Biolaw Journal*, 1, 2019, 107; L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020.

⁴ Questa è la definizione ricavabile dal Rapporto della Commissione europea, *AI WATCH. Defining Artificial Intelligence*. In generale sul confronto esistente sulle diverse definizioni di IA v. N. PETIT, *Law and Regulation of AI and Robots: Conceptual Framework and Normative Implications*, working paper disponibile alla pagina https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2931339; S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 2nd ed., New Jersey, 2003; K. WARWICK, *Intelligenza artificiale. Le basi*, Palermo, 2015.

⁵ Se con essa si intende l'atto redatto con lo strumento informatico, questa fuoriesce dall'ambito dell'IA; diverso è il caso invece dell'atto il cui contenuto decisorio è determinato dalla macchina (elaborato elettronicamente o informaticamente), ossia il caso della decisione algoritmica. In proposito v. TAR Lazio, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

⁶ Sulla distinzione tra amministrazione digitale e amministrazione digitale algoritmica cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020.

decisivo il ricorso alla tecnologia nello svolgimento del lavoro delle p.a., le attività conoscitive e decisorie necessarie per l'esercizio dei compiti pubblici continuano a restare affidate ai funzionari amministrativi e dunque all'elemento umano.

Da una prima analisi della realtà delle amministrazioni italiane e utilizzando come banco di prova il contenzioso amministrativo potremmo essere portati a pensare che, se si considera la definizione di intelligenza artificiale appena contemplata, esse non facciano ad oggi un uso significativo di sistemi di IA.

Tuttavia, a ben guardare, in numerosi settori pubblici l'IA gioca già un ruolo significativo, sebbene in qualche caso non del tutto visibile. Troviamo, infatti, l'impiego di algoritmi nel settore della sicurezza (algoritmi-poliziotto), in quello bancario (algoritmi che segnalano anomalie indicative di possibile riciclaggio), nell'amministrazione fiscale (algoritmi che segnalano possibili rischi di frodi fiscali), in ambito sanitario⁷, in materia di contratti pubblici, nei servizi pubblici (ad esempio alcuni algoritmi sono adoperati per la determinazione delle tariffe di acqua ed energia), nell'impiego pubblico e perfino nella classificazione delle zone rosse, arancioni e gialle utilizzate dal governo per differenziare l'applicazione delle misure anti-Covid 19⁸.

A tale utilizzo da parte delle amministrazioni pubbliche di sistemi di IA non corrisponde, fino ad oggi, alcuna regolazione pubblica nazionale, nel senso che non è presente una disciplina legislativa generale. Esistono, come è noto, numerosi atti di soft law emanati dalle Istituzioni europee⁹, sono applicabili alcune disposizioni del regolamento europeo per la garanzia dei dati personali e la cybersicurezza e sono stati adottati documenti programmatici e strategici a livello nazionale, ma manca ancora, su un piano generale, una disciplina compiuta, così come è solo agli inizi una riflessione sui caratteri che una regolazione dell'IA deve avere per essere efficace e tempestiva.

⁷ Su cui v., tra gli altri, P. GUARDA, *Ok Google, am I sick?: Artificial Intelligence, e-health and data protection Regulation*, in *Biolaw Journal*, 1, 2019, 359.

⁸ In argomento cfr. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019, 35-76, in cui si illustrano le applicazioni di algoritmi nel settore pubblico; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2, 2019; F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia. La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei Big Data*, in *Diritto pubblico.*, 2019, i, 43; sulle diverse applicazioni dell'IA e le ricadute sulla discrezionalità amministrativa cfr. A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in corso di stampa; in generale v. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, Firenze, 2016.

⁹ Per una ricognizione della strategia europea in materia di IA, anche in prospettiva comparata con l'esperienza statunitense, cfr. E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2020, 29 ss.; L. PARONA, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self regulation*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2020, 70; S. FRANCA, *La regolazione dell'intelligenza artificiale in Germania: stato dell'arte e prospettive future*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 51, 2020.



2. Le difficoltà di una regolazione ex ante e il tentativo di una regolazione ex post: gli approdi della giurisprudenza amministrativa in ordine alla ammissibilità delle decisioni algoritmiche.

La circostanza che l'oggetto da regolare sia in continua evoluzione e abbia tratti inediti – ad esempio i sistemi di IA possono essere autonomi e imprevedibili, ciò che li rende parzialmente incontrollabili dall'uomo – rende estremamente complesso disciplinarli¹⁰: da un lato il Parlamento, e dunque la fonte legislativa, non ha la flessibilità né la velocità necessarie per seguire l'evoluzione tecnologica; dall'altro una regolazione del fenomeno solo da parte dell'esecutivo, attraverso fonti secondarie e in mancanza di una cornice legislativa, appare altrettanto discutibile in ragione dei possibili rischi per le libertà fondamentali e la *privacy*. Inoltre, regolare l'IA significa tante cose diverse tra loro: può significare individuare un regime giuridico per la robotica, introdurre una disciplina della responsabilità civile o penale dei sistemi di IA, prevedere limiti all'impiego di algoritmi, stabilire una regolamentazione per specifiche applicazioni di IA, come ad esempio i sistemi di riconoscimento facciale e così via.

A ciò si aggiunga la difficoltà di individuare il livello ideale per tale regolazione: che difficilmente potrà essere solo nazionale, ma che richiederà certamente un coordinamento sovranazionale o addirittura globale.

In un quadro normativo così incerto, e abitato sostanzialmente da atti di soft law¹¹, il ruolo delle Corti appare dunque fondamentale in termini di *ex post regulation*: sono, infatti, i giudici a trovarsi nella condizione di dover ricavare dall'ordinamento i principi e le regole che disciplinano il fenomeno e ad assicurare la protezione dei diritti e degli interessi lesi dall'applicazione dell'IA, non solo per i profili di responsabilità (civile e penale) ma anche – per ciò che qui maggiormente interessa – per stabilire se e in quale misura l'impiego di sistemi di IA sia compatibile con i valori costituzionali di un dato ordinamento e con le garanzie, nello specifico, tipiche del diritto pubblico¹².

Esistono numerose questioni a quest'ultimo proposito. Una prima questione riguarda il modo in cui la pubblica amministrazione si può procurare i sistemi di intelligenza artificiale di cui si avvale nella propria azione. Si potrebbe essere portati a ritenere che l'amministrazione acquisti all'esterno i sistemi di

¹⁰ Negli Stati Uniti esiste un dibattito significativo sulla regolazione dell'IA: si veda per esempio M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies*, in *Harvard Journal Law and Technology*, 2016, Spring, 353; J. DANAHER, *Is Effective regulation of AI Possible? Eight Potential Regulatory Problems*, scaricabile alla pagina <https://perma.cc/2gbn-Fvmm>.

¹¹ Tra i molti atti di soft law si ricordano OECD, Council Recommendation on Artificial Intelligence, del giugno 2019; UNESCO, Preliminary study on the technical and legal aspects relating to the desirability of a standard-setting instrument on the ethics of artificial intelligence, del marzo 2019; UNESCO, First draft of the Recommendation on Ethics of Artificial Intelligence, del settembre 2020; Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, dell'aprile 2020; Committee of Ministers, Declaration of the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes, del febbraio 2019; Commissioner for Human Rights, Unboxing AI: 10 steps to protect human rights -Recommendation of the Commissioner for Human Rights, del Maggio 2019; Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to the Automatic Processing of Personal Data, Guidelines on Artificial Intelligence and Data Protection, del gennaio 2019; CEPEJ, European Ethical Charter for the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment, del dicembre 2018. Da ultimo sulle prospettive regolatorie si veda Council of Europe Ad Hoc Committee on artificial Intelligence (CAHAI), *Towards Regulation of AI Systems*, reperibile al sito www.coe.int/cahai.

¹² Cfr. C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 711.

IA per i propri usi, sfruttando l'*expertise* dei soggetti privati che investono nella ricerca e nello sviluppo dell'IA, ma tale opzione – per quanto possa apparire per certi versi naturale – non è l'unica possibile e potrebbe rivelarsi non sempre opportuna. Le agenzie federali statunitensi, per esempio, realizzano *in house* la metà circa dei sistemi di IA che impiegano perché, perfino in un sistema tradizionalmente propenso alle esternalizzazioni e privatizzazioni, vi è il fondato timore che la scelta di affidare sempre e comunque a soggetti privati la costruzione di IA per il settore pubblico possa portare ad applicazioni che non rispondono adeguatamente alle esigenze organizzative e regolatorie della pubblica amministrazione¹³.

Un'altra questione concerne la necessità di ripensare le competenze e le abilità di una parte della forza lavoro in servizio alla pubblica amministrazione: quando e se l'IA diventa uno strumento indispensabile di lavoro ed una tecnologia destinata a permeare l'azione pubblica e la prestazione dei servizi, occorre riflettere sulla opportunità di reclutare personale che possa governare tali nuovi strumenti, poiché, come detto e come vedremo più avanti, una delle condizioni fondamentali per uno sviluppo antropocentrico dell'IA è la meta-autonomia¹⁴, ossia il mantenimento di un equilibrio tra la componente umana e la componente macchina, reso attraverso la garanzia dello "*human in the loop*".

Vi è infine la questione del modo in cui l'impiego di sistemi di IA incide sulla relazione tra amministrazione e cittadino, sullo statuto giuridico delle decisioni pubbliche adottate con algoritmi, sul patrimonio consolidato di garanzie che deve essere riconosciuto ai privati di fronte al potere pubblico¹⁵. A questi

¹³ D. FREEMAN ENGSTROM, D.E. HO, C. M. SHARKEY, M.-F. CUÉLLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, scaricabile all'indirizzo <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf>; secondo cui «building internal capacity, rather than simply embracing a default practice of contracting out for technical capacity, will be crucial to realizing algorithmic governance's promise and avoiding its perils». Se si guarda al sistema americano, si può vedere come la metà circa delle agenzie federali (45%, 64) si avvalgano di sistemi di IA per compiere analisi e monitoraggio della regolazione (Food and Drug Administration), ma anche per compiti di enforcement (ad esempio, è il caso della Security and Exchange Commission e della Custom and Border Protection), per la gestione di pubblici servizi, per finalità organizzative e per la fase di adjudication, soprattutto per procedimenti standardizzati (Social Security Administration e US Patent and Trademark Office).

Il dato interessante è che negli Stati Uniti le agenzie provvedono in buona parte in house allo sviluppo dei sistemi di IA (84 su 157). Talvolta però problemi di budget possono ostacolare o limitare lo sviluppo di sistemi di IA. Allora però oltre al contracting out è prevista la possibilità di prendere in prestito (borrow) collaborando con soggetti non commerciali o con altre amministrazioni.

Inoltre, l'esternalizzazione può porsi in tensione con alcuni valori centrali dell'amministrazione (il cui obiettivo non è solo economico ma concerne l'accesso per tutti, la qualità, la correttezza dell'agire amministrativo). Per un'analisi dei diversi impieghi dei sistemi di IA da parte dell'amministrazione federale cfr. *Government by algorithm: Artificial Intelligence in federal Administrative Agencies*, cit. Per un commento di tale report cfr. L. PARONA, *Government by Algorithm: un contributo allo studio del ricorso all'IA nell'esercizio delle funzioni amministrative*, in GDA, 2021, 1, in stampa.

¹⁴ L. FLORIDI, J. COWLS, *A Unified Framework of Five Principles for AI in Society*, Nov. 2019, scaricabile all'indirizzo <https://assets.pubpub.org/8kfahmow/c8d3cba5-8f10-4a00-894c-3a3b886ad844.pdf> che parlano di «meta-autonomy, or a "decide-to-delegate" model: humans should retain the power to decide which decisions to take: exercising the freedom to choose where necessary, and ceding it in cases where overriding reasons, such as efficacy, may outweigh the loss of control over decision-making. Any delegation should also remain overridable in principle».

¹⁵ Per un inquadramento costituzionale dell'amministrazione algoritmica cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, cit., 29.



ultimi profili si riferisce, in particolare, la giurisprudenza amministrativa da cui si muove in questo scritto, la quale ha esplorato le possibilità della amministrazione algoritmica e ne ha vagliato l'ammissibilità alla luce del quadro complessivo dei principi e delle garanzie del diritto amministrativo, primi fra tutti la trasparenza, i diritti di partecipazione, la motivazione, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva.

3. La pubblica amministrazione e l'utilizzo degli algoritmi.

Prima di esaminare gli approdi della giurisprudenza amministrativa nella vicenda ormai nota dell'algoritmo utilizzato per le assegnazioni delle sedi del piano straordinario della scuola, è bene introdurre un'altra distinzione. Essa riguarda l'uso strumentale o decisorio dell'algoritmo, intendendo con ciò il fatto che l'impiego di sistemi esperti possa intervenire sia nell'ambito dell'attività preparatoria e strumentale dell'amministrazione sia nel momento decisorio vero e proprio, porsi cioè come strumento per l'assunzione della decisione in sostituzione del funzionario.

Nel primo caso, il sistema di IA si limita a fornire informazioni o a effettuare segnalazioni che mettono poi in moto la decisione umana¹⁶.

Potremmo ritenere queste ipotesi meno problematiche di quelle in cui l'algoritmo sostituisce la decisione e così in effetti è, soprattutto quando siamo di fronte ad algoritmi *model based*, funzionanti cioè secondo *hard rules*, ossia istruzioni ben definite e non ambigue che, eseguite correttamente dalla macchina, portano ad un risultato certo e predefinito. Si pensi ad alcuni algoritmi la cui applicazione è praticamente "invisibile" e non genera problemi di sorta, dall'auto-velox, a quelli per la valutazione di prove a crocette nei concorsi pubblici, a quelli che stabiliscono il traffico sulla rete ferroviaria, a quelli che valutano le offerte nelle procedure di gara.

Tuttavia, quando il sistema di IA che assiste l'umano è *machine learning*, capace cioè di auto-apprendere e di adottare decisioni in autonomia (con ciò che questo comporta in termini di prevedibilità e opacità delle decisioni), il rapporto tra tale sistema e la decisione umana può avere implicazioni assai più problematiche.

Si pensi ad un sistema *machine learning* di segnalazione di un'anomalia nelle operazioni bancarie che determini l'avvio di un'attività di indagine da parte di un funzionario dell'autorità di vigilanza bancaria; oppure ad un algoritmo che, incrociando i dati personali del passeggero (PNR) di un volo aereo con i dati dei social media conduca l'agente della polizia di frontiera ad effettuare ispezioni supplementari nei confronti di quella persona¹⁷. Teoricamente i funzionari sono liberi, in entrambe le situazioni, di valutare l'output del sistema, di interpretarne il contenuto e di decidere di conseguenza. Tuttavia, le possibilità che l'agente di polizia possa effettivamente controllare gli esiti del funzionamento dell'algoritmo ed eventualmente individuarne gli errori sono molto ridotte; ad esempio, gli agenti

¹⁶ Sul punto cfr. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, in *Geo. I.J.*, 105, 2017, 1167; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review*, 71, 7, 2019. Secondo questi A. l'impiego di algoritmi machine-learning è per ora funzionale ad assistere il decisore umano, che dunque adotta la decisione, ma è inevitabile che gradualmente i sistemi machine learning verranno utilizzati anche per l'adjudication e la regulation.

¹⁷ L'esempio è riportato da B. WAGNER, *Liable, but Not in Control? Ensuring Meaningful Human Agency in Automated Decision-Making Systems*, in *Policy and Internet*, 11, 1, 2019, 110.

dell'agenzia europea Frontex hanno circa 12 secondi di tempo per decidere se il viaggiatore segnalato dal sistema sia o no da ispezionare ed è improbabile che decidano di non seguire le indicazioni provenienti dal sistema. E lo stesso varrà per la decisione del funzionario dell'autorità bancaria circa l'opportunità di avviare o meno un'indagine.

È stato cioè osservato, a seguito ad alcuni studi di psicologia comportamentale, che esiste nel rapporto tra umano e macchina un *anchoring effect* (o come lo chiama Garapon un *effet moutonnier*¹⁸) dovuto al forte condizionamento esercitato dalla macchina sull'umano: applicato al rapporto tra utilizzo strumentale dell'IA da parte dell'amministrazione e fase decisoria in capo al funzionario, questo significa un peso potenzialmente determinante dell'IA sull'autorità chiamata ad adottare la decisione finale.

Sempre dagli studi condotti da alcuni studiosi di psicologia, ad esempio, risulta che una persona sia portata nell'88% dei casi a rimanere della propria opinione se si confronta con un'altra persona, e invece a mutarla (nel 66 % dei casi) se a pensarla diversamente è un sistema di IA. E ciò sul presupposto di una fiducia tendenzialmente elevata nella infallibilità dei sistemi esperti¹⁹.

L'effetto di aggancio prodotto dalla fiducia nella macchina è ben esemplificato in un altro esperimento²⁰ in cui è stata testata l'influenza del noto sistema COMPAS di misurazione del rischio di recidiva assegnando gli stessi profili di imputati a due distinti gruppi di valutatori. Al primo gruppo è stato detto che COMPAS aveva classificato tali profili come *high risk*, al secondo gruppo che si trattava di profili secondo COMPAS *low risk*. La valutazione umana è risultata fortemente influenzata dalla classificazione della macchina, perché i medesimi profili sono risultati oggetto di una valutazione di rischio del 42 % superiore da parte del primo gruppo rispetto a quanto ritenuto dal secondo.

Occorre dunque considerare attentamente il modo in cui macchina e umano interagiscono anche quando l'impiego dell'IA è strumentale e preparatorio rispetto alla decisione, e non solo quando il sistema esperto sostituisce la decisione umana²¹.

Se si passa all'ipotesi in cui, invece, l'algoritmo prende anche formalmente la decisione al posto del funzionario, e dunque stabilisce l'assetto del rapporto, si ha una relazione più diretta tra la macchina e il cittadino, poiché la sfera degli interessi e dei diritti di quest'ultimo dipende direttamente da come l'algoritmo è stato costruito, da quali dati gli sono stati forniti, da come è stato allenato e da come è giunto all'output finale. Se dunque i diritti del privato dipendono direttamente dall'impiego di un sistema di IA, ancor più diventa necessario garantire nei confronti di quest'ultimo trasparenza, partecipazione, diritto alla motivazione e tutela giurisdizionale.

¹⁸ A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digital*, Paris, 2018.

¹⁹ J.M. LOGG, J.A. MINSON, A. MOORE, *Algorithm appreciation: people prefer algorithmic to human judgment*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 151, 2019, 90-103.

²⁰ M. VACCARO AND J. WALDO, *The effects of Mixing Machine Learning and Human Judgment*, *Communication of the ACM*, 62, 11, 2019, 104-110.

²¹ In questo senso cfr. C. CASONATO, *Per un'intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Milano, in corso di pubblicazione, p. 104 secondo cui «di fronte ad una tecnica percepita diffusamente, anche se erroneamente, come neutrale, oggettiva e sempre esatta è possibile, e forse probabile, che la persona incaricata di presiedere la procedura consideri più comodo e prudente non opporsi al risultato algoritmico, evitando di assumersi una responsabilità che la esporrebbe, ad esempio, a dover motivare il proprio comportamento. Il rischio, insomma, è che si sviluppi un «*effet moutonnier*» (che potremmo tradurre come effetto pecorone) in base al quale la decisione sarebbe «catturata» dalla AI e il cd. diritto al *human in the loop* verrebbe svuotato di qualsiasi contenuto garantista.



Benché sia ancora limitato il ricorso a decisioni algoritmiche²², la vicenda legata alle assunzioni nell'ambito della fase C del piano straordinario della scuola (l. 107/2015) ha prodotto – come è noto – una giurisprudenza del Consiglio di Stato che, superando un approccio di iniziale chiusura del TAR Lazio, ha saputo elaborare una prima riflessione originale sul regime giuridico applicabile alla decisione algoritmica. Su tali pronunce la letteratura di commento è stata particolarmente ricca e molte delle diverse questioni al centro delle decisioni dei giudici sono state considerate²³. Sia consentito, tuttavia, muovere qui dalla sentenza che da ultimo ha dato atto del cammino intrapreso dal giudice amministrativo (la n. 881 del 4 febbraio 2020 della VI sezione), “consolidando” le precedenti decisioni (n. 2270/2019 e n. 8472/2019) per approfondire uno degli elementi centrali su cui essa si fonda, ossia la questione della meta-autonomia.

Ciò che, in particolare, interessa capire è in che misura la garanzia dello *human in the loop* sia effettiva e praticabile nei confronti di istruttorie e decisioni adottate in base a procedure automatizzate ed algoritmiche, fino a che punto cioè l'interazione uomo-macchina (che deve esprimersi nel potere di revoca della delega da parte dell'umano) sia garantita all'interno della relazione IA-amministrazione-cittadino.

Non saranno quindi esaminate in questa sede altre questioni centrali legate all'impiego dell'IA e affrontate dal Consiglio di Stato, quale quella del rapporto tra diritto di accesso (al codice sorgente) e diritto di proprietà intellettuale; delle implicazioni della decisione algoritmica in termini di tutela dei dati; della portata del principio di legalità rispetto all'esercizio del potere amministrativo attraverso algoritmi²⁴; della esternalizzazione ai privati dello sviluppo dei sistemi di IA e delle innumerevoli implicazioni giuridiche, per esempio sotto il profilo della responsabilità²⁵.

Il Consiglio di Stato ha fissato le condizioni di ammissibilità delle decisioni algoritmiche in un percorso argomentativo che possiamo sintetizzare in cinque passaggi fondamentali: innanzitutto l'uso di sistemi esperti da parte della p.a. è ammesso ed è considerato un passaggio necessario e opportuno in ragione

²² Il contenzioso può originarsi anche nel settore delle procedure di gara e di concorso, in ragione della presenza di software che determinano l'esclusione automatica di concorrenti per ragioni non imputabili all'interessato ma al malfunzionamento del sistema di accettazione delle domande (V., ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2020 n. 3148).

²³ F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, 415; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: l'intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 6, 2019; S. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa algoritmica*, in *Diritto e società*, 2, 2020 281; 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 *Biolaw Journal*, 3, 2020, 389; A. VALSECCHI, *Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice* (nota a Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881), in *iusiniter.it*, settembre 2020; N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, 15 aprile 2020; A. SOLA, *La giurisprudenza e la sfida dell'utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, novembre 2020; V. CANALINI, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 6, 2019, 781; A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, 86.

²⁴ Su cui specificamente cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano, troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1, 5, 2019.

²⁵ E. PICOZZA, *Intelligenza artificiale e diritto. Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2019, 1657 ss.

dei vantaggi che producono in termini di rapidità, certezza e neutralità, soprattutto a fronte di enormi quantità di dati o di procedure standardizzate.

In secondo luogo, la circostanza che a tali strumenti di IA non sia applicabile la disciplina della legge 241/90, con le garanzie che essa dischiude, non può essere una ragione per vietare l'impiego degli algoritmi, poiché tale normativa nasce in un momento storico in cui la pubblica amministrazione non aveva l'opportunità di avvalersi dell'IA.

In terzo luogo, L'ammissibilità dei sistemi di IA non deve essere limitata alle decisioni vincolate, ma si estende anche a quelle caratterizzate da discrezionalità, quantomeno tecnica.

In quarto luogo, il ricorso agli algoritmi va inquadrato in termini di modello organizzativo: si tratta dunque di una diversa modalità di esercizio del potere autoritativo previsto dall'ordinamento, e dunque la scelta di tali strumenti non richiede una specifica ed espressa previsione legislativa.

Infine, l'apertura agli strumenti di IA nella funzione pubblica non significa sottrazione delle decisioni algoritmiche ad un regime pubblicistico di controllo e di *explainability*, ma la loro sottoposizione a regole, diverse da quelle individuate dalla legge 241/90, in grado di assicurare la compatibilità delle procedure e decisioni algoritmiche con il patrimonio delle garanzie proprie di un diritto amministrativo costituzionalmente orientato²⁶.

La ricerca di tali regole porta il Consiglio di Stato a considerare la disciplina contenuta nel Regolamento europeo per la tutela della privacy (General Data Protection Regulation, d'ora in avanti GDPR) scomponendola nelle seguenti garanzie: a) la pubblica amministrazione deve garantire *la piena conoscibilità dei criteri applicati* e del modello utilizzato; b) la decisione deve poter essere *imputata all'organo titolare del potere*; c) quest'ultimo deve poter svolgere *la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti* affidati²⁷.

Più specificamente, secondo il Consiglio di Stato, la conoscibilità deve intendersi sia con riferimento alla p.a. che decide di affidarsi ad una procedura basata su un algoritmo, sia avendo riguardo al destinatario degli esiti della decisione automatizzata. Essa inoltre implica conoscibilità di tutti gli aspetti, compresi i suoi autori, i dati immessi (input) e considerati rilevanti, il procedimento usato per l'elaborazione, il meccanismo di decisione, le priorità assegnate. Infatti, i criteri, i presupposti e gli esiti di tale procedura devono essere conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge e devono, inoltre, poter essere sindacati dinanzi ad un giudice (p.to 10).

Ciò implica che la formula tecnica incorporata nell'algoritmo (la cui comprensione presuppone abilità informatiche, statistiche, matematiche) deve essere spiegata in modo da tradurla in "regola giuridica".

²⁶ Pensa che le categorie tradizionali del diritto amministrativo siano inadeguate ad inglobare le innovazioni prodotte dall'avvento dei sistemi di IA nell'amministrazione e che l'innovazione prodotta dai sistemi esperti modificherà il diritto amministrativo E. PICOZZA, *Intelligenza artificiale e diritto. Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, cit., 1658.

²⁷ Sulle garanzie previste dal GDPR nei confronti delle decisioni automatizzate cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 4; P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination Under EU Law*, in *CMLR*, 2018, 55, 1143; B. CASEY, A. FARHANGI, R. VOGL, *Rethinking Explainable Machines: The GDPR's "Right to Explanation" Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise*, in *Berkeley Technology Law J.*, 2019, 34:143, 144; S. WATCHER ed al., *Why a Right to explanation of Automated Decision-making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *Int'l Data Privacy L.*, 2017, 76.



Secondo il Consiglio di Stato, in considerazione di questa esigenza, non può assumere rilevanza, in senso contrario, la riservatezza delle imprese produttrici (o le regole sulla proprietà intellettuale), le quali devono cedere di fronte alle esigenze di trasparenza della p.a.

Sono del resto gli artt. 13 e 14 del Regolamento europeo 679/2016 a stabilire che, di fronte ad una procedura automatizzata, il privato deve poter conoscere le «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste da tale trattamento per l'interessato»²⁸. E tale principio di conoscibilità deve intendersi in termini di principio di comprensibilità.

Tale garanzia è completata dall'art. 15 del medesimo regolamento, il quale non solo prevede un diritto azionabile in capo all'interessato (e non il mero obbligo in capo al titolare del trattamento), ma anche di acquisire informazioni per tutto il corso della procedura automatizzata e anche in seguito all'adozione della decisione.

Il diritto di accesso alle informazioni si accompagna poi all'altra garanzia essenziale a fronte di una decisione automatizzata che incide sui suoi interessi, ossia il diritto della persona a non essere sottoposta ad una decisione interamente automatizzata senza il coinvolgimento umano, il diritto cioè alla supervisione di un umano. Questo non significa solo che deve essere assicurata l'imputabilità della decisione in capo ad un umano (profilo della responsabilità), ma che questo umano deve essere in grado di verificare la logicità e la legittimità della decisione algoritmica.

Questa condizione – intesa come espressione del principio di non esclusività della decisione algoritmica (p.to 11.2) – comporta, secondo il Consiglio di Stato, che, nel processo decisionale, debba comunque esserci una persona che possa «controllare, validare o smentire (discostarsi) dalla decisione automatica», ossia che possa revocare la delega alla macchina e riappropriarsi della decisione.

L'affermazione di queste nuove garanzie si accompagna, peraltro, ad una rinuncia cruciale: escono, infatti, di scena per questi procedimenti gli *hearing rights*, cioè i diritti di partecipazione. Il passaggio, per quanto necessario e forse naturale in considerazione delle caratteristiche delle decisioni algoritmiche, le quali non ammettono una partecipazione nelle forme classiche di un contraddittorio (orale o scritto), costituisce un sacrificio molto significativo per il destinatario della misura, che forse in un'ottica di bilanciamento potrebbe non essere sempre *giustificato*: per esempio, se a fronte di procedimenti standardizzati a basso contenuto discrezionale la sua compressione potrebbe essere ragionevole, lo stesso potrebbe non valere per provvedimenti afflittivi con un contenuto discrezionale significativo, i quali dunque non si presterebbero, in questa logica, ad essere sostituiti da provvedimenti del tutto automatizzati.

²⁸ Sul diritto alla explainability e sulla sua portata controversa (nel senso cioè che esso non implica necessariamente un diritto alla spiegazione della decisione individuale) cfr. M.E. KAMINSKI, G. MALGIERI, *Multi-layered Explanations from Algorithmic Impact Assessments in the GDPR*; F. SOVRANO, F. VITALI, M. PALMIRANI, *The difference between Explainable and Explaining: requirements and challenges under the GDPR*, in XAILA 2019 Explainable AI in Law 2019. Proceedings of the 2nd Explainable AI in Law Workshop (XAILA 2019) co-located with 32nd International Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2019), Aachen, CEUR-WS.org, «Ceur Workshop Proceedings», 2019, 2681, 1; F. SOVRANO, F. VITALI, M. PALMIRANI, *Modelling GDPR-Compliant Explanations for Trustworthy AI, in Electronic Government and the Information Systems Perspective*, Cham, «Lecture Notes In Artificial Intelligence», 2020, 12394, 219-233.



4. Lo “human in the loop” al cospetto dell’autorità amministrativa.

Prima di esaminare in che misura la garanzia dello *human in the loop* possa operare al cospetto di una pubblica amministrazione che faccia uso di un sistema di IA e interrogarsi sul ruolo che il funzionario pubblico può concretamente svolgere in termini di guardiano della macchina, una prima precisazione riguarda il *richiamo* e al contempo il *superamento* della disciplina contenuta nell’art.22 del Regolamento europeo da parte del nostro giudice amministrativo.

Nel GDPR, infatti, il divieto di decisioni esclusivamente automatizzate soffre di tre eccezioni di portata amplissima, rappresentate dai casi in cui la decisione automatizzata sia necessaria per concludere un contratto (a), oppure sia autorizzata dal diritto dell’Unione o dello Stato membro (b) o ancora sia intervenuto il consenso esplicito dell’interessato²⁹.

È evidente che si tratta di eccezioni così estese da poter neutralizzare la garanzia stessa prevista dall’art. 22.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, invece, è stata chiara nell’affermare che una decisione completamente automatizzata suscettibile di incidere sui diritti degli interessati risulta di per sé *incostituzionale*, a prescindere dalla violazione della disciplina fissata nella legge 241/90: così facendo, i giudici hanno imposto – a livello nazionale – una tutela maggiore di quella europea³⁰.

Per verificare se, nel caso di decisioni pubbliche, possa dirsi presente la garanzia di un umano in grado di controllare la decisione, di disporre dell’autorità e della competenza necessarie a cambiare la decisione e di considerare tutti i dati rilevanti al fine di correggere la macchina quando questa sbaglia, occorre affrontare tre diversi profili.

Il primo è di carattere generale, e impone di interrogarsi su come si concili la garanzia dello HITL con sistemi di *machine learning*, cioè con sistemi di IA che funzionano sulla base di algoritmi capaci di auto-apprendere. A fronte di sistemi esperti con tali caratteristiche, operanti cioè secondo processi decisionali che restano opachi e non prevedibili per gli stessi programmatori – contraddistinti cioè dalla c.d. *black box* – occorre verificare le effettive possibilità per l’umano di mettere in discussione i risultati cui è pervenuta la macchina, controllare la correttezza dei dati immessi, e correggere gli output (o eliminare il *bias*, cioè l’effetto discriminatorio)³¹.

Il secondo ha a che vedere con la circostanza che la p.a. generalmente esternalizza a soggetti privati la costruzione dei sistemi di IA che utilizza, sicché, rispetto alla macchina, occorre domandarsi chi sia – tra il funzionario amministrativo e il costruttore del codice sorgente – l’umano che deve mantenere il controllo sul funzionamento del processo.

²⁹ Sottolinea l’eccessiva latitudine di queste eccezioni A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, cit., 30.

³⁰ A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, cit., 29, il quale ricorda come il divieto di una decisione completamente automatizzata venga fatto derivare dai valori costituzionali ricavabili dagli artt. 3, 24 e 97, oltre che dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo.

³¹ Secondo quanto si legge nelle linee guida stabilite dall’art. 29 Working party «To qualify as human intervention, the controller must ensure that any oversight of the decision is meaningful, rather just a token gesture. It should be carried out by someone who has the authority and competence to change the decision. As part of the analysis, they should consider all the available input and output data»: così B. WAGNER, *Liabile, but Not in Control? Ensuring Meaningful Human Agency in Automated Decision-Making Systems*, in *Policy and Internet*, 11, 1, 2019, 104.



Infine, se deve essere il funzionario pubblico, come parrebbe, cioè l'utente finale del sistema, a controllare l'IA, occorre riflettere sul tipo di competenze matematiche ed informatiche che dovrebbero sussistere in capo al medesimo per evitare la cattura dell'umano da parte della macchina (c.d. effetto aggancio prima richiamato), sia quando l'intelligenza artificiale opera in fase istruttoria sia quando sostituisce del tutto la decisione umana.

Per affrontare tali questioni vorrei riprendere anzitutto la definizione di decisione algoritmica, perché nella giurisprudenza che si interroga sulla ammissibilità di tali decisioni e sul loro regime giuridico, esse vengono intese come un insieme indistinto.

In realtà, stabilire le regole cui questo tipo di atti devono rispettare e riflettere sulla necessità di garantire rispetto ad esse lo HITL non può prescindere da una distinzione fondamentale tra algoritmi *model based*, fondati su *hard rules* (che sono relativamente semplici) e sistemi *machine (e deep) learning*, anch'essi fondati su algoritmi, ma caratterizzati – come si diceva poc'anzi – dalla capacità di autoapprendimento della macchina, di autonomia di giudizio, il cui funzionamento è imperscrutabile e imprevedibile allo stesso disegnatore³².

I sistemi *deep learning* si basano, per esempio, su reti neurali (artificiali) le quali simulano – secondo modelli matematici – i collegamenti dei neuroni cerebrali umani, riuscendo a ricavare, da una quantità enorme di dati (input) conseguenze (output) che sono l'esito della capacità della macchina di autoapprendere e di selezionare (sulla base dell'esperienza) gli output ottimali per raggiungere un determinato obiettivo.

Le due tipologie di sistemi di IA – *model based* e *machine (deep learning)* – pongono problemi e sfide del tutto diversi quando impiegati dalla pubblica amministrazione. Un esempio ci aiuta a chiarire.

5. (Segue). Algoritmi model based e sistemi di machine learning alla prova delle garanzie del regolamento europeo sulla protezione dei dati personali

Si consideri un algoritmo creato per stabilire quali studenti ammettere in una data Università (ma in termini analoghi potremmo pensare ad un algoritmo costruito per decidere chi ha diritto ad un sussidio o a ricevere una data autorizzazione). Cominciamo con il considerare il funzionamento di un algoritmo funzionante in base ad *hard rules* e individuiamo questa come l'ipotesi A.

In questo caso, l'algoritmo viene costruito sulla base di una sequenza di istruzioni, definite e non ambigue, che possono essere eseguite meccanicamente dalla macchina al fine di produrre un determinato risultato³³. Supponiamo che per individuare quali studenti ammettere ad una determinata istituzione

³² In tema cfr. Y. BATHAEE, "The Artificial Intelligence Black box and the Failure of Intent and Causation", in *Harvard Journal of Law and Technology*, 31, 2, spring 2018, 890 ss.

³³ Generalmente queste istruzioni sono inserite secondo la logica booleana classica, che riconosce due valori, vero o falso, acceso o spento, 0 o 1 e così via. Qualche volta invece gli algoritmi sono costruiti secondo la logica fuzzy (o logica sfumata) secondo cui si ammette che un oggetto sia contemporaneamente vero e falso, ma con diversi gradi (o valori) di verità o di appartenenza. Per esempio dato l'insieme da 0 a 1 (per giovane) un neonato avrà un valore di 1, un diciottenne un valore di 0.5, un sessantenne un valore di 0,10. Quando l'algoritmo è costruito secondo una logica fuzzy, secondo i computer scientists, esso potrebbe assicurare un grado di explainability maggiore. In argomento, cfr. R. CHIMATAPU, H. HAGRAS, A. STARKEY, G. OWUSUM, *Explainable AI and Fuzzy Logic Systems, Conference Paper*, in *Conference on theory and practice of Natural Computing*, 2018, TPNC 2018, Lectures Notes in Computer Science, vol. 11324; J. ADAMS, H. HAGRAS, *A Type-2 Fuzzy Logic Approach to*



universitaria si utilizzino tre dati: il risultato conseguito nel test universitario, la media dei voti (o il voto finale) della scuola superiore e un terzo punteggio numerico assegnato a ciascun candidato sulla base della difficoltà del percorso scolastico (si può accordare, per esempio, un punteggio più alto per alcuni tipi di liceo, medio per altri tipi di liceo e più basso per gli altri istituti scolastici).

Alla macchina viene detto di moltiplicare per cinque il risultato del test, per sei la media dei voti (o il voto di maturità) e poi di aggiungere il punteggio legato alla difficoltà del percorso scolastico moltiplicato per tre. In esito a queste operazioni di calcolo ponderato, vengono ammessi all'Università gli studenti che si trovano nel 10% alto della lista dei candidati.

A fronte di un algoritmo di questo tipo, come è evidente, il sistema di IA si comporta come un calcolatore potente, che sa elaborare con una velocità di calcolo superiore a quella umana, i dati immessi traducendoli in output prevedibili dal programmatore. Naturalmente ciò non significa che in assoluto questo sistema sarà esente da qualunque problema, né che sarà certamente rispondente all'interesse pubblico: potremmo avere, ad esempio, errori nella creazione dell'algoritmo – ad esempio per l'immissione di istruzioni errate – oppure potrebbe essere irragionevole la scelta operata in fase di determinazione dei criteri se si stabilisse, irragionevolmente, che un certo percorso di studi pesi sproporzionatamente di più di un certo altro percorso di studi.

Ciò che rileva ai nostri fini, tuttavia, è che rispetto a questo tipo di algoritmi, l'esito è *certo e prevedibile*, ed il processo che dagli input porta all'output è stabilito dal programmatore secondo la sequenza “*if-then*”³⁴.

Per tali ragioni, questi algoritmi *model based* non pongono problemi di *explainability*: l'umano è, infatti, in grado di spiegare quali sono i criteri per l'ammissione all'Università, quali i fattori valutati e in che modo essi sono stati ponderati, così come di correggere eventuali illogicità o illegittimità delle decisioni, ad esempio, accorgendosi che, dati certi input, l'output non è corretto per un'errata impostazione dei dati.

Su un modello simile era fondato l'algoritmo “incriminato” per il piano straordinario della scuola. In questo caso, resta da capire, a fronte della esternalizzazione della costruzione del sistema di IA, come e se il funzionario amministrativo che in concreto sta impiegando l'algoritmo sia in grado di avere il controllo del funzionamento della macchina e di correggerne l'eventuale esito errato.

Se, infatti, sul piano degli input, sarà la p.a. a decidere (anche esercitando la propria discrezionalità tecnica) i fattori rilevanti e il loro peso – nell'ipotesi A, per esempio, sarà stato *frutto di discrezionalità tecnica la decisione dell'amministrazione di attribuire un determinato punteggio ai diversi percorsi scolastici* (diversi tipi di licei, altri istituti scolastici, istituti tecnici) – e dunque a fornire i criteri per la costruzione del codice sorgente, non è altrettanto sicuro che il funzionario pubblico abbia le competenze necessarie (e adeguate) per controllare, dati gli input, il funzionamento dell'algoritmo e la correttezza degli output.

In questa logica, ci si dovrebbe dunque interrogare sulla opportunità di assicurare un rapporto di collaborazione tra funzionario (incaricato di quel procedimento) e soggetto privato (cui è stata

Explainable AI for Regulatory Compliance, Fair Customer outcomes, and Market Stability in the Global Financial Sector, 2020 IEEE International Conference on Fuzzy Systems, scaricabile al sito <https://ieeexplore.ieee.org/xpl/conhome/9171991/proceeding>.

³⁴ K. WARWICK, *op.cit.*, 93 ss.



esternalizzata la creazione dell'algoritmo) non solo in fase di *design* e di trasmissione dei dati (input), ma anche nella fase di applicazione del sistema, a compensare l'eventuale impossibilità per il funzionario amministrativo – che abbia una formazione non specifica – di operare la supervisione necessaria sulla macchina.

Il problema cambia qualitativamente in caso di sistemi *machine* e *deep learning* (basati cioè su algoritmi che auto-apprendono), corrispondente alla ipotesi B.

Prendiamo la medesima procedura di ammissione all'Università utilizzata prima: si danno al computer gli stessi dati (risultato test universitario, media voti scuola superiore, punteggio per difficoltà del percorso scolastico) ma, in aggiunta, si immettono nel sistema i dati dello storico delle ammissioni, consentendo che da questi il computer riceva ed estrapoli ulteriori dati (che potrebbero riguardare, ad esempio, elementi e caratteristiche dei profili degli studenti ammessi, quali il genere femminile o maschile, la zona geografica di provenienza, l'appartenenza ad una certa etnia) i quali permettono al sistema di apprendere e selezionare, attraverso connessioni interne alla propria rete neurale non intellegibili al programmatore (di qui, appunto, l'immagine della *black box*³⁵), gli esiti ottimali (output).

Attraverso questo processo decisionale complesso, il sistema giungerà a premiare taluni candidati a svantaggio di altri, senza che sia possibile comprendere, però, la ragione per cui è giunto ad una determinata scelta piuttosto che ad un'altra. In questo caso, è evidente che *transparency* ed *explainability* non sono garantite: anzi, tanto maggiore è la complessità delle reti neurali e la quantità dei dati inseriti, minore sarà la possibilità di comprendere perché, dati quegli input, si è giunti a certi output.

La macchina, infatti, non spiega le ragioni delle proprie scelte.

Ciò è problematico su più fronti: da un lato, in termini generali, per effetto della autonomia della macchina nell'apprendere dai dati, potrebbe generarsi il rischio di *bias*: ad esempio, se nell'ipotesi della procedura di selezione, lo storico delle ammissioni dovesse mostrare una prevalenza di studenti ammessi di sesso maschile, il sistema potrebbe eleggere tale dato di genere come dato rilevante per le successive selezioni, senza che da parte dell'amministrazione fosse presente alcuna volontà di premiare tale elemento, e talvolta persino nell'ipotesi in cui l'Università abbia un interesse specifico ad invertire tale fattore³⁶.

³⁵ F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge; London, 2016.

³⁶ Royal Society, *Machine Learning: The Power and Promise of Computers that Learn by Example*, Report (Apr. 2017). Interessante, in proposito, è il caso dell'algoritmo Ofqual (Office of Qualification and Examinations Regulation) con cui nel Regno Unito si era deciso di calcolare il voto finale di maturità nell'estate 2020 in ragione della impossibilità dello svolgimento degli esami legata alla Pandemia da Covid-19. La pubblicazione dei risultati ha mostrato come nel 40 % dei casi l'algoritmo avesse prodotto votazioni inferiori alle previsioni fatte dagli insegnanti (anche di due classi inferiori) e come ciò si fosse tradotto in una discriminazione per gli studenti provenienti da scuole pubbliche e da contesti sociali più svantaggiati. La costruzione dell'algoritmo si basava, in particolare, sul riconoscimento di un peso determinante non tanto al curriculum scolastico del singolo studente ma al rendimento accademico delle scuole di provenienza. A seguito delle proteste in Scozia e in Inghilterra, il 17 agosto 2020 il Segretario di Stato per l'istruzione G. Williamson ha stabilito che OFQUAL accetti gli studenti in base al voto degli insegnanti invece che in base all'algoritmo.



Inoltre, la mancanza di trasparenza e di “spiegabilità” impedisce ai candidati non ammessi di difendersi di fronte all’esclusione, non potendo contare sulla comprensibilità delle ragioni alla base della decisione adottata dall’istituzione universitaria per poterle contestare dinanzi ad un giudice³⁷.

Infine, nella prospettiva che qui si è privilegiata della esigibilità della garanzia dello *human in the loop*, pare evidente che la *explainability* costituisce anche la condizione necessaria per la supervisione e l’eventuale correzione del funzionamento del sistema³⁸. Tendenzialmente, infatti, solo se l’umano è in grado di comprendere il modo in cui il sistema di IA decide (e può avere fiducia in esso solo se ne comprende il funzionamento), può operare un controllo effettivo sulla macchina e, nel caso, revocarle la delega e correggerne gli output³⁹.

Da questo punto di vista, per i sistemi *machine learning* le difficoltà di garantire lo HITL sono ben maggiori rispetto a quanto osservato per i più semplici sistemi *model based*, perché nonostante gli sforzi dei *computer scientists* per rendere più comprensibile il funzionamento di tali sistemi esperti, non solo il funzionario amministrativo che impiega il sistema *machine learning*, ma lo stesso disegnatore e sviluppatore incontra un ostacolo nella imprevedibilità dei processi decisionali che ne rende impossibile la supervisione e la correzione.

Se questo è vero, la garanzia assicurata dallo *Human in the Loop*, ossia dalla interazione uomo-macchina vacilla e, stando agli approdi della giurisprudenza amministrativa, diventa necessaria una riflessione supplementare in ordine alla compatibilità tra sistemi *machine learning* e azione amministrativa. In questa riflessione, entrano diversi piani.

Per le ragioni che si sono evidenziate, anzitutto, andrebbe promosso, in generale, uno sviluppo delle competenze interne alla pubblica amministrazione, in grado di assicurare una maggiore consapevolezza e padronanza dei sistemi di IA, sia in fase di progettazione e conferimento dei dati, sia sul fronte del loro concreto utilizzo: la introduzione di abilità informatiche e matematiche adeguate nella forza lavoro della p.a. avrebbe l’effetto di rendere possibile, una volta sviluppato il sistema di intelligenza artificiale, un controllo effettivo sul suo funzionamento e sui suoi *output*⁴⁰.

In secondo luogo, occorrerebbe procedere alla formulazione di principi e linee guida che orientino la p.a. non solo sul versante del rapporto con il cittadino ma sul versante interno, fornendo una cornice unitaria entro cui collocare le scelte sul ricorso all’IA, i vantaggi e gli svantaggi connessi ai diversi sistemi esperti, la tipologia di procedure sostituibili con procedure automatizzate, la questione dei dati

³⁷ Ancora prima, il provvedimento sarebbe illegittimo perché senza motivazione. Cfr. C. CASONATO, *Per un’intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, cit., 96; A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, cit., 32.

³⁸ L. FLORIDI, J. COWLS, *A Unified Framework of Five Principles for AI in Society*, cit.; per un adattamento del principio di trasparenza al fine di ammettere sistemi machine learning nella pubblica amministrazione cfr. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review*, 71, 1, 2019.

³⁹ Tale controllo, peraltro, è anche il presupposto necessario per contenere i rischi di discriminazione algoritmica legati al machine learning: è sempre il Consiglio di Stato p.to 11, sentenza 881/2020), richiamando il considerando 71 del regolamento 679/2016, ad esigere dal titolare del trattamento le misure tecniche e organizzative adeguate al fine di scongiurare i possibili effetti discriminatori delle decisioni automatizzate e a presumere una “necessaria Cooperazione” a tal fine tra la pubblica amministrazione e chi ha istruito la macchina che ha prodotto la decisione.

⁴⁰ In questi termini, cfr. anche S. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico-privato nell’adozione e nel controllo della decisione amministrativa robotica*, cit., 298.



utilizzabili, i rapporti con il privato affidatario, le implicazioni dell'impiego di intelligenza artificiale sul piano della responsabilità del funzionario e così via.

In questo senso, per esempio, il recente *Executive Order on Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in the Federal Government* statunitense, emanato il 3 dicembre del 2020, può essere d'ispirazione, nella formulazione dei suoi nove principi-guida.

Tramite esso, si obbliga l'amministrazione ad un ricorso all'IA il più possibile consapevole e orientato ai valori pubblicistici. In particolare, è richiesto alle agenzie di operare un bilanciamento costi benefici (in cui i benefici devono superare i rischi ed i rischi devono comunque essere accertabili e gestibili) prima di ricorrere ad un sistema esperto; le agenzie sono tenute ad assicurare che le operazioni e gli esiti delle applicazioni di IA siano "sufficientemente comprensibili" da parte degli esperti e degli utilizzatori; inoltre, è previsto che le responsabilità siano ben definite, comprese e correttamente assegnate per il design, lo sviluppo, l'acquisizione e l'uso dell'IA, così come gli input e output devono essere il più possibile tracciabili e documentati; ancora, ogni applicazione di intelligenza artificiale deve essere *costantemente* monitorata, supervisionata, ed eventualmente disattivata se contrastante con alcuno di tali principi.

L'*order* fissa poi un principio di trasparenza in capo alle agenzie in ordine all'impiego di applicazioni di IA (sia rispetto al Congresso che rispetto al pubblico), che peraltro deve essere compatibile con la protezione della privacy e con le normative in materia di polizia, di sicurezza nazionale o di informazioni protette.

Infine, è stabilito che le agenzie federali apprestino adeguate salvaguardie per un impiego corretto dei sistemi esperti oltre che una formazione del proprio personale funzionale ad assicurare design, sviluppo, acquisizione ed impiego responsabili delle applicazioni di IA.

Ora, benché alcuni di tali principi appaiano vaghi e non del tutto definiti, essi ciò nonostante fissano una prima cornice di riferimento utile per il settore pubblico, entro cui stabilire regole più di dettaglio relative alle diverse agenzie federali e alle specifiche applicazioni di IA in uso al loro interno.

Inoltre, l'esempio nordamericano pone l'accento sulla prospettiva organizzativa interna, cioè quella che guarda alle scelte a monte in tema di affidamento esterno o *in house* dei sistemi di IA, di individuazione delle responsabilità tra umano e macchina nei processi decisionali, di formazione della forza lavoro per governare i sistemi esperti, tutte questioni che sono ancora poco sviluppate nel dibattito italiano e che tuttavia appaiono cruciali per un utilizzo consapevole, razionale e costituzionalmente orientato dei sistemi di IA nel settore pubblico.

6. Criticità e possibili correttivi: il ricorso avverso la decisione automatizzata dinanzi ad un decisore umano e l'importanza di un'amministrazione capace di governare l'Intelligenza artificiale.

L'applicazione di sistemi di IA nei processi decisionali della p.a. pone sfide inedite e richiede un ripensamento delle tradizionali garanzie offerte ai privati di fronte all'azione amministrativa. Questo ha portato il Consiglio di Stato a rimodulare i principi del giusto procedimento contenuti nella legge 241/90 per adattarli alla realtà delle decisioni basate su algoritmi.



In questo scritto si è cercato di riflettere, in particolare, sulla applicazione problematica del principio di non esclusività della decisione automatizzata, in ragione, da un lato, della mancanza di adeguate abilità informatiche e matematiche all'interno della p.a. e, dall'altro, della oggettiva impossibilità di assicurare l'interazione con l'umano, lo *human in the loop*, in caso di sistemi *deep e machine learning*. In ordine al primo aspetto, pare urgente avviare una riflessione sulla opportunità di dotare l'amministrazione di esperti in grado di governare i sistemi di intelligenza artificiale: ciò assicurerebbe non solo una maggiore consapevolezza in ordine ai rischi e ai benefici legati alle scelte circa l'impiego di IA nel settore pubblico, ma anche una capacità concreta di controllarne il funzionamento (e correggerne gli esiti) nelle applicazioni pratiche.

In ordine al secondo aspetto, di complessità maggiore, si possono immaginare due opzioni: la prima va nella direzione dell'esclusione dell'utilizzo di sistemi *machine-learning* da parte della p.a. per la loro inconciliabilità con il principio di *explainability*⁴¹ e con la necessità di garantire lo HITL. Questa posizione di chiusura rischia, però, di limitare fortemente il potenziale dell'IA nel settore pubblico, dato che renderebbe tendenzialmente inutilizzabili tali sistemi perfino quando questi operano in funzione strumentale e preparatoria.

La seconda non ne precluderebbe l'applicazione, ma imporrebbe la previsione di ulteriori meccanismi e procedure in grado di compensare il loro deficit in termini di *explainability* e di contenimento dei rischi, anche discriminatori, che possono accompagnarne l'utilizzo nell'azione amministrativa.

Su questo fronte, oltre ai progressivi sforzi dei *computer scientists* sul piano dell'*explainable AI*, si può provare ad indicare alcune misure specifiche per il settore pubblico, frutto delle riflessioni compiute anche in altri Paesi.

Una potrebbe essere la previsione (già contemplata in Francia dal *Conseil Constitutionnel*⁴²) di un ricorso amministrativo avverso la decisione automatizzata dinanzi ad un decisore umano. Tale ricorso, interno alla p.a., dovrebbe essere possibilmente rapido, flessibile, informale ed economico. Attraverso di esso, la garanzia dello HITL sarebbe recuperata in un secondo momento, assicurando una verifica successiva da parte dell'umano. Tale soluzione presenta, però, degli inconvenienti: da un lato, proprio in ragione della complessità del sistema esperto, la correzione dell'*output* richiede in capo all'umano la capacità di replicare il processo decisionale compiuto dall'algoritmo.

D'altro canto, di fronte ad un sistema *machine-learning* che ha funzionato male o che contiene *bias*, il ricorso – pur se attivato da un singolo individuo – avrà probabilmente l'effetto di inficiare l'intero esito della procedura automatizzata di massa, vanificando le finalità di celerità ed efficienza per cui si era fatto ricorso all'IA.

⁴¹ In Francia, con una riforma del 2016 (*Loi pour une République numérique*, finalizzata a garantire la trasparenza a fronte di procedure e decisioni algoritmiche), è stato introdotto l'obbligo per le p.a. sia di pubblicare le informazioni sugli algoritmi utilizzati (obbligo che comprende la pubblicazione dei criteri e della logica cui è informato il funzionamento della macchina) sia l'obbligo di assicurare ai privati interessati la piena conoscibilità dell'algoritmo, con la conseguenza che l'amministrazione sarebbe chiamata a non impiegare algoritmi il cui funzionamento non può essere spiegato compiutamente al cittadino. Sul punto cfr. S. TRANQUILLI, *op. cit.*, 308.

⁴² *Conseil Constitutionnel* n. 2018-765, riportata da S. TRANQUILLI, *op. cit.*, 309. L'A. riporta anche il caso giunto all'attenzione del *Conseil Constitutionnel* (CC n.2020-834) relativo al sistema *Parcoursup* utilizzato per valutare le domande di ammissione all'Università da parte degli studenti delle scuole superiori.



Un altro possibile correttivo (ricavabile anch'esso dal GDPR, che lo prevede con riferimento ai dati trasmessi per la decisione automatizzata nell'art. 35⁴³) potrebbe consistere nella sottoposizione dei sistemi esperti ad un *Algorithmic Impact Assessment* (AIA). Tale valutazione potrebbe essere imposta dalla legge alla pubblica amministrazione, la quale prima di avvalersi di procedure basate su sistemi di *machine learning* (ma anche di algoritmi *model based*) sarebbe tenuta a verificarne la tenuta sul piano dei possibili *bias*, della correttezza e della compatibilità con i valori pubblicistici⁴⁴. Ciò potrebbe implicare per esempio la verifica dell'accuratezza dell'algoritmo attraverso alcuni test, che consentano eventuali correzioni del codice sorgente alla luce dei criteri e degli input prescelti dall'amministrazione. Anche in questo caso, la decisione resterebbe interamente automatizzata, ma si assicurerebbe almeno una maggiore accuratezza dell'algoritmo nella fase di progettazione e sviluppo del modello, alla luce dei *public values*.

Il modello proposto da parte della dottrina statunitense⁴⁵ prevede, ad esempio, una fase di *notice and comment*, con la pubblicazione dell'algoritmo (codice sorgente, dati utilizzati, training data) ed una di raccolta di osservazioni da parte di ricercatori ed *auditors*. La criticità è data dal fatto che a fronte di algoritmi complessi tale procedura potrebbe non garantire, comunque, un effettivo scrutinio a monte. Inoltre, la comunicazione dell'algoritmo potrebbe incontrare il limite posto dai diritti di proprietà intellettuale opponibili dalle società private che hanno sviluppato l'IA.

In ogni caso, l'applicazione di un sistema esperto da parte della p.a. dovrebbe almeno essere preceduta da una procedura di validazione o certificazione condotta da esperti. In uno studio del 2017⁴⁶ sono stati individuati e testati, per esempio, alcuni metodi di verifica che consentono di controllare il funzionamento degli algoritmi e la loro conformità ad un insieme di regole applicate coerentemente in tutti i casi.

Tale verifica può essere affidata, ancora una volta ad un soggetto privato (diverso da quello che ha sviluppato il sistema esperto) oppure ad unità di esperti interni all'amministrazione stessa (potrebbe

⁴³ Su questo cfr. B. CASEY, A. FARHANGI, R. VOGL, *Rethinking Explainable Machines: The GDPR's "right to explanation" Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2019, vol. 34, 143. L'art. 35 del GDPR prevede una valutazione di impatto sulla protezione dei dati nel caso di «a) 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». Partendo da questa disposizione le linee guida sul *Data Protection Impact Assessment* (DPIA) invitano alla pratica di AIA in forma di self-regulation al fine di evitare bias e discriminazioni e al tempo stesso con l'intento di fornire un primo livello di spiegazioni sul funzionamento dell'IA.

⁴⁴ In questo senso si veda la Directive on Automated Decision-Making del Governo canadese del 2019, che prevede una Algorithm Impact Assessment per la propria amministrazione. In argomento cfr. E. MOSS, E.A. WATKINS, J. METCALF, M.C. ELISH, *Governing with Algorithmic Impact Assessments: Six Observations*, scaricabile da SSRN, 28 maggio 2020; F. MCKELVEY, M. MAC DONALD, *Artificial Intelligence Innovations at the Canadian Federal Government*, in *Canadian Journal of Communication*, 2019, 44, 2, 43.

⁴⁵ A.D. SELBST, *Disparate Impact in Big Data Policing*, 52 GA. L. REV. 109 (2017), 169, ricordato da M.E. KAMINSKY, G. MALGIERI, *Algorithmic Impact Assessment Under the GDPR: Producing Multi-layered Explanations*, U of Colorado Law Legal Studies Research Paper 19/28, scaricabile da SSRN, 12 ottobre 2020.

⁴⁶ J.A. KROLL et al., *Accountable Algorithms*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 14, 33.

trattarsi di un'agenzia specializzata a livello statale⁴⁷ o di organi tecnici a livello regionale) in grado di condurre una validazione dei sistemi di IA secondo i principi e i valori propri del settore pubblico⁴⁸.

La ricerca di misure compensative di contrasto ad "un'amministrazione black box", cioè ad un'amministrazione che deleghi le proprie decisioni a processi automatizzati autonomi e inspiegabili, dovrebbe insomma andare nella direzione di un potenziamento del controllo umano, di un più consapevole bilanciamento dei costi e benefici legati all'IA e della promozione di inediti processi di verifica e validazione *ex ante* ed *ex post*.

Riprendendo l'immagine con cui si apre questo breve scritto, dunque, l'umano non è tenuto affatto (solo) a nutrire il cane, ma deve trovare il modo, al contrario, di interagire significativamente con la macchina. Le tecniche ed i meccanismi di questa interazione sono da costruire velocemente ed efficacemente, e devono riguardare non solo il momento dell'applicazione, ma prima ancora essere rilevanti in fase di *design* e progettazione. Essi inoltre devono essere corrispondenti alle diverse logiche e caratteristiche dei sistemi di IA cui si riferiscono, e adattarsi al contesto pubblico o privato in cui sono chiamati ad operare. Si tratta di pensare nuovi strumenti e nuove categorie, la cui individuazione, peraltro, presuppone, per essere efficace, un dialogo proficuo tra *computer science* e diritto, tra *policy makers* e tech companies, tra giuristi ed esperti di informatica.

⁴⁷ Questa per esempio è l'ipotesi auspicata da parte della dottrina nordamericana. Cfr. A. TUTT, *An FDA for Algorithms*, in *Administrative Law Review*, 2017, 69:1, 83, secondo cui «a federal regulatory agency could be an effective means of dealing with the challenges posed by these kinds of complex algorithms in the future». In particolare, secondo l'A. un'agenzia federale potrebbe «provide a comprehensive means of organizing and classifying algorithms into regulatory categories by their design, complexity and potential for harm (in both ordinary use and misuse)»; inoltre l'agenzia potrebbe stabilire un regime di autorizzazione *ex ante* per stabilire regolare l'utilizzo di determinati sistemi di IA non solo nell'amministrazione pubblica ma anche nel mercato, più in generale. La creazione di un'agenzia federale con funzioni regolatorie ipotizzata da Tutt sarebbe opportuna non solo per stabilire quali algoritmi siano utilizzabili nel settore pubblico, ma più in generale nel mercato. L'agenzia cui occorrerebbe ispirarsi, secondo l'A., sarebbe la Food and Drug Administration, in ragione della medesima preoccupazione per i rischi e il benessere generale generati dal commercio dei farmaci.

⁴⁸ LORD SALES, *Algorithms, Artificial Intelligence and the Law*, June 2020, Judicial Review, Routledge. In tema di AI e public values, cfr. anche L. ANDREWS, *Public administration, public leadership and the Construction of public value in the Age of the Algorithm and Big Data*, scaricabile da <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/padm.12534>.



Per un'intelligenza artificiale utile al giudizio penale

Serena Quattrocolo*

ABSTRACT: The paper aims at illustrating the long-standing relationship between computational science and legal logic. In a highly discretionary area of human activity, such as criminal justice, artificial intelligence may appear a potential, effective solution to many recurrent conundrums. Moving from the current achievements of artificial intelligence, the paper offers a reflection on the possible role of these technologies, to understand how they can contribute to restore some effectiveness to a system that has lost, in the eyes of citizens, credibility and trustworthiness.

KEYWORDS: Artificial intelligence; criminal justice; jurimetrics; legal reasoning; sentencing

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il lungo rapporto tra AI e ragionamento giuridico – 3. Cosa significa decidere? – 4. Precedente, statistica e decisione – 5. Variabili.

1. Introduzione

Come già ampiamente emerso negli interventi precedenti e nel quadro complessivo di questo convegno, la percezione comune individua maggiori spazi di implementazione di soluzioni digitali avanzante nell'ambito della giustizia civile, ove l'accertamento della responsabilità poggia su un quadro diverso di variabili¹ e il giudizio, incardinato sulla regola del «più probabile che non», anziché sull'«al di là di ogni ragionevole dubbio», può introdurre una sanzione che non reca il carico di «riprovevolezza» che contraddistingue la pena. Tuttavia, la realtà dimostra quanto sfaccettato sia, oggi, il rapporto tra giustizia penale e strumenti di intelligenza artificiale², il cui impiego può spaziare dalla sfera della prevenzione del reato³ a quella della commisurazione della pena. È dunque inevitabile, anzi è urgente, che anche sul piano della giustizia penale si entri nel vivo della riflessione su

* Professore ordinario di diritto processuale penale, Università del Piemonte Orientale. Mail: serena.quattrocolo@uniupo.it. Contributo sottoposto alla valutazione del Comitato di direzione.

¹ V., rispetto al giudizio penale, S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, 2020, 201 ss.

² F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto Penale Uomo*, 29.09.2019, disponibile all'indirizzo https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/intelligenza-artificiale-e-diritto-penale-quattro-possibili-percorsi-di-indagine, 10 ss.; G. CONTISSA, G. LASAGNI, G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio esattivo*, in *Diritto di Internet*, 4, 2019, 619 ss.

³ C. COSTANZI, *Big data e garantismo digitale. Le nuove frontiere della giustizia penale nel XXI secolo*, 2019, 3 ss, disponibile all'indirizzo www.la legislazione penale.eu.



questi temi, cercando di depurare il proprio approccio da ogni distopia e aprendo il campo alla comprensione di concetti propri delle scienze computazionali.

L'attenzione offerta in questo convegno alle declinazioni applicative dell'IA e alla tutela dei diritti impone di spingersi oltre una mera ricognizione di quali siano gli spazi che l'intelligenza artificiale si è ormai ritagliata nel contesto della giustizia penale, per cercare di immaginare come l'inversione di un trend consolidato possa finalmente avvenire. Nelle brevi considerazioni che seguono, infatti, si cercherà, in primo luogo, di illustrare quanto risalente sia, invero, il rapporto tra scienze computazionali e logica giuridica, principalmente guidato, però, più dall'interesse della computer science per un'area del sapere umano altamente discrezionale, che dalla capacità delle scienze giuridiche di vedere nell'intelligenza artificiale una potenziale, effettiva soluzione ad alcuni problemi, apparentemente insuperabili, dell'amministrazione della giustizia. In secondo luogo, si proverà a riflettere proprio su tale ultimo profilo, immaginando come, in tempi ormai maturi come quelli che viviamo, soluzioni di intelligenza artificiale potrebbero aiutare nel riconquistare un margine di effettività nell'esercizio della giurisdizione penale.

2. Il lungo rapporto tra AI e ragionamento giuridico

Introducendo questo tema si devono prendere le mosse da un fenomeno invero piuttosto sconosciuto, ricordando come, sin dal 1966, l'*American Bar Association* abbia pubblicato il *Jurimetrics Journal*, periodico ufficiale del suo Comitato speciale sul trattamento elettronico dei dati⁴. Il curioso termine "jurimetrics", tuttavia, era stato usato per la prima volta da L. Loebinger, in un articolo assai rilevante ai nostri fini, pubblicato dalla *Minnesota Law Review* addirittura nel 1949. L'autore definiva la 'giurimetria' uno strumento «per intagliare finestre nell'edificio della giustizia, affinché chi vi è dentro possa vedere fuori e intagliare porte, perché chi ne è fuori possa entrare». Sebbene la scienza propiziata da Loebinger non sia mai divenuta uno strumento di rilievo generale, l'intento formulato in quel primo articolo evoca una necessità, inequivocabile, di linguaggi condivisi e comuni, tra la scienza computazionale e l'amministrazione della giustizia, per rendere le due sfere reciprocamente più comprensibili e interattive. Un obiettivo ambizioso che, pur con cicli carsici, ha attraversato i decenni che ci separano da quella cruciale pubblicazione.

È soprattutto negli Sessanta che il mondo legale diviene stabilmente oggetto di interesse da parte degli esperti informatici, sotto il profilo della digitalizzazione dei dati ma, soprattutto, della susseguente "misurabilità" e "modellizzabilità" dei processi decisorii giudiziari. Ed è già all'alba degli anni Settanta che il termine "intelligenza artificiale" viene espressamente associato ai processi decisorii giuridici. Proprio nel 1970, la *Stanford Law Review* pubblica l'articolo di Buchanan e Headrick, *Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning*⁵; poco più tardi, nel 1977 appare, nella *Harvard Law*

⁴ Il giornale apparve per la prima volta nel 1959, con il nome *Jurimetrics*, diretto da Layman Allen (vedi www.law.asu.edu). Allo stesso tempo, Lucien Mehl coltivava studi di giurimetria in Francia: v. L. MEHL, *Automation in the legal world from the machine processing of information to the law machine*, *National Physical Laboratory Symposium No. 10, Mechanisation of Thought Processes* (Vol. 11), in *Proceedings of a Symposium held at the National Physical Laboratory*, November 26-27, 1958, 756-779.

⁵ B.G. BUCHANAN, T.E. HEADRICK THOMAS, *Some Speculation About Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, in *Harvard Law Review*, 23, 1970, 40 ss.

Review, lo studio di L. Thorne Mc Carty su *"Taxman": An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning*⁶, mentre nel 1990 lo Yale Law Journal dà alle stampe il saggio di Edwina Rissland, dal titolo *Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a model of Legal Reasoning*⁷.

Gli anni Ottanta vedono la pubblicazione delle ricerche, fondamentali, di Anne von Lieth Gardner e, appunto, di Edwina Rissland e Kevin Ashley, che, con il passaggio dai sistemi esperti⁸, basati su schemi ipotetico-deduttivi, al *case-based reasoning*⁹ – o, meglio, che con l'ibridazione di essi – rappresentano ancora oggi le pietre miliari della successiva evoluzione, passata, poi, attraverso l'approfondimento della logica non-monotonica¹⁰, che meglio di altri paradigmi si coniuga con i procedimenti decisori giudiziari, in cui la discrezionalità dell'individuo gioca un ruolo spesso preponderante. Negli anni più recenti, poi, la crescita esponenziale della potenza computazionale disponibile e la contemporanea decrescita del suo costo hanno assecondato le potenzialità del *machine learning* che offre ai modelli computazionali di *legal reasoning* il vantaggio di poter attingere a quantità di informazioni incommensurabili, di cui il sistema "si ciba" per individuare correlazioni e corrispondenze: l'approccio quantitativo al precedente – completo, digitalizzato, accessibile – consente alla macchina di accedere a tutte le informazioni disponibili per creare correlazioni, superando definitivamente l'approccio del sistema esperto.

Nei passaggi qui brevemente tratteggiati è racchiuso un interrogativo cruciale, che – come anticipato in apertura – è tempo di affrontare prima di procedere a qualsiasi altra riflessione su questo tema: cosa può fare l'AI per il processo penale? Nelle riflessioni successive, alcune considerazioni generali e una marginale ipotesi.

⁶ L. THORNE MC CARTY, *Reflection on 'Taxman': An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, in *Harvard Law Review*, 90, 5, 1977, 837-893

⁷ E.L. RISSLAND, *Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a model of Legal Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1990, 1957-1981.

⁸ In particolare, i sistemi esperti soddisfano la necessità di giustificazione del risultato, poiché le regole e i passaggi vengono stabiliti e immagazzinati lungo il processo. In breve, un tale sistema riceve un *input* (fatto) e, sulla base di diagrammi ad albero, scorre attraverso il numero di regole che gli sono state fornite, fino a quando ogni regola è stata applicata e non è rimasta consegnare l'*output* del sistema. Ovviamente, un tale modello presuppone una condizione fondamentale: la traduzione delle regole giuridiche in regole matematiche, computazionali. Tuttavia, soddisfare questa condizione implica due grandi sfide. In primo luogo, tradurre le regole legali in regole computazionali è un'attività complicata e dispendiosa in termini di tempo, che può essere eseguita solo per quanto riguarda aree specifiche e limitate del diritto. In secondo luogo, tale sforzo implica lo sviluppo di metodi che governino la dinamica costante della successione delle norme nel tempo. Sempre fondamentale, in argomento, R.E. SUSSKIND, *Expert Systems in Law*, Oxford, 1987, *passim*.

⁹ Il *Case-Based Reasoning*, teorizzato da Roger Schank all'inizio degli anni Ottanta del XX secolo, è un paradigma di *problem solving* dove nuovi quesiti (chiamati *target* o *query problems*) vengono risolti recuperando problemi simili già risolti, eventualmente adattando le soluzioni di tali casi precedenti.

¹⁰ Si vedano, in particolare, gli studi di Prakken e Sartor, a partire dalla fine degli anni novanta: H. PRAKKEN, G. SARTOR, *A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning*, in *Artificial Intelligence and Law*, 4, 3-4, 1996, 331-368. H. PRAKKEN, G. SARTOR, *Argument-Based Extended Logic Programming with Defeasible Priorities*, in *Journal of Applied Non-Classical Logics*, 7, 1-2, 1997, 25-75.



3. Cosa significa decidere?

Se è vero che il fenomeno dell'applicazione dell'intelligenza artificiale ai paradigmi decisorii legali non è affatto nuovo, bensì è un'area della scienza computazionale matura, altrettanto indiscutibile è una prolungata, generale indifferenza della maggior parte dei giuristi per questi temi. Ad oggi, dunque, occorre riconoscere che le problematiche più essenziali dal procedimento decisorio giuridico sono state sì approfonditamente studiate, ma dal punto di vista dell'efficienza computazionale, in uno scenario per lo più dominato dagli scienziati del settore, con l'ausilio di un numero davvero circoscritto di giuristi e non certo dell'intera comunità di riferimento.

Invero, l'ambiguità del linguaggio naturale, la logica non monotona, sottesa a processi inferenziali *defeasible*¹¹, il problema della costante evoluzione normativa nel tempo¹², sono tutti profili, estremamente complessi, che sono già stati studiati e in gran parte risolti dagli esperti di intelligenza artificiale. L'attuale stato dell'arte, o meglio della scienza, dunque, è estremamente avanzato: purtroppo, la ricordata mancanza di interazione tra saperi ci porta oggi ad interrogarci, *ex post*, su cosa si possa utilmente fare di queste avanzatissime acquisizioni tecniche. Allo stato attuale, la macchina può utilmente decidere questioni processuali? La domanda è oggi incredibilmente attuale e stimolante.

Innanzitutto, è bene ricostruire, dal punto di vista cognitivo, cosa significhi "decidere". Infatti, nell'ambito delle scienze cognitive (psicologia cognitiva ed economia comportamentale sono le branche che hanno studiato più accuratamente il tema)¹³, il concetto di giudizio è tradizionalmente distinto da quello di processo decisionale. In linea generale, si considera "giudizio" una esperienza cognitiva che porta alla formazione di una convinzione. Al contrario, un processo "decisionale" è una performance cognitiva che conduce ad assumere una scelta. In ambito medico, paradigmaticamente, formulare una diagnosi è un giudizio, mentre predisporre la terapia più adatta è un processo decisionale.

Pare potersi affermare che, invece, la decisione giurisdizionale è un atto che copre entrambi gli aspetti. In primo luogo, implica un giudizio, poiché valuta la sussistenza di una qualità o condizione (per quanto ci riguarda, colpevolezza/non colpevolezza) dell'imputato; in secondo luogo, innesca un processo decisionale, attraverso il quale si stabiliscono le eventuali conseguenze legali di tale qualità o condizione (specie e quantità della pena; benefici). Tale schema si palesa molto più chiaramente nei sistemi giuridici che prevedono una cesura netta tra giudizio sul fatto (*fact finding*) e determinazione della pena (*sentencing*). Questa distinzione ha una radice storica ed è stata spesso associata alla presenza di un processo con giuria, caratteristica certamente più comune negli ordinamenti di *common law*¹⁴.

¹¹ M. BENZI, C. PENCO, *Defeasible arguments and the context dependence*, in *Paradigmi*, 2018, 561 ss.

¹² M. PALMIRANI, F. BENIGNI, *Norma-System: A Legal Information System for Managing Time*, in: *Proceedings of the V Legislative XML Workshop*, 1, Firenze, 2007, 205 – 224.

¹³ G. CEVOLANI, V. CRUPI, *Come ragionano i giudici: razionalità, euristiche e illusioni cognitive*, in *Criminalia*, 2017, 181 ss, 182.

¹⁴ Al tempo della rivoluzione francese, la Francia si introdusse l'istituto della giuria nel processo penale, a causa dell'influenza inglese. Sebbene, allora, il dibattito filosofico si sia dissuso in tutta Europa, il modello della giuria non è mai stato predominante nel continente. Inoltre, l'aumento del XX secolo di regimi illiberali, sia fascisti che bolscevichi, ha portato alla sostituzione delle giurie sopravvissute con tribunali professionali o misti in molti paesi continentali: A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, Milano, 1994, 7 ss.; J.H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution*, in A. PADOA SCHIOPPA (ed.), *The Trial Jury in England, France and Germany, 1700-1900*, Berlin, 1987, 16 ss.; S. THAMAN, *Should criminal juries give reasoning for their verdicts? The*

Tuttavia, anche nella modulazione delle regole predisposte dall'art. 527 c.p.p. italiano, per la deliberazione collegiale, si può riconoscere l'ordine logico che spinge il giudice a procedere attraverso un "giudizio" e una "decisione".

Detto percorso logico, come anticipato, ha ispirato, ed ispira, i c.d. sistemi esperti, che si basano sulla traduzione in linguaggio computazionale di specifiche regole giuridiche, per consentirne l'applicazione, automatizzata, a determinati casi. Tuttavia, la complessità e di tali sistemi, estremamente *time-consuming*, hanno suggerito soluzioni diverse, fondate sull'approccio quantitativo, certamente propiziato da fenomeno tipico della sfera giudiziaria in tutto l'occidente, ovvero la raccolta delle decisioni precedenti, agevolmente elaborabili. Infatti, una volta superato il problema della digitalizzazione delle decisioni giudiziarie¹⁵, ne è stato possibile il riuso, con l'effetto di spostare l'attenzione di chi è chiamato ad elaborare un modello computazione, dalle regole decisorie alle decisioni. In una dimensione quantitativa, infatti, la modellizzazione del processo decisionale si basa su ciò che le persone fanno (le decisioni che adottano), tralasciando invece il perché lo fanno (la regola giuridica)¹⁶. Del resto, focalizzarsi sul perché di una decisione giurisdizionale può essere, secondo una certa interpretazione, del tutto infruttuoso: il ragionamento decisorio umano, in termini scientifici, è scarsamente efficiente, poiché si basa esclusivamente sui dati sperimentali che l'individuo può aver acquisito¹⁷ e sulle euristiche acquisite. E anche se supportati dalla tecnologia nell'accesso a un set di dati più ampio, gli attori umani si dimostrano ancora limitati nella loro capacità di elaborare grandi quantità di dati, in modo rapido e accurato, anche a causa dei loro inevitabili pregiudizi. Meglio concentrarsi, dunque, ai fini della modellizzazione di un processo decisorio, sul cosa si fa, piuttosto che sul perché si fa.

Ne è nata, dunque, una specifica branca applicativa, la c.d. *quantitative legal prediction*, che applica lo schema del *case-based reasoning* ad enormi quantità di dati osservazionali (sentenze), per stabilire, sulla base di una gamma di variabili, quali soluzioni saranno verosimilmente applicate in un nuovo caso. Non è affatto inedito il tentativo di costruire modelli computazionali che, basati sull'apprendimento automatico, si propongono di prevedere le decisioni e il comportamento dei singoli membri del collegio della Corte Suprema americana¹⁸. Molto sinteticamente, si può affermare che al centro del modello sta il riconoscimento di una serie di variabili fondamentali, basate sull'esito della decisione

Spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in Taxquet v. Belgium, in A. PETROVA (ed), *Festschrift für August Nacke*, 2016, 338-385. Recentemente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha esaminato le soluzioni adottate dai paesi del Consiglio d'Europa in materia di giurie in materia penale. Nel caso *Taxquet c. Belgio*, la Corte ha valutato che esistono tre diversi approcci alla questione. Paesi che non hanno (e alcuni non hanno mai avuto) una giuria. Un ampio gruppo di Paesi che prevedono una giuria mista, in cui «*the professional judges and the jurors collectively determine all questions of law and fact, the issue of guilt and the sentence*»; infine, un certo numero di ordinamenti che si fondano sull'istituto della giuria, quale giudice del fatto, che si esprime, per lo più, con verdetti immotivati.

¹⁵ Non c'è spazio, in questa sede, per dilungarsi sul tema dell'accessibilità dei documenti delle pubbliche amministrazioni, oggetto di incisiva azione del vasto movimento, globalizzato, *Open Data Movement* e dell'intersezioni con lo specifico valore che la pubblicità assume in relazione alle decisioni giurisdizionale, come del resto attestato dai principali *bills of rights* che si occupano di fair trial. Sul punto, S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, cit., 182.

¹⁶ D.M. KATZ, *Quantitative Legal Prediction, Or How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data-Driven Future of the Legal Services Industry*, in *Emory L.J.*, 2013, 918.

¹⁷ *Ivi*, 928.

¹⁸ I. AYRES, *Super Crunchers: How Anything Can Be Predicted*, London, 2007, 104.

(annullamento/conferma/altro). Altre variabili, poi, sono state inserite sulla base di fatti che si sono rivelati significativi nella determinazione dell'esito di precedenti decisioni, anche in relazione, come accennato, agli atteggiamenti mostrati da ciascun componente del collegio. Secondo i realizzatori, il modello ha ampiamente superato le capacità di previsione umana, sia sotto il profilo della accuratezza e la coerenza¹⁹, tanto da far parlare, inopinatamente, di “giudice-robot”²⁰.

Ecco, dunque, il punto cruciale posto in precedenza: applicare un modello computazionale basato su decisioni precedenti di un giudice²¹ o di una corte significa prevederne la decisione in un caso pendente? E ancora, applicare tale modello significa decidere?

In concreto, ciò che i modelli quantitativi possono fare è fornire un calcolo molto accurato di come un giudice o una corte ha deciso in casi precedenti su una domanda simile, posta la difficoltà, già menzionata, di stabilire di volta in volta tale similitudine. Allo stato attuale, i sistemi di *case-based reasoning* fondati sull'analisi della giurisprudenza completa di un organo giurisdizionale offrono un accurato modello delle possibili diverse soluzioni a un problema legale²². Ne discendono due rilevanti conseguenze. In primo luogo, i risultati dell'elaborazione – se utilizzati al di fuori del processo decisorio giudiziario – possono indicare, in una giurisdizione di *common law*, delle probabilità, anche molto elevate, che il giudice si atterrà al precedente, rifiutandosi di distinguere o di effettuare un *overruling*; oppure, in una giurisdizione di *civil law*, che, a fronte di un esistente contrasto giurisprudenziale, seguirà la giurisprudenza predominante, anziché quella minoritaria.

Tuttavia, non si può trascurare l'esistenza di un considerevole scetticismo nell'applicazione delle probabilità e delle statistiche al comportamento umano²³. Dato il valore indiscusso della statistica nella scienza dura, si è detto che l'applicazione delle probabilità al comportamento umano non pare essere indicativa²⁴, poiché quest'ultimo è governato da regole e fattori incerti, in continua evoluzione nel tempo²⁵. Ciò premesso, si può ragionevolmente discutere su quale utilità il *quantitative legal prediction* possa recare ai soggetti processuali, quando utilizzato come strumento estraneo al procedimento. In particolare, appare dubbio che gli strumenti quantitativi possano essere destinati a funzionare, in generale, come una valutazione del rischio di soccombenza in una controversia²⁶: infatti, l'esito del caso dipende, nella realtà, da come le parti presentano i loro argomenti, dalle prove offerte, ma anche dall'applicazione di regole procedurali basate su fattori e condizioni del tutto accidentali. Infatti, come sopra sottolineato, uno dei limiti più significativi nella declinazione dell'AI al ragionamento giuridico è rappresentato dal ruolo giocato, in tale contesto, da linguaggio naturale dalle sue implicazioni semantiche.

¹⁹ D.M. KATZ, M.J. BOMMARITO II, J. BLACKMAN, *A general Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States*, in *SSRN*, 2017, 3.

²⁰ M. CATERINI, *Il giudice penale robot*, in www.laegislazionepenale.eu, 19.12.2020.

²¹ In senso critico, v. B. GALGANI, *Considerazione sui 'precedenti' dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale*, in *Sistema Penale*, 4, 2020, 87 ss.

²² A. GARAPON, J. LASSEGUE, *La justice digitale*, Paris, 2018, 229.

²³ M. DURANTE, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società e sapere*, 2019, Milano, 259 ss.

²⁴ R. ROTTIER, *La justice prédictive et l'acte de juger: quelle prévisibilité pour la justice?*, in *Archives de Philosophie du Droit, La justice prédictive*, Paris, 2018, 191.

²⁵ E. FILIOL, *Les risques concernant l'utilisation des algorithmes dit prédictifs dans le domaine sensible de la justice*, in *Archives de Philosophie du Droit, La justice prédictive*, Paris, 2018, 150.

²⁶ J. DUPRE, *Du droit saisi par l'IA à l'IA saisissant le droit*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 2018, 108.

Sebbene le moderne tecniche di elaborazione del linguaggio naturale abbiano ridotto il divario tra elaborazione umana e digitale nel regno della semantica, la distinzione tra elaborazione “sintattica” e “semantica” è ancora cruciale. Tradizionalmente, i dati vengono elaborati sintatticamente, mentre le informazioni vengono elaborate semanticamente: gli agenti digitali superano gli agenti umani nell’analisi sintattica; gli esseri umani, invece, eccellono nella funzione semantica, estranea alle tecnologie digitali²⁷. E proprio in tale aspetto risiede il profilo più critico di ogni possibile tentativo di digitalizzazione del ragionamento giuridico: le variabili semantiche, che dominano questa area cognitiva umana, ne rendono particolarmente complessa la traduzione in un affidabile modello computazionale, tanto quando si ragiona in termini di sistemi esperti, quanto quando si ricorra al *cased based reasoning* e al sistema di correlazioni che si creano tra il “quesito” da risolvere e la massa dei “quesiti” già risolti. Certo, sul versante forense, questi strumenti possono offrire utili indicazioni in termini di valutazione del rischio, aiutando, entro i limiti ora previsti, nella gestione del rischio del cliente, sia esso un individuo o un’azienda. Ciò presuppone, peraltro, l’implicito scivolamento del ruolo dell’avvocato verso quello di un *risk manager*, incaricato di gestire e ridurre i propri rischi e il rischio del cliente, in relazione allo specifico contenzioso e, a monte, rispetto all’alea insita nel mancato rispetto della legge²⁸. Ben diverso è il discorso ove si immagini di utilizzare tali strumenti computazionali *all’interno* del processo decisionale, come ausiliari o, addirittura, come sostituti della decisione del giudice. Qui di seguito si riassumono i principali aspetti critici.

4. Precedente, statistica e decisione

Come già sottolineato, il risultato di un modello quantitativo basato su una raccolta di giurisprudenza non è una decisione, bensì una indicazione statistica di come l’organo giurisdizionale ha deciso nei casi precedenti simili. Ciò implica una riflessione di fondo sia sulla morfologia della giurisdizione in questione, poiché il valore espresso dalle decisioni precedenti è ancora un elemento di importante distinzione tra gli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, sia sul significato di “caso simile”.

Ovviamente, l’obbligo di osservanza del precedente è delimitato dalla individuazione di cosa è vincolante nel precedente e cosa non lo è. Comprimendo “in pillole” un affascinante dibattito che si perpetua nel tempo e nello spazio²⁹, si può affermare che un precedente è vincolante solo nella sua *ratio decidendi*. Ciò implica che «*the problem is that of identifying a ratio decidendi in the precedent, and of interpreting the ratio, and debating the proper qualification of the facts of the instant case on the issue whether they do or not count as facts of the type covered by the precedent’s ratio*»³⁰. Ne deriva, per un

²⁷ M. DURANTE, *op. cit.*, 162 ss.

²⁸ V. LASSERRE, *Justice prédictive et transhumanisme*, in *Cahiers de Philosophie du Droit. La justice prédictive*, Paris, 2018, 315.

²⁹ A.L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, in *Law Quarterly Review*, 1934, 42; vedi approfonditamente, R. CROSS, J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, 1991, 39 ss.; D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS, *Introduction*, in D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS, *Interpreting precedents*, Aldershot, 1987, 153 ss. Per una prospettiva (critica) americana, F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer, A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (MA), 2009, Italian edition, Roma, 2016, 92

³⁰ Z. BANKOWSKI, D.N. MACCORMACK, G. MARSHALL, *Precedent in the United Kingdom*, in MACCORMICK, R.S. SUMMERS, *Interpreting precedents*, Aldershot, 1997, 337

verso, una inevitabile devoluzione al giudice che sta procedendo dell'individuazione dell'effettiva *ratio decidendi* del precedente³¹ e, per altro verso, una non piena coincidenza tra quest'ultimo concetto e il principio di diritto, più familiare al giurista continentale.

Nei paesi di *civil law*, infatti, alcune storiche caratteristiche istituzionali segnano un ruolo e un valore diverso per il precedente. Il primo fattore da considerare è, ovviamente, l'esistenza di un *corpus* normativo positivo, tendenzialmente onnicomprensivo e, appunto, tradizionalmente organizzato in codici³². La soggezione del giudice soltanto alla legge, scolpita, ad esempio nella Costituzione italiana, richiama, anche al di là della dimensione meramente formale, il ruolo di primato del diritto positivo, che si sostituisce, nello schema continentale, a quello giocato nella *common law* dal precedente. Tuttavia, pur essendo del tutto recepito l'incisivo effetto del formante giurisprudenziale anche nei sistemi di impostazione romano-germanica e sebbene «la legge» richiamata dall'art. 101 Cost. non sia esclusivamente quella espressa testualmente nella fonte normativa, il giudice continentale rimane libero di accogliere una diversa interpretazione normativa, rispetto a quella predominante, senza violare (salvi profili di responsabilità civile per dolo o colpa grave) un dovere, cui invece è vincolato il collega di *common law*³³.

Inoltre, non si può omettere di ricordare che elemento di grandissima rilevanza per la riflessione qui in corso riguarda il rapporto tra fatto e diritto, che emerge nelle sentenze. Può definirsi tendenza comune delle corti supreme continentali l'estrema limitazione dei riferimenti al fatto, a favore dell'elaborazione del cosiddetto "principio di diritto". Come accennato, si è a lungo discusso se quest'ultimo e la *ratio decidendi* delle giurisdizioni di *common law* coincidano³⁴. Peraltro, poiché hanno giurisdizione su questioni di diritto, e non di fatto, le decisioni di molte corti supreme continentali sono state a lungo pubblicate in modo sintetico, riportando solo il principio di diritto, senza alcun riferimento ai fatti. Anche sul piano editoriale, dunque, si è consolidata una tendenza alla minimizzazione dello spazio ridotto riservato alla questione in fatto, rispetto alle considerazioni in diritto: si tratta di un fattore per nulla irrilevante sotto il profilo della performance di un modello computazionale, poiché riduce sensibilmente l'ambito dei lemmi che possono essere presi in considerazione per stabilire correlazioni e, dunque, similitudini con altri precedenti.

Questo fattore, ovvero quello della difficoltà di costruire schemi, *patterns* di corrispondenza tra casi diversi, assume una dimensione particolarmente complessa nella sfera penale. In generale, infatti, quando si fa riferimento a un precedente, sia di *common law* che di *civil law*, il giudice effettua un vaglio analogico, confrontando un certo numero di variabili, sulla base delle quali stabilisce se un

³¹ R. CROSS, J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, 1991, 72 ss.

³² Sempre affascinante la lettura offerta da Blackstone, nei suoi *Commentaries on the Laws of England*, ove ripercorre il tema del diritto scritto a partire dalla tradizione romana repubblicana. Nella lettura dello storico giurista inglese, il diritto positivo, in origine espressione della volontà popolare, infusa nelle leggi dello Stato, sarebbe con il tempo divenuto espressione, invece, della volontà del Sovrano, perdendo quell'elemento di libertà che, invece avrebbe continuato a caratterizzare la *common law*: W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I, Oxford, 1765, 73.

³³ Salvo l'attività interpretativa sconfini – per quanto riguarda il giudice italiano – nella colpa grave sanzionata dalla l. 177/1988, così come modificata dalla l. 18/2015, oppure nell'ignoranza inescusabile che costituisce illecito disciplinare ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 109/2006.

³⁴ Z. BANKOWSKI, D.N. MACCORMACK, G. MARSHALL, *Precedent in the United Kingdom*, cit., 337.



precedente può ritenersi rilevante per la soluzione del procedimento pendente. Allo stesso modo deve procedere un *software*, attraverso appunto l'individuazione di elementi la cui ricorrenza attesti un rapporto di similitudine. Tuttavia, all'interno di un modello computazionale, il numero di fattori, delle variabili coinvolte nel processo decisionale, è cruciale: può essere stabilito *ex ante* e una volta per tutte, ad es. in sistemi esperti; oppure, nel *machine learning*, si può devolvere al *training set*, durante il quale il sistema sarà alimentato con un numero adeguato di decisioni, per permettergli di riconoscere le variabili rilevanti. Tali variabili, selezionate durante il *training set*, verranno poi applicate nella fase "predittiva", ovvero nella individuazione della soluzione più probabile. Come già anticipato, questa è semplicemente l'espressione di una corrispondenza, correlazione, tra un gruppo di parole (le variabili di cui sopra) e una o più decisioni precedentemente adottate in casi in cui ricorre un'analogia combinazione delle medesime variabili³⁵.

È cruciale sottolineare che, dato il peso giocato dal fattore semantico nel confronto tra decisioni giudiziarie, non è mai esclusa l'eventualità di correlazioni errate. Inoltre, è ben noto che, in una sentenza, le motivazioni potrebbero non rappresentare effettivamente il processo decisionale seguito dal giudice, ma al contrario, costituire, anche inconsapevolmente, una mera oggettivizzazione *ex post* della decisione assunta irrazionalmente. Per questi motivi, sebbene i modelli computazionali possano essere addestrati per imparare da errori precedenti, potrebbero non essere in grado di cogliere in modo efficace quale sia il fattore effettivamente determinante di una decisione giudiziaria, giacché questa è un'operazione cognitiva del tutto soggettiva, non sempre ricostruibile perfettamente *ex post*. Ciò rafforza il convincimento che il risultato di un modello computazionale appartenga al regno della mera probabilità: probabilità, non certezza, che il modello acquisisca, attraverso il data-set a disposizione, un modello decisionale che effettivamente accomuna casi simili, soprattutto laddove, come nella sfera penale, le variabili – tanto sostanziali, quanto processuali – rilevanti ai fini del giudizio siano numerosissime.

Alla luce di tutte le pregresse osservazioni, è indubbio che il ricorso al *case-based reasoning* per elaborare modelli di assistenza (o, addirittura, di sostituzione) del giudice nella decisione ha un valore nettamente diverso in ordinamenti giuridici che siano o meno basati sulla forza vincolante del precedente. Infatti, nei sistemi che non riconoscono lo *stare decisis*, avvalersi di *software* alimentato anche da tutte le decisioni di merito sarebbe altamente destabilizzante, poiché confonderebbe il piano della quantità delle decisioni con quello della qualità³⁶. Infatti, come ricordato, le giurisdizioni inferiori di tradizione romano-germanica non sono soggette al dovere di rispettare il precedente. Se una decisione di primo grado non si adegua all'interpretazione della legge adottata dai giudici superiori e, in particolare, dalla Corte suprema, può essere annullata o modificata dalla corte d'appello o dalla corte suprema stessa. Gli ordinamenti di tradizione continentale sarebbero profondamente trasformati dagli effetti dell'uso diffuso di strumenti di "previsione legale" fondati sull'elaborazione *quantitativa* del precedente³⁷. La gerarchia consolidata delle fonti normative verrebbe ribaltata, sia per quanto riguarda il rapporto tra

³⁵ S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, cit.

³⁶ European Ethical Charter, Appendix I, cit., 19.

³⁷ J.M. BRIGAN, *Les risques accentués d'une justice pénale prédictive*, in *Archives de Philosophie du Droit, La justice prédictive*, Paris, 2018.



diritto positivo e giurisprudenza, sia nella tradizionale relazione tra giurisprudenza di merito e di legittimità.

Chiarito che, in generale, l'esito di un'elaborazione digitale *non è una decisione* – ma solo una rilevazione statistica – si deve concludere che nel data-set di decisioni che alimentano un sistema *case-based reasoning* non si trova la fonte autoritativa che presiede alla decisione, ma soltanto un quadro accurato di come la norma giuridica è stata interpretata in altri casi apparentemente simili.

5. Variabili

Fin qui si è tentato di riassumere i più evidenti rischi connessi all'impiego di sistemi di "ragionamento giuridico artificiale", per come essi sono al momento strutturati. Per un verso, i sistemi esperti sono tendenzialmente superati, poiché estremamente complessi da realizzare, poiché richiedono la costante interazione dell'esperto giuridico, attraverso il quale singole norme, al momento vigenti, si traducono in modelli computazionali (che devono poi essere costantemente aggiornati alla vigenza dei testi di legge e alla loro interpretazione). I sistemi *case-based*, oggi alimentati da data-set completi di sentenze, che possono essere analizzate con tecniche di *machine learning*, scontano, invece, il duplice limite dell'inadeguatezza agli ordinamenti nei quali il precedente non riveste un valore vincolante e della difficoltà di individuare variabili determinanti (e, dunque, correlazioni precise) nel quadro della giurisdizione penale.

Tuttavia, il rilevamento di limiti e rischi non rappresenta, in alcun modo, la ricognizione di un ostacolo, soprattutto alla luce della costante innovazione in corso nel settore delle scienze computazionali. È dunque doveroso, acquisita la consapevolezza dei rischi, interrogarsi sulla possibilità di sfruttare comunque tali soluzioni, potendo adottare eventuali correttivi ai limiti sopra analizzati.

A fronte dei certi insuperabili problemi della giustizia penale – come l'insormontabile difficoltà di predisporre una radicale depenalizzazione; l'indisponibilità ad adeguare l'organigramma della magistratura ai carichi degli uffici giudiziari; l'impossibilità di contenere il numero dei procedimenti e il proliferare delle impugnazioni – potrebbero considerarsi non illegittime, nel quadro dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali espressi nelle carte europee, delle soluzioni che sfruttino gli importanti risultati raggiunti dall'AI nell'ambito legale? Potrebbe essere utile, per alleggerire l'eccessivo carico giudiziario, l'individuazione di gruppi ristretti e predeterminati di fattispecie – contravvenzionali, punite con la sola pena pecuniaria o alternativa – rispetto alle quali sia già oggi diffuso il ricorso a strumenti di definizione "seriale", si possano coniugare i pregi del sistema esperto e del *case-based reasoning*, per ottenere provvedimenti, ovviamente "reclamabili", in tempi particolarmente rapidi, liberando una parte di risorse per adempimenti in cui l'intuito umano, invece, non può essere in alcun modo sostituito?

I quesiti posti non sono provocatori, ma si basano sulla riflessione circa le effettive caratteristiche che le attuali soluzioni di intelligenza artificiale mostrano.

In primo luogo, se l'ambito applicativo è ben determinato e circoscritto ad un numero controllato di fattispecie (che incidano, però, significativamente sul carico degli uffici), il cui accertamento dipenda da un numero ridotto di variabili (ed es. reati di mera condotta) è certamente possibile indirizzarsi verso un sistema esperto che, come anticipato, possa giustificare efficacemente, *ex post*, ogni passaggio del

Focus on Law & AI

procedimento decisorio che ha portato all'adozione del provvedimento, sfruttando, però, opportunamente anche i vantaggi del *case-based reasoning*.

Del resto, come già evidenziato, il nostro, come molti altri ordinamenti europei, conosce e sfrutta da tempo riti monitori *inaudita altera parte*³⁸, che portano all'emissione di un provvedimento, potenzialmente esecutivo, adottato soltanto sulla base del contenuto del fascicolo del pubblico ministero e della richiesta di quest'ultimo, atto di esercizio dell'azione penale. Una volta accettata la sua compatibilità con l'art. 111 co. 4 Cost, lo schema del rito monitorio, opponibile, appunto, da parte dell'imputato, potrebbe rappresentare il modello di riferimento: dopo l'iscrizione della notizia di reato seguirebbe un contenuto periodo per lo svolgimento delle indagini preliminari e la formulazione di un'accusa da parte del p.m., richiesta di applicazione di una pena eventualmente ridotta per le caratteristiche del rito. Il modello computazionale condurrebbe all'emissione di un provvedimento sanzionatorio, appunto a pena pecuniaria ridotta di una frazione fissa, potenzialmente suscettibile di irrevocabilità e, dunque, di esecutorietà, se non opposto dall'imputato. L'opposizione, togliendo efficacia al provvedimento "automatizzato" restituirebbe, come nell'attuale disciplina del decreto penale di condanna, il pieno diritto di difesa all'imputato, da declinarsi nel giudizio, oppure attraverso la scelta di un altro rito alternativo.

Cruciali sono, evidentemente le premesse. Si debbono selezionare fattispecie dalla struttura tale da garantire un facile accertamento e punite con pena pecuniaria o alternativa, e sostituibile, anche in forza della riduzione premiale. Il risultato sarebbe quello di realizzare un sistema esperto ibrido che, sulla base dei precedenti dell'ufficio e di legittimità e dei correttivi assicurati attraverso una serie di presidi normativi, tradotti in linguaggio computazionale, possa verificare tutti gli elementi costitutivi del reato, escludere la sussistenza di cause di giustificazione e di declaratoria immediata dell'art. 129 c.p.p., indicare l'esito statisticamente più probabile della determinazione della pena e del bilanciamento di circostanze. Ove ciò fosse tecnicamente realizzabile, con esiti pienamente verificati dalla comunità degli operatori della giustizia penale, occorrerebbe certamente prendere in seria considerazione i quesiti sopra formulati.

Con una simile soluzione, il lavoro del pubblico ministero e quello del difensore rimarrebbero invariati; sarebbe fortemente alleggerito, invece, in relazione a circoscritte aree di fattispecie, quello del giudice, il cui apporto individuale nella decisione di casi già adesso trattabili con decreto penale di condanna, potrebbe sembrare non determinate, con ampio margine di recupero di tempo da dedicare a procedimenti più complessi. Certo, l'insuperabile problema di fondo sarebbe l'inquadramento del provvedimento sanzionatorio emesso sulla base di questo sistema. Per le ragioni sopra illustrate, non potrebbe ritenersi una decisione giurisdizionale, salvo prevedere una convalida del risultato da parte del giudice, che sottoscriva comunque l'atto³⁹.

Certamente giudicare è e deve rimanere una attività umana, poiché destinata ad essere recepita dagli esseri umani, così come il processo penale è un rito, che nei millenni si perpetua, sempre con gli stessi difetti, nella sua valenza scenica di reazione collettiva al reato⁴⁰. La società ha bisogno di giudizio e ha

³⁸ S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings*, 2019, 494 ss.

³⁹ In argomento v. M. CATERINI, *Il giudice penale robot*, in *La legislazione penale*, 19.12.2020, 19 ss.

⁴⁰ S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, cit., 229.



bisogno di processo, come rito collettivo di superamento dello strappo determinato dal reato. Per questo, il diritto penale dovrebbe essere sempre una fotografia fedele dei valori della società, affinché il processo penale possa efficacemente svolgere quella funzione di ricostruzione, non solo degli accadimenti storici, ma anche del legame sociale lacerato dal reato. Purtroppo, il panpenalismo del nostro ordinamento e certe sue intrinseche caratteristiche hanno impedito che si compisse la previsione che aveva guidato i codificatori del 1988, animati da un modello processuale ricco di garanzie e fondato sulla dialettica delle parti, perché riservato ad un numero limitato di casi: l'impossibilità di convogliare la maggior parte del carico giudiziario su forme più agili di definizione ha compromesso l'equilibrio di quella riforma, obbligandoci oggi a cercare, anche nelle risorse dell'intelligenza artificiale, ragionevoli soluzioni che possano, ciascuna nella propria limitata sfera, restituire un po' di efficacia ad un sistema penale che ha perso, agli occhi dei consociati, credibilità e fiducia.



Machina iuris-dicere potest?

Ugo Ruffolo*

MACHINA IURIS-DICERE POTEST?

ABSTRACT: With the development of increasingly advanced A.I. systems, it has been suggested on several fronts to make use of predictive algorithms in the jurisdictional system, in the analysis of the cases and formulation of decisions, should they be capable of iuris-dicere like human judges. With a view to ensure the absolute primacy of human decision, the AI-based predictive machine could then support (and not completely replace) the human judge in his/her ruling. In the same way as an Advocate General, the conclusions rendered by the algorithm could thus constitute a mandatory but not binding opinion, which the human judge remains free to disregard, by giving his/her reasoned decision.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; predictive algorithm; justice system; robotic sentencing; predictive justice

SOMMARIO: 1. Una proposta per una virtuosa interazione tra giudice *bouche de la loi* e *machina sapiens* – 2. Certezza del diritto, capacità di analisi della *machina* e prevedibilità delle decisioni – 3. La integrazione uomo-macchina nella funzione giudicante – 4. La *machina* può censire un diritto (ritenuto) “incalcolabile”? E può garantire la possibilità di giurisprudenza evolutiva? – 5. In quale misura il giudice umano è davvero infungibile? – 6. La *machina* “Avvocato Generale” come strumento per ricondurre il giudizio secondo “valori” a quello secondo diritto? – 7. La gestione dell’opacità della decisione algoritmica – 8. Riflessioni conclusive: verso un ruolo ancillare, ma da ritualizzare, della *machina* quale “Avvocato Generale” ausiliario del giudice umano.

1. Una proposta per una virtuosa interazione tra giudice *bouche de la loi* e *machina sapiens*

Alla attività di *ius-dicere* Montesquieu assegnava la funzione di *bouche de la loi*. Era il corollario della tripartizione dei poteri, poi cardine della rivoluzione francese, matrice degli ordinamenti continentali, che affidava al giudice-funzionario il (solo) compito di traduzione del comando astratto nel caso concreto (il “*da mihi factum, dabo tibi ius*”).

È il concetto weberiano di *facti species*, la dottrina della fattispecie, e dunque il giudizio come riconduzione di un fatto specifico a caso particolare dello schema astratto (fattispecie) preveduto dalla norma. È un metodo “sistematico” (dal generale al particolare), quello continentale, figlio della filosofia tedesca, che esalta il primato della legge ed assegna al giudice il compito di fungerne da assetta *bouche*, da macchina umana che “calcola” il diritto e lo applica. È un sistema, nato da una rivoluzione “di classe”, quella francese, che ha fisicamente eliminato una classe, quella aristocratica, letteralmente decapitandola, e che esalta il primato della legge e garantisce che il giudice sia effettivamente terzo,

* Professore ordinario di Diritto Civile, Università di Bologna. Mail: studio.roma@studioruffolo.it. Contributo sottoposto alla valutazione del Comitato di direzione.

limitandosi ad applicare la legge votata dai corpi elettivi. In una società nata da un conflitto fra “classi” si sceglie, così, il giudice-macchina, il giudice-funzionario, garantendosi che sia impersonale voce della legge. È la legge, e non il giudice che la applica, ad essere “uguale per tutti”, la garanzia per i cittadini; i quali, anzi, sono garantiti “contro” il giudice, ove travalichi la legge.

Diversamente, nei sistemi di *common law*, nati non da una rivoluzione, ma da un “riformismo” e da un patto tra classi mutuamente riconoscentesi come legittime (la Gran Bretagna ha ancora una regina ed una Camera dei Lord), non si teme che il giudice sia “di classe”. E dunque il giudice è effettivamente un terzo al quale chiedere il “suo” giudizio, anche d’equità. La sentenza diventa una sorta di norma del caso concreto, con l’effetto ultrattivo o paranormativo, anzi, conferitole dallo *stare decisis*; che consente di astrarre, dal caso particolare, la regola generale. È il percorso inverso della fattispecie; o, se si vuole, il percorso inverso per costruirla.

Tale sistema “empirico” – non a caso nato nell’alveo dell’empirismo inglese – affida al giudice, effettivamente “terzo” e così considerato dall’ordinamento quanto dalla coscienza sociale, un compito che sta a metà fra il *ius dicere* ed il *ius facere* nel caso particolare, con lati poteri di decidere secondo equità; e dunque sulla base non solo di norme e principi legali ma altresì secondo valori, con maggior tendenza verso la sentenza (considerata) “giusta” (dal giudicante) piuttosto che la sentenza “esatta”. Mentre, nel differente universo del giudice-funzionario, privo di investitura sociale a “fare giustizia”, quel giudice è vincolato ad essere “macchina”, che “calcola” ed applica la legge e giudica secondo norme e principi, ma non secondo “valori”¹.

Si istituzionalizzava, così, il giudice come *machina sapiens* umana, incaricata di rinvenire non la soluzione soggettivamente ritenuta giusta, ma quella oggettivamente esatta in quanto rispondente al comando generale ed astratto della legge (*bouche de la loi*, appunto). Ove la macchina robotica sappia farlo (se non oggi, quantomeno domani), essa potrebbe in teoria rappresentare il tramite oggettivo e tra-duttivo perfetto tra caso specifico e norma. E sarebbe, dunque, nel prossimo futuro possibile (ed auspicabile?) ritualizzare il ruolo dell’algoritmo predittivo².

¹ M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1961.

² In tema di Intelligenza Artificiale, giustizia predittiva e sentenza “robotica”, v. K. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics - New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge, 2017; L. AVITABILE, *Il diritto davanti all’algoritmo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 8, 2017, 313 ss.; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2, 2020, 281 ss.; R. BERK, *Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings*, Cham, 2019; R. BICHI, *Intelligenza artificiale e diritto - Intelligenza artificiale tra “calcolabilità” del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 7, 2019, 1773 ss.; L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2019, 395 ss.; E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell’intelligenza artificiale*, Milano, 2020; A. CAPPELLINI, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2019, 353 ss.; A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019 (si richiamano, in particolare, i contributi di A. CARCATERRA, M.R. COVELLI, D. DE KERCKHOVE, L. DE RENZIS, N. IRTI, M. LUCIANI, G. MAMMONE, M. MAUGERI, F. PATRONI GRIFFI, A. PUNZI, E. VINCENTI); ID. (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato - I precedenti*, Bologna, 2018 (si richiamano, in particolare, i contributi di G. ALPA, F. ANELLI, R. BICHI, G. CANZIO, C. CONSOLO, P. CURZIO, M. DE FELICE, A. GAMBARO, R. GUASTINI, F. PATRONI GRIFFI, A. PROTO PISANI, R. RORDORF, M. TARUFFO, R. VACCARELLA); ID. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017 (si richiamano, in particolare, i contributi di G. CANZIO, M. DE FELICE, G. DE NOVA, A. DI PORTO, N. IRTI, M. NUZZO, V. ONIDA, F. PATRONI GRIFFI, P. ROSSI); C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2019; E.M. CICONI, *Linguaggio giuridico e Intelligenza Artificiale*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 59 ss.; A. D’ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020 (si richiamano, in particolare, L. AULINO, C. CASONATO, A. D’ALOIA, F. DONATI, A.

Chiediamoci, allora: la natura umana del giudicante è indispensabile? Pur anticipando che, come si dirà, il primato, e la libertà di decisione, del giudice umano debbono comunque restare indiscussi, alla *machina sapiens* potrebbe (dovrebbe?) oggi assegnarsi, ritualizzandolo, un nuovo ruolo, seppur ancillare e subalterno. Altro è invece la infungibilità etica o sociale del giudice umano, e la irrinunciabilità del suo ruolo, quali che siano le capacità della macchina di farne le veci. Ma, ove la macchina avesse, almeno in parte, tali capacità, potrebbe riaffermarsi la primazia del giudice umano, prevedendo, però, che egli sia vincolato ad operare coadiuvato dalla macchina, sempre nel rispetto del più generale principio – anche eurounitario – dello *human in command*, ispiratore della ben nota norma (art. 22 del Regolamento 2016/679³) che inibisce la decisione automatizzata ed autonoma, con ridotte eccezioni, sempre subordinate al consenso degli interessati.

2. Certezza del diritto, capacità di analisi della machina e prevedibilità delle decisioni

Possiamo in questa sede sottrarci al compiuto esame sia dell'affascinante interrogativo circa la "calcolabilità" del diritto, sia del tema delle analogie e differenze fra calcolabilità e prevedibilità nell'analisi giuridica; ed, in specie, fra astratta calcolabilità del diritto e concreta prevedibilità della specifica sentenza come previsione algoritmica dell'esito d'una controversia giudiziale. Ci limitiamo, allora, a

SIMONCINI); D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 5, 2018, 385 ss.; A. DE LA OLIVA SANTOS, "Giustizia predittiva", *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del "Justizklavier"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2019, 883 ss.; E. GABELLINI, *La "comodità nel giudicare": la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2019, 1305 ss.; C. GIANNACARI, *Il processo civile nell'era digitale: spunti di diritto comparato*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 623 ss.; N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 4-5, 2018, 1177 ss.; ID., *Un diritto calcolabile*, Torino, 2016; E. KATSH, O. RABINOVICH-EINY, *Digital justice - Technology and the internet of disputes*, Oxford, 2017; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 872 ss.; L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2019, 402 ss.; R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2019, 198 ss.; V. MORIGNAT, *L'IA, dalle predizioni alle decisioni*, in A.F. URICCHIO, G. RICCIO, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, Bari, 2020, 63 ss.; J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018; Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Court de Cassation, *La justice prédictive. Actes du colloque du 12 Février 2018 organisé par l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine PSL*, Parigi, 2018; D. PIANA, *Intelligenza artificiale nel processo: la sfida sarà insegnarle l'etica*, in *Il dubbio*, 5 marzo 2019; S. PIETROPAOLI, *Fine del diritto? L'intelligenza artificiale e il futuro del giurista*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 107 ss.; G. RICCIO, *Ragionando su processo penale e Intelligenza Artificiale*, in A.F. URICCHIO, G. RICCIO, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti*, cit., 35 ss.; E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, 2, 533 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza Artificiale e diritto - Perché le tecnologie di I.A. sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 63 ss.; A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 37 ss.; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2001, 11 ss.; L. VIOLA (a cura di), *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, 2019; G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2020, 277 ss.

³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", art. 22.



constatare un dato empirico, ma scientificamente testato: quello dell'elevato tasso di prevedibilità delle sentenze da parte della *machina sapiens*.

Il giudice robotico, dunque, si caratterizzerebbe, da un canto, come più limitato ma, dall'altro, più performante rispetto al giudice umano. La macchina non mangia, non dorme, non ha crisi sentimentali, né sbalzi d'umore, né preferenze personali o ideologiche; e, soprattutto, esamina sempre tutto il fascicolo, "processa" tutti gli atti (e non è poco) ed ha illimitato accesso a tutte le fonti normative ed a tutti i precedenti giudiziari, le pubblicazioni ed i dati reperibili *online*. Per contro, la macchina ragiona per inferenza e non per deduzione causale, ed opera con comprensione sintattica ma non semantica, sapendo selezionare i significanti e non i significati. Ed è priva sia di empatia che di comprensione emotiva, e comunque di "immedesimazione".

La *machina* è, dunque, fredda e dis-umana; ma è già "intelligente", e comunque razionale, e sarà in prospettiva ancor più *sapiens*. Essa riesce a pre-vedere il futuro comportamento dei giudici con ragionevole approssimazione; e come macchina predittiva si è anzi rivelata più affidabile, statisticamente, dei giuristi umani. Si consideri del resto che, quantomeno nel pensiero di *common law*, il diritto è la scienza che studia il futuro comportamento dei giudici, sulla scorta della nota definizione di Holmes (1897): «the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law»⁴.

Distinguendo fra sentenza robotica e giustizia predittiva, si propone, allora, un sistema che salvaguardi il primato della decisione umana e la assoluta libertà di giudizio del giudice-uomo, e però gli affianchi, con funzione servente ma ritualizzata, una sorta di Avvocato Generale-macchina, le cui "conclusioni" costituiscano un "parere" obbligatorio ma non vincolante, un progetto di sentenza che il giudice umano resta libero di disattendere, ma con decisione motivata.

Da un canto, va riaffermata la superiorità e titolarità umana della *iuris-dictio*, anche in ossequio al più generale principio, che è anche orientamento eurounitario, dello *human in command*: il già citato art. 22 del Regolamento UE 2016/679 sancisce il diritto a non essere sottoposti a decisioni produttive di effetti giuridicamente rilevanti basate «unicamente sul trattamento automatizzato».

Da un altro canto, va considerato che il già attuale sviluppo di algoritmi di giustizia predittiva tende a consegnare al ricorso ai medesimi la ragionevole previsione circa la valutazione futura dei giudici sul proprio comportamento, così storicizzandosi la concreta percezione della "certezza" del diritto e dello stesso stato di diritto⁵.

3. La integrazione uomo-macchina nella funzione giudicante

Sembra, dunque, seriamente proponibile la "ufficializzazione" del ruolo della previsione algoritmica nella decisione delle controversie, con funzione ancillare, ma ritualizzabile, quantomeno nel processo civile ed in quello amministrativo. Da quelle conclusioni il giudice umano avrà ogni libertà di discostarsi,

⁴ O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Rev.*, 10, 8, 1897, 457 ss.

⁵ Sul tema, si rimanda al breve quanto significativo saggio di L. ENRIQUES, *Responsabilità degli amministratori e ruolo degli algoritmi: brevi annotazioni sul senno di poi 4.0*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 295 ss., che pone il problema della responsabilità degli amministratori societari quando si discostino dai suggerimenti degli algoritmi come "esperti degni di fiducia", e si interroga sul "dovere di consultarli" e sulla "sudditanza" nei loro confronti.



ma dandone conto e motivando le ragioni di decisione difforme. Ufficializzando, così, il ruolo della *machina*, ma lasciando al giudicante umano l'egemonia e libertà massima di decisione.

Potrebbero, così, conciliarsi le esigenze di certezza del diritto (di sentenza umanamente pre-vedibile) con quelle di giurisprudenza evolutiva, capace di adeguare la norma – senza però forzarla – ai mutati contesti sociali; ma anche di deterrenza, e maggior controllo, rispetto a quella ingiustificatamente “creativa”, sulla base di un rinnovato riconoscimento del primato del giudice umano e della sua libertà (ma non arbitrio) nel decidere. Il giudice umano resterebbe libero di discostarsi dalle previsioni o conclusioni algoritmiche, tanto rilevandone la erroneità quanto motivando una interpretazione evolutiva adatta ad una realtà mutata; mentre rimarrebbe assicurata maggior trasparenza, e sia controllo che consenso sociale, rispetto alla decisione umana.

In tempi di transumanesimo portato sino al tecno-umanesimo, e di *contaminatio* sempre più spinta fra l'opera dell'uomo e quella della macchina intelligente – si pensi al chirurgo umano che opera governando una *machinery* chirurgica *smart* – la interazione uomo-macchina nell'attività giudiziale meriterebbe d'essere ritualizzata seguendo la proposta che abbiamo fin qui formulato. Sarebbe, questa, la «interazione feconda tra uomo e macchina», sì che «la decisione non sarà né solo dell'uomo né solo della macchina», ponendosi una «determinazione reciproca», sul modello della «guida assistita» nelle automobili⁶. Il paragone è illuminante. E ben si attaglia alla proposta qui avanzata di mantenere intatto ogni potere decisorio in capo al giudice umano, formalizzando però il ruolo della *machina sapiens* come una sorta di Avvocato Generale, le cui conclusioni possono essere motivatamente disattese ma non ignorate.

La soluzione proposta non scalfisce il primato ed il ruolo del giudice umano. Semplicemente, lo vincerebbe “anche” a consultare un algoritmo predittivo capace di coadiuvarlo e di rappresentargli sia una soluzione informata (l'opera dell'algoritmo è molto più veloce e completa nel compulsare il groviglio dei dati normativi come dei precedenti giurisprudenziali), sia quella che sarebbe la ragionevole aspettativa (la pre-visione) dei giudicandi (lo stato di diritto si fonda sulla pre-vedibilità della norma applicabile).

I parallelismi fra la capacità ed affidabilità del decisore umano e di quello algoritmico appaiono non di rado inficiati da pre-giudizi riduttivamente antropocentrici. Nella comparazione, qualche volta si dimentica che il nostro è un giudice-funzionario, nominato e non eletto, con funzioni di *bouche de la loi*, alla quale è asservito, e non è di norma un giudice d'equità e, dunque, legislatore del caso concreto. Egli è scelto, poi, sulla base di una verifica iniziale delle sole capacità tecniche e non di quelle d'empatia, o equilibrio, o altre particolari qualità umane. Che mai neppure vengono censite o verificate.

I parallelismi uomo-macchina *decidens* sono spesso ineguali: si prende a modello una concezione riduttiva della seconda e si promuove a pietra di paragone il giudice (o l'arbitro) umano ideale, e non quello reale. Si dimentica che, nella vita reale, i fascicoli sul tavolo del giudice sono tanti da sovrastarlo; e si chiede, magari, ad un magistrato fino al mese prima occupato come giudice di sorveglianza di decidere complesse questioni di diritto societario.

⁶ A. PUNZI, *Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 305 ss. Del medesimo Autore, su Intelligenza Artificiale e metodologia giuridica, v. A. PUNZI, *Diritto in.formazione. Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2018; ID., *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvetius d'Holbach. L'uomo-macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino, 2003.



Si invoca la pluralità delle fonti, il loro incerto e confusorio sovrapporsi, l'intrico fra quelle nazionali e sovranazionali, e l'intrecciarsi fra le medesime e gli strumenti di *soft law*, per magnificare come insostituibile la capacità del giudice umano (ideale) nel districarsi in quel groviglio. Ma, così argomentando, si dimentica quanto siano variabili da persona a persona le competenze e capacità reali, e si sminuisce la capacità di discernere della *machina*.

Anzi, quando la esigenza di censire, conoscere e "trattare" un così elevato novero di dati e logiche (a partire dalla molteplicità e gerarchia delle fonti) sia tale da postulare capacità sovra-umane, emerge come evidente la opportunità (se non la necessità) di evocare come indispensabile l'ausilio ancillare (ma formalizzato e "tracciabile") della *machina*. Accanto ai limiti umani del giudice, quelli relativi alla sua *particolare* attitudine, cultura ed orientamento personali potrebbero generare un troppo elevato rischio di giudizio differente a seconda della persona-giudice specificamente incaricata. Laddove, invece, la elaborazione algoritmica potrebbe assicurare esiti tendenzialmente più omogenei. Potrebbe, pertanto, non essere concepibile affidarsi al solo giudizio algoritmico, ma sarebbero sicuramente più disomogenee le decisioni affidate al solo giudice umano, non assistito dalla macchina.

4. La machina può censire un diritto (ritenuto) "incalcolabile"? E può garantire la possibilità di giurisprudenza evolutiva?

Dunque, nel ribadire la insostituibilità del giudice umano⁷, non può non rilevarsi la troppo frequente sottovalutazione della capacità di *performance* della macchina "predittiva", dimenticando non solo quanto elevata sia la sua capacità computazionale, ma anche quanto articolate siano le sue capacità di analisi, correlate alla sua natura *self-learning* ed agli insospettabili *skill* che il *machine learning*, il *deep learning* ed il ricorso a reti neurali sono capaci di conferirle.

Se il corpo delle norme di legge fosse tecnicamente perfetto, e linguisticamente omogeneo, ad ogni quesito interpretativo corrisponderebbe una sola risposta esatta ("vera"), e tutte le altre "false". Ma le imperfezioni di tecnica formulatoria del legislatore, l'affastellarsi di proposizioni normative pletoriche (una legge finanziaria può essere corposa quanto un codice civile) o contraddittorie, la pluralità delle fonti e la loro complessa gerarchia generano antinomie. Il quesito in taluni casi può prevedere un numero *n*, superiore ad uno, di risposte esatte "egualmente probabili". Lo stesso "principio di conservazione" implica il riconoscimento del "dubbio" fra una interpretazione utile ed una ultronea, presupponendo un pari grado di dubbio e dettando un criterio di scelta (in assenza di pari grado di dubbio, non potrebbe essere preferita la interpretazione meno probabile).

Pertanto, in linea teorica, lo spazio di opzioni interpretative rimesso al giudicante quale *bouche* della legge sarebbe limitato (si fa per dire) alla scelta soltanto fra il ristretto novero delle due o più interpretazioni che il gioco delle antinomie rende egualmente probabili, in eguale grado di "dubbio"⁸. E, in tal caso, ed in tali limiti soltanto, gli sarebbe concesso (per sciogliere il dubbio, se resiste ancora alla

⁷ Sul tema, si vedano le pagine alte di F. PATRONI GRIFFI, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 475 ss.; e di R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 423 ss.

⁸ Su "dubbio e decisione", v. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

corretta applicazione dei criteri dettati dall'art. 12 delle preleggi) di esercitare una propria "politica del diritto". Ma un siffatto spazio rimarrebbe ulteriormente ristretto dalla circostanza che molti dubbi interpretativi ricevono comunque, di fatto, nel "diritto vivente", una soluzione sulla base di quella che si rivela come opinione giurisprudenziale dominante (ancorché il principio dello *stare decisis* non operi nel nostro ordinamento, se non con ambito molto limitato).

Fin qui, dunque, il giudice umano perfetto, o il giudice macchina perfetto, deciderebbero di fatto quasi sempre allo stesso modo. Lo spazio differenziale, pur esistente, sarebbe ridotto. Più complesso è il problema della traduzione della norma astratta nella decisione sul fatto umano concreto, oltre che nella sua "valutazione" (compresa quella probatoria ed attinente alla dialettica processuale).

Altra questione è, poi, quella che la decisione robotica cristallizzerebbe i precedenti, anchilosando la giurisdizione al passato. Il problema esiste, ancorché debba andare fortemente ridimensionato. La A.I. *self-learning* censisce, per restare al vaglio dei precedenti, anche le omologie e differenze fra casi concreti decisi, e non si limiterebbe alla meccanica ed acritica trascrizione degli orientamenti precedenti. In verità, non trascurabile appare anche la parallela differenza fra il censire la giurisprudenza leggendo le sole massime, od invece anche il testo delle decisioni. La macchina, che forse – ma non è detto – capisce meno, sicuramente legge tutto.

Si dice che la A.I. sarà presto in grado di sostituire, nell'ordine, prima i guidatori di camion e taxi (l'auto *self-driving* esiste già), poi i radiologi (e in quel settore il ruolo della macchina è oggi molto incidente), e quindi avvocati, commercialisti e giornalisti: mestieri sofisticatamente "compilativi" (mentre romanzi scritti dalla macchina risultano già finalisti in qualche premio letterario, come successo in Giappone, ed un dipinto generato dalla macchina è stato battuto a quattrocentotrentaduemila dollari). Dunque, la capacità robotica di redigere atti difensivi è in qualche misura comparabile a quella di redigere prospetti di decisioni robotiche, che la macchina-*Avvocato Generale* potrebbe sottoporre come sue "conclusioni" al giudice-uomo, vincolato a censirle ma libero di decidere altrimenti, adeguatamente motivando.

Ulteriore questione, altrettanto sopravvalutata, sarebbe quella della invocata incapacità, o eccessiva difficoltà, della macchina a censire valori. Innanzitutto, deve distinguersi tra "valori" e principi: i primi non riguardano né il giudice né la legge, eccetto che risultino recepiti nelle norme o nei principi normativi. Ed in questo secondo caso la capacità robotica di analizzare i precedenti, e comunque quella, già riconosciuta, di tradurre l'analisi di un caso nella redazione di idonei atti difensivi, rendono evidente i quantomeno più angusti termini di questo problema (come di quello, pure contiguo, della pretesa incapacità della macchina di valutare i casi particolari ed i profili umani). Connesso tema è, poi, quello della difficoltà della macchina a censire previsioni normative di vasta portata, quali, oltre ai principi generali, le clausole generali.

In sintesi, la *machina* intelligente, ma che è più corretto definire razionale, "non conosce la vita"; non è emotiva e cosciente. Altro difetto spesso imputato alla *machina* risiederebbe nella sua minor capacità di giurisprudenza evolutiva. Ma non impossibilità: l'A.I. *self-learning* è – o sarà – capace di processare molti dati "sociali", compulsando letteratura, *news* e banche dati, forse con minor sensibilità; ma, invero, anche minor pericolo di giurisprudenza creativa.



5. In quale misura giudice umano è davvero infungibile?

I pregi del giudice-macchina, dunque: sicura uniformità di giudizio; minori rischi di parzialità e discriminazione (se non quelli che provengono dai dati, gli stessi che inficerebbero, prevalentemente, il giudizio umano); maggior “prevedibilità” e, conseguentemente, maggior certezza del diritto. Sicura, ed uniforme, diligenza nel decidere: l’A.I. esamina tutto il fascicolo, non è mai disattenta; “conosce” tutta la giurisprudenza e tutte le fonti normative; esamina sempre tutte le domande, tutte le eccezioni e tutte le argomentazioni delle parti. La medesima *macchina* potrebbe, inoltre, presentare lo stesso grado di affidabilità in tutte le parti del mondo, mentre “paese che vai, giudice che trovi”.

Non è un caso che al quesito «se incriminato, ti faresti giudicare dal giudice umano o dalla macchina?», la risposta prevalente sia: «dalla macchina, se sono innocente; dal giudice umano, se sono colpevole». Eppure, non si può non convenire con il principio che il processo abbia come *human in command* un giudice umano. È un imperativo che trova fondamento non solo, e soprattutto non tanto, nella maggior fiducia in quel giudicante, quanto nella fondamentale esigenza di rispetto della dignità umana del giudicante, il suo conseguente “diritto umano” ad un giudizio in cui sia un suo simile a compiere o avallare la decisione.

Altro è però la irrinunciabilità del controllo umano nella attività di *iuris-dictio*, altro la sacralità del ruolo, dei poteri e della “corporazione” dei giudici. Soprattutto in ordinamenti che, come il nostro, prevedono un giudice-funziionario, scelto solo sulla base di una selezione tecnica iniziale; laddove, invece, nessun vaglio è previsto per il personale giudicante circa le attitudini e gli aspetti caratteriali, o le doti di equilibrio, empatia, serenità di giudizio ed attitudine a decidere con imparzialità.

Questo consente, ma circoscrive, la legittimazione, anche sociale, del giudice. E si riduce, dunque, il *gap* differenziale con la *macchina sapiens*. La macchina è forse inidonea alla interpretazione evolutiva (non è detto), ma è certo più tetragona a quella gratuitamente creativa. E, dunque, la proposta fin qui ventilata d’un giudice umano libero di decidere, anche “innovando”, ma tenuto a censire le conclusioni dell’algoritmo predittivo ed a motivare le ragioni del divergere, potrebbe costituire utile freno alla giurisprudenza creativa senza inibire quella meritoriamente evolutiva.

Non dimentichiamo che ogni pur giustificato mutamento giurisprudenziale si sviluppa, quasi sempre, sulla pelle del caso deciso. Illumina la decisione dei casi successivi, per i quali assurge a pre-vedibile elemento paranormativo, ma talora oscura, vulnerandola, la certezza del diritto nel caso regolato. Se la legge «non dispone che per l’avvenire», la sentenza innovativa regola invece un evento passato; innova, ma a spese del caso deciso.

Viene spesso evocato il conflitto fra sentenza corretta e sentenza giusta. Ma compito del giudice funzionario, abbiamo detto, è la prima più che la seconda. Il giudice-funziionario è scelto per la sua capacità di emettere sentenze corrette (rispettose della *loi* della quale è *bouche*) e non sentenze giuste, e tendenzialmente è la legge e non il giudice a dover adeguare l’ordinamento alla evoluzione del reale⁹. Ancora una volta, dunque, il ruolo ancillare ma istituzionalizzato dell’algoritmo predittivo nel processo

⁹ Mi permetto, sul punto, di richiamare un mio intervento, *Usa alternativo (“da destra” e “da sinistra”) del diritto privato: il marxismo come metodo della scienza giuridica*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto. Vol. II - Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973, 169 ss., dove distinguevo fra l’uso alternativo del diritto come tecnica interpretativa ispirata a privilegiare una specifica “politica del diritto” e il ben diverso “uso alternativo” (non del diritto, ma) della sentenza.

servirebbe da filtro idoneo a contrastare la giurisprudenza gratuitamente creativa, senza scoraggiare quella meritoriamente evolutiva.

6. La machina “Avvocato Generale” come strumento per ricondurre il giudizio secondo “valori” a quello secondo diritto?

Il sistema dell’ordinamento giuridico è dinamico, non statico, e prevede meccanismi di adeguamento delle norme al mondo che cambia, tanto sulla base di regole ermeneutiche articolate (si pensi alla analogia), quanto mediante la previsione – espressa o implicita – sia di principi generali che di clausole generali. Le quali normano anche mediante rinvio *per relationem* a fenomeni sia interni (ad es. ingiustizia del danno) che esterni (ad es. correttezza, buona fede) all’ordinamento.

La *machina* è più atta a giudicare sulla base di un diritto weberianamente più calcolabile; che era già il sogno di Leibniz¹⁰, e fondamento della “giurimetria” teorizzata alla metà del secolo breve¹¹. In verità, anche se la macchina può apparire inidonea (o non legittimabile) a scelte etiche, o a scegliere fra etiche, sarebbe altrettanto incongruo affidare tale compito al giudice-funzionario, sia *unfit*, sia privo di investitura e legittimazione sociale. La collettività si affida al giudice solo come interprete e sapiente traduttore (anche “evolutivo”), ma non invece inventore, della legge. “La legge è uguale per tutti”, mentre i valori sono diversi per ciascuno.

Invero, sulla dialettica tra adeguamento interpretativo giudiziale e rispetto del primato della legge, spira ora un vento riduttivo con riguardo alla libertà di interpretazione innovativa. Così, la Corte di Giustizia riafferma la necessità di privilegiare la interpretazione letterale e l’imperativo di non sovvertirla, mentre le norme che potenziano la funzione nomofilattica della nostra Suprema Corte introducono un sia pur minimo *stare decisis*.

Delle due, allora l’una: o davvero società civile e rapporti di produzione sono tramutati in un nuovo assetto sociale, un neo – o post – capitalismo che esige una amministrazione della giustizia secondo valori; o invece (ma sul piano effettuale il risultato è lo stesso) è il corpo dei giudici ad essersi eretto a mediatore sociale investito del compito di amministrare la giustizia secondo valori, anche quando non ancora tradotti in norme o principi normativi conformi, divaricando la forbice tra il diritto vigente e il diritto vivente.

In verità il giudice-funzionario non è (non può essere) giudice d’equità ma di diritto, e non è (non può essere) legittimato a giudicare per “valori” invece che per norme e principi normativi. È la legge a trasferire i valori in norme o principi, e la discrezionalità del giudice è limitata, se e quando vi siano più interpretazioni in pari grado di dubbio, alla sola scelta fra esse (si rimanda a quanto esposto *retro*). Il diritto torna ad essere così calcolabile, mentre lo sono meno i “valori”.

Le “conclusioni” della *machina*, i suoi progetti di sentenza potranno, dunque, essere di serio ausilio al giudicante umano dotato di maggior discernimento critico ma minore capacità (e talora tempo, o volontà?) di censire la enorme mole di dati. Né il diritto ritorna “incalcolabile”, o (cosa comunque diversa)

¹⁰ Dell’Autore, v. G.W. LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria, in qua, ex arithmeticae fundamentis* (Ed. 1666), Parigi, 2012; ID., *Principi ed esempi della scienza generale*, in F. BARONE (a cura di), *Scritti di logica*, Milano, 2009, 121 ss.

¹¹ Sul tema, si rimanda a L. LOEVINGER, *Jurimetrics. The next step forward*, in *Minnesota Law Rev.*, 1949, 455 ss.



la decisione meno predicabile, in presenza di enunciati normativi ampi e aperti, per principi o per clausole generali, che operano mediante rinvio *per relationem* a figure o fenomeni interni all'ordinamento (ingiustizia del danno) od invece, all'esterno d'esso, alla fenomenologica realtà sociale (correttezza, buona fede, eccessiva onerosità, ...).

Si discute, a ben vedere, della mera capacità tecnica della macchina, la quale, potendo cercare i dati sia normativi, sia giurisprudenziali, sia "sociali", con accesso a banche dati e materiali editi, ed affinando le proprie capacità di analisi con l'autoapprendimento, avrà serie capacità di analisi ed elaborazione di giustizia predittiva conseguenti. Emerge, anzi, quale difficoltà sia per i giuristi e giudici umani che per la *machina*, quella correlata alla non sempre soddisfacente qualità ed alla eterogeneità lessicale e sintattica dei testi normativi; e, poi, alla presenza di massime non sempre fedelmente rappresentative delle sentenze massimate. Va rivalutato il linguaggio tecnico: ogni scienza ha il suo linguaggio o apparato di significanti.

7. La gestione dell'opacità della decisione algoritmica

Altra essenziale questione è quella della opacità delle conclusioni algoritmiche. La macchina ragiona per inferenza e non per causalità (è un altro tipo – non di intelligenza, ma – di razionalità). E, soprattutto, è opaca: sappiamo come decide, ma non perché. Ma «decidere è motivare. La motivazione nel caso concreto è il dato fondante della giurisdizione»¹². La macchina, invero, sarebbe già capace di redigere una irreprensibile motivazione (così come è capace di redigere un accettabile atto difensivo), ma lo farebbe simulando quella umana.

La scatola nera resta spesso impenetrabile, in primo luogo per difficoltà tecniche del processo di *reverse engineering*, possibile, talora, utilizzando come strumento altri algoritmi, magari altrettanto opachi, oltre che talvolta anche giuridicamente inibito da privative e segreti industriali (non riusciamo a conoscere, del resto, neppure la formula della Coca Cola).

Sarebbe irrealistico pretendere una tale analisi all'interno di ogni singola vicenda processuale; nella quale, però, le garanzie di affidabilità della *machina* restano irrinunciabili. La soluzione potrebbe risiedere in una omologazione autoritativa (ministeriale, demandata ad un organo statale quale una apposita autorità, o agenzia, o entità facente capo al CSM, ...), con esaustiva ed autorevole verifica *ex ante*. Il suo fornitore potrebbe così "metterne a nudo", in un procedimento autoritativo coperto da massima riservatezza e vincolo di segretezza, ogni elemento. E l'ente avente l'autorità ed il compito di omologare ed approvare l'uso della *machina* da destinare ad ausilio degli uffici giudiziari sarebbe anche quello incaricato d'ogni aggiornamento, manutenzione e verifica, anche in sede di contestazione sulla affidabilità e regolarità di funzionamento nel caso concreto. Non sarebbe, questa, una verifica "in contraddittorio", non necessaria alla luce della circostanza che la decisione perverrebbe dal giudice umano, solo "assistito" dalla macchina.

¹² R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, cit., 440-442.



8. Riflessioni conclusive: verso un ruolo ancillare, ma da ritualizzare, della machina quale “Avvocato Generale” ausiliario del giudice umano

In conclusiva sintesi, un essere umano deve poter essere giudicato solo da un altro essere umano. Lo impongono i diritti umani, e quello della dignità della condizione umana, più che la pretesa superiorità dell'intelligenza umana rispetto a quella artificiale. Al tempo stesso, il diritto è già diventato troppo complesso (e disciplinato da fonti troppo numerose ed articolate, ed opinioni giurisprudenziali e dottrinali ormai sterminate) per affidare la mediazione decisoria alle sole energie e competenze d'un giudice sempre oberato e quasi mai davvero specializzato. Al giudice medio, non a quello ideale; il quale in Italia opera in solitudine, senza referendari o altri qualificati assistenti (al massimo, qualche sparuto tirocinante).

In molti sistemi continentali e comunque nel nostro, il primato della legge è sostituito da quello della interpretazione. Ma in tempi a noi più vicini si sta consumando una preoccupante transizione verso la giurisprudenza non del diritto ma dei “valori”: dalla giurisprudenza evolutiva, ancora interpretativamente plausibile, a quella “creativa”, nella quale il richiamo al testo normativo scade a mero pre-testo. In tale transizione assume peso non piccolo la montante tendenza della magistratura come corpo sociale ad (auto)attribuirsi ruoli di corpo intermedio con funzioni e “missioni” ultronee rispetto a quelle di decidere le controversie applicando la legge. È complice l'inerzia del legislatore, e la insoddisfacente qualità tecnica di molti testi normativi, che rende agevole invocare un vuoto da colmare. Ma è sempre la legge che deve calare in norme o principi normativi le scelte etiche del legislatore, e quindi i valori. Non compete dunque alla corporazione dei giudici il ruolo di scegliere quelli dei quali farsi interprete. Tramontata la ideologia d'un diritto naturale dal quale desumere valori immutabili, non è certo il giudice-funzionario a poter decidere quali (mutabili) valori siano quelli ai quali sia “giusto” (in ciascun momento) ispirarsi.

E veniamo al ruolo ancillare ed al tempo stesso “moralizzante” della macchina, quale ausilio da ritualizzare nel procedimento decisorio.

Gli stessi autori che reputano la *machina* inidonea a giudicare richiamando la pluralità e complessità delle fonti del diritto, e l'incerto intersecarsi fra quelle nazionali e sovranazionali, accanto alla pluralità di altri fattori di produzione paranormativa e di *soft law*, rendono evidente la estrema difficoltà, per il giudice umano, di padroneggiare da solo, sempre, una così elevata mole di dati. Ove pure la macchina resti inadatta a fronteggiare da sola quei nodi, il singolo giudice si trova non meno inadeguato a scioglierli in solitudine. È l'ibrido umano-macchina il solo ormai capace di governare molte professioni del futuro: «bisogna pensare a una contaminazione tra l'uomo e la macchina nella quale le prestazioni cognitive dell'uomo vengono potenziate e al contempo sorvegliate dalla capacità della macchina»¹³. I dati normativi, giurisprudenziali e dottrinali da considerare si sono moltiplicati; quella splendida, insuperabile macchina pensante, pesante poco più di un kilogrammo, che è il cervello umano, non è cresciuta, nel frattempo. Può, però, essere sfruttata al meglio (integrandola, se non ibridandola) con l'ausilio della intelligenza artificiale della macchina, per certi versi più “ingenua”, ma per altri infinitamente più veloce ed esaustiva (nessun giudice è in grado di compulsare sempre tutti i precedenti

¹³ A. PUNZI, *Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, cit.



giurisprudenziali, la letteratura di settore e la normativa rilevante di ciascun caso), e dunque ben capace di dare informazioni e contributi “intelligenti”, e soprattutto completi.

U.S. Law – Focus on



Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale.

Dimensioni e governo

Andrea Simoncini*

1. Quale regolamentazione?

La regolamentazione dell'impiego della IA nel settore della giustizia si colloca all'interno del ben più ampio tema della disciplina dell'IA nel suo complesso. Proverò, quindi, a proporre alcune rapide considerazioni di natura generale entro cui collocare le riflessioni emerse sulle possibili applicazioni di tale tecnologia nell'ambito del potere giudiziario.

Trenta o quaranta anni fa, porre la domanda «Quale regolamentazione per l'Intelligenza Artificiale?» avrebbe voluto dire chiedersi: «Quale legge per l'Intelligenza Artificiale?».

Con riferimento a temi vasti ed articolati come quelli della tecnologia, la “regolazione”, infatti, normalmente coincideva con la “legislazione”¹ e, a seguire, con tutta la catena normativa discendente delle fonti secondarie e regolamentari di natura esecutivo-integrativo-attuativa.

Oggi lo scenario è molto più complesso.

Al tempo in cui scriviamo, con il termine “regolamentazione” indichiamo più propriamente un fine – e non più solo un mezzo – quello di rendere una determinata attività oggetto di una norma giuridica; orbene, questo fine si può realizzare attraverso uno spettro di strumenti molto più ampio della sola legge parlamentare (ovvero dei suoi equivalenti).

La legge, oggi, è solo una delle possibili strategie attraverso le quali possiamo disciplinare l'uso della tecnologia. La ragione di questa maggior complessità sta, in primo luogo, nel fatto che nel frattempo si sono (ulteriormente) moltiplicati i livelli di autorità pubbliche dotate di potere normativo, ma, in secondo luogo, sono profondamente cambiate le forme attraverso cui questo potere normativo viene realizzato.

Solo per proporre un elenco non esaustivo di questa nuova “fenomenologia” della regolazione, si pensi alle forme della regolazione privata o della “self-regulation”, ovvero alle categorie del “nudging power” elaborate da Sunstein e Thaler; si pensi, altresì, all'effetto normativo che comportano le scelte finanziarie ovvero di mercato, alla capacità regolativa delle scelte operate sulla responsabilità civile, fino alla nota teoria di Lawrence Lessig per il quale «Code is the law»; ma su questo variegato panorama torneremo in seguito.

Il livello di complessità del problema finisce, poi, per aumentare se consideriamo che l'IA è un fenomeno suscettibile di applicazioni trasversali in moltissimi settori (privati e pubblici), dal momento che essa rappresenta essenzialmente una tecnologia per le decisioni. Noi utilizziamo l'IA per agire: per calcolare, decidere, predire, conoscere, eseguire, profilare etc. Per questo la tecnologia algoritmica finisce per sollecitare un po' tutte le possibili dimensioni normative, soprattutto quando si pensi di utilizzarla

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche (DSG) dell'Università degli Studi di Firenze. Mail: andrea.simoncini@unifi.it.

¹ Intendendo per “legislazione” tutto lo spettro di norme primarie previste nel nostro sistema costituzionale sia di origine parlamentare che governativa.

AI & Law - Focus on

in un settore delicato per la tutela dei diritti di tutti, quale quello delle decisioni giudiziarie o attinenti il mondo della giustizia.

A testimonianza di questa complessità sta il fatto che moltissimi organismi internazionali ed europei stanno ponendo il problema di come orientarsi in materia di regolazione della IA: tra il 2020 e il 2021 sia il Consiglio d'Europa, che il Parlamento Europeo e la Commissione hanno adottato numerosi documenti². Ed infine il 21 aprile 2021 la Commissione ha presentato, sulla base di questi documenti, una proposta di regolazione comprensiva dell'IA³.

2. Le diverse dimensioni della regolazione

Provando a delineare sommariamente lo spettro delle possibili alternative, tre sono le dimensioni fondamentali da prendere in considerazione, a seconda che si consideri l'*efficacia* delle regole ovvero il *soggetto* che le emana ovvero infine, il *contenuto* delle stesse.

Innanzitutto, quanto all'*efficacia* delle regole, la distinzione ormai classica è quella tra le cosiddette norme di *hard law* e di *soft law*.

Le prime rappresentano un sistema di regole dotate di piena obbligatorietà in senso giuridico, ovvero sia suscettibili, in caso di violazione, di applicazione giudiziaria e di esecuzione forzata. La *soft-law*, invece, è un sistema di regole non precettive, comunque caratterizzato da un diverso grado di persuasività, ovvero sia in grado di svolgere effettivamente una funzione di orientamento e di indirizzo nei confronti dei loro destinatari, sebbene non suscettibili di attuazione giudiziaria.

Diverso scenario appare se invece assumiamo come punto di vista la prospettiva degli autori delle regole, ovvero sia dei soggetti che le adottano. In questa dimensione si può proporre una tripartizione. *In primis*, vi sono le forme di «etero-regolazione pubblica», ovvero sia regole poste da parte di autorità pubbliche *diverse* dai destinatari (soggetti internazionali, europei, nazionali, regionali, locali); all'opposto stanno le forme di «auto-regolazione privata», ovvero sia le regole poste da parte degli stessi destinatari delle regole (la c.d. *self-regulation*: si pensi ai principi etici di Google sull'uso della AI, ovvero ai c.d. Community Standards di piattaforme social come Facebook o Instagram, si pensi infine alle norme di autoregolamentazione adottate da associazioni di categoria ovvero alle norme ISO e a quelle di standardizzazione prodotte da organizzazioni private internazionali etc.); esiste, però, una terza strada da percorrere con riferimento agli autori delle norme, quella della «co-regolazione», ovvero sia forme di uso misto tra auto – ed etero – normazione, spesso qualificate dall'attività “quasi” regolatoria

² EPRS | European Parliamentary Research Service, *Artificial intelligence: From ethics to policy*, PE 641.507, giugno 2020 ([https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU\(2020\)641507](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2020)641507)); Id., *Artificial intelligence: From ethics to policy*, PE 641.507, giugno 2020 ([https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU\(2020\)641547](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2020)641547)); S. SAMOILI, M.L. COBO, E. GOMEZ, G. DE PRATO, F. MARTINEZ-PLUMED, B. DELIPETREV, *AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, 2020, (EUR 30117 EN), Luxembourg: Publications Office of the European Union; High-Level Expert Group on AI, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, Brussels, European Commission. Oppure sul tema specifico della giustizia si veda CEPEJ, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*. Strasburgo, 2018

³ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, COM(2021) 206 final.

o giurisdizionale di autorità indipendenti (ad esempio, pareri o autorizzazioni generali delle *Autorities* di protezione dei Dati Personali, ovvero codici deontologici approvati dalle stesse *Autorities*).

Infine, la terza dimensione riguarda il contenuto della regolazione. In questa dimensione il fattore discriminante è la diversa modulazione della intensità normativa. Agli estremi dello spettro troviamo norme di divieto assoluto e norme di liceità assoluta; ovviamente ipotesi estremamente improbabili, ma che servono per definire il quadro teorico di riferimento in cui poi calare la regolazione concreta. Nel mezzo, per dir così, troviamo norme di divieto o di liceità relative ovvero sia, prescrizioni in cui certe tecnologie sono consentite, purché rispettino determinate condizioni.

In quest'area, ovviamente, si colloca la maggior parte delle regole oggi indirizzate alla tecnologia in generale e alla IA in particolare. Sempre in questo segmento dobbiamo annoverare le forme più recenti di regolazione ispirate al cosiddetto "risk-based approach". Questo approccio è utilizzabile nel caso in cui un sistema tecnologico non sia oggetto né di un divieto assoluto né di liceità assoluta; consideriamo, dunque, strumenti o prodotti non vietati in sé, ma che possono essere utilizzati a patto che si rispettino determinate condizioni.

Nel risk-based model, l'oggetto della disciplina non è in primo luogo l'evento di danno e le sue conseguenze, ma, appunto, il "rischio" del danno, ovvero sia la probabilità del suo verificarsi⁴. In tal modo, piuttosto che un sistema di tutele successive, che si limitino a stabilire quali conseguenze derivino dalla violazione di certe norme, si intende realizzare una forma di protezione preventiva, che riduca o azzeri la probabilità stessa delle violazioni⁵. In questa prospettiva, l'obbligazione principale per il destinatario della norma è quella, innanzitutto, di analizzare la propria attività e valutare i rischi connessi alla adozione di certe tecnologie; conseguentemente, deve adottare schemi organizzativi interni ed esterni volti a ridurre ovvero ad annullare tali rischi. Normalmente questi schemi organizzativi sono validati da organismi indipendenti di valutazione e controllo.

Ritengo che questa forma di regolazione meriti un'attenzione particolare dal momento che essa sta diventando quella di riferimento nelle scelte normative in questo settore; essa, infatti, ha un indubbio vantaggio che la rende preferibile ad altri modelli normativi: quello di "garantire" la liceità di una condotta in maniera preventiva, ovvero sia, puntando su adempimenti richiesti *ex ante* ai destinatari, piuttosto che renderli responsabili *ex post* delle effettive lesioni o dei danni. Questo modello rispetto ad altri, soprattutto se applicato alle tecnologie pericolose, è decisamente il più favorevolmente orientato al mercato, in quanto consente agli imprenditori che producono e commercializzano tali tecnologie di considerare la cosiddetta "legal compliance" – ovvero il rispetto della normativa – come un costo di produzione e, così, di internalizzare tale costo nel calcolo economico della propria attività, piuttosto che rimanere esposti alla incertezza del dover rispondere comunque delle violazioni della legge. E proprio per questi motivi il "risk-based approach" è particolarmente funzionale agli scopi dell'Unione Europea, che da sempre è alla ricerca del difficile equilibrio tra l'elevata protezione dei diritti e l'obiettivo primario della crescita economica e della creazione del mercato unico; dimostrazione di questo è il fatto che il modello basato sulla gestione del rischio ha ispirato in parte la redazione del GDPR (il

⁴ R. BALDWIN, J. BLACK, *Really responsive regulation*, in *The Modern Law Review*, 1, 2008, 65 ss.

⁵ J. BLACK, *Risk-based regulation: choices, practices and lessons being learnt. Risk and Regulatory Policy*, in *Improving the Governance of Risk*, OECD, Paris, 2010.



regolamento di disciplina dei dati personali)⁶, ma è il modello fondamentale di riferimento della recente proposta di disciplina dell'*Artificial Intelligence Act*.

Va sottolineato, però, che il punto più sensibile sul piano costituzionale nella scelta di questa tecnica di regolazione, rimane la tutela di quelle sfere di libertà dei soggetti che qualifichiamo come “diritti fondamentali”⁷. Se, infatti, ci troviamo dinanzi a tecnologie che possono ledere un diritto fondamentale – oppure no, dipendendo da come esse sono realizzate – allora ben si potrà utilizzare il modello basato sulla gestione del rischio, a patto che gli elementi caratterizzanti i diritti fondamentali in gioco siano stati tutti correttamente presi in considerazione nella valutazione *ex ante* dei rischi.

Ma dinanzi a tecnologie che ledono comunque i diritti fondamentali (si pensi all’impiego di algoritmi strutturalmente non esplicabili e, dunque, non motivabili, nel settore della giustizia o della amministrazione pubblica, ovvero a sistemi che si basano sulla elaborazione di dati che non possono essere trattati in alcun modo perché discriminatori o sensibili) in questi casi non si potrà invocare l’adozione di misure preventive per impedire l’esercizio della tutela contro la violazione del diritto sia essa in via amministrativa che giudiziaria.

In altri termini, per poter adottare il *risk-based approach*, rimane cruciale aver correttamente e chiaramente tracciato la linea distintiva tra tecnologie vietate, in quanto *comunque* lesive di diritti fondamentali, e quelle consentite, a patto che vengano adottate le misure di gestione del rischio.

Rimane, infine, un’ultima considerazione generale che riguarda le diverse dimensioni della regolamentazione dell’IA: occorre andare verso una regolamentazione generale dell’IA come *genus* tecnologico, oppure è preferibile porre in essere discipline diversificate a seconda delle *species* (dei settori) in cui essa verrà applicata?

Direi che questa alternativa – che sicuramente permane come interrogativo teorico – in realtà, sia sostanzialmente risolta se si guarda alla prassi.

È infatti evidente che le applicazioni della IA nel settore della medicina dovranno essere regolate diversamente dalle applicazioni alle previsioni metereologiche, così come il settore della giustizia di cui ci occupiamo, richiede cautele ben diverse da quelle che debbono essere adottate nel settore della automazione dei processi industriali.

La regolamentazione della IA dovrà tener conto di alcuni principi generali che debbono avere una applicazione “cross-cutting”, ma poi prevedere sistemi di disciplina adeguati all’oggetto preso in considerazione.

In conclusione, ritengo che la disciplina della IA, sia nella sua parte generale, che in quella diretta al settore della giustizia, debba utilizzare in maniera coordinata tutte queste dimensioni normative.

Quando parliamo di tecnologia, la decisione normativa rilevante non riguarda tanto la scelta della singola fonte che si intende utilizzare – *hard* o *soft law*, regolamento o direttiva europea, divieto assoluto o modello *risk-based*, etc.) – quanto la costruzione di un sistema coordinato di governo delle diverse tipologie di fonti, che converga verso lo scopo di regolamentare la AI, cioè di renderla compatibile

⁶ C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell’interessato*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona: il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), Napoli, 85 ss.

⁷ Per una visione ispirata alla contrapposizione netta tra “*risk-based approach*” e “*right-based approach*” cfr. F. HIDVEGI, D. LEUFER, E. MASSÈ, *The EU should regulate AI on the basis of rights, not risks* <https://www.access-now.org/eu-regulation-ai-risk-based-approach/>



con quel sistema costituzionale di tutela dei diritti che consideriamo generalmente con il termine *rule of law*.

In concreto, la regolamentazione dell'IA può avvenire a seconda dei settori utilizzando tutto il vasto strumentario che nasce dalla matrice tra tutte le diverse variabili che abbiamo ricordato: efficacia, destinatario, intensità della regola.

È necessaria una strategia complessiva nella scelta del tipo di fonte, che si articoli a seconda del livello e del settore, capace di dare razionalità ed effettività ai singoli strumenti normativi.

D'altronde, a ben vedere, oggi il quadro è già composto da un variopinto *patchwork* di *pieces of legislation* diverse, che utilizzano più o meno tutte le dimensioni normative descritte.

3. Le ragioni di un governo coordinato delle diverse opzioni normative

Ci si può chiedere da dove derivi la ragione di questa scelta di un sistema di governo coordinato di fonti diverse anziché l'opzione per una o più di esse.

La ragione principale risiede nel grave deficit di effettività che ad oggi sconta il sistema normativo in questi ambiti.

Le forme più classiche di normazione, quelle indicate dalla letteratura aziendalistica come strumenti di «command and control», caratterizzate dal binomio attività «consentite/vietate» e normalmente assistite da sanzioni applicabili in via amministrativa o giudiziaria mondo della tecnologia, soprattutto nel settore della circolazione dei dati, dell'informazione e della comunicazione (ICT) sono caratterizzate da un elevato tasso di ineffettività.

Si pensi, ad esempio, al fallimento sostanziale della applicazione della normativa antitrust alle cosiddette “Big Tech”. Il tentativo di far rientrare un fenomeno nuovo ed inedito come quello delle “piattaforme tecnologiche”, nelle nozioni classiche di “abuso di posizione dominante” ovvero di “intese restrittive della concorrenza”, ha fatto sì che, anche nei casi in cui la normativa antitrust è stata effettivamente applicata e sono state irrogate sanzioni anche molto rilevanti sul piano economico, l'applicazione della regolazione non è riuscita in alcun modo a scalfire la posizione sostanziale di monopolisti che attualmente tali industrie ricoprono.

Ma vi è un esempio più calzante visto il nostro tema specifico.

Si pensi, infatti, al GDPR, il noto regolamento europeo n. 679 in materia di dati personali entrato in vigore nel 2016; se si legge il Regolamento, si scopre che in realtà all'interno del vigente diritto “europeo” esiste già una norma generale in materia di decisioni adottate da sistemi di IA. Il principio, scolpito nell'art. 22 del GDPR – che a sua volta riprende l'art. 15 della precedente direttiva 95/46/CE – afferma che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

In effetti questa norma esprime un principio generale di grandissima importanza con riferimento ai sistemi di trattamento automatico dei dati, tra i quali si inseriscono quelli di IA: nessuna decisione che interferisca significativamente con una persona può essere presa “unicamente” – *solely* – da un algoritmo (principio di “non esclusività”). Questa regola, per il suo tenore testuale, risolverebbe già



moltissime delle possibili controversie sull'utilizzo di algoritmi decisionali, ad esempio nel settore della giustizia. Tutte le volte che una decisione automatica non prevede un intervento umano, è vietata.

Chiediamoci, quante volte è stato applicato l'art. 22 del GDPR oppure – visto che ha un tenore letterale praticamente identico – l'art. 15 della direttiva 95/46, così come recepita dai vari stati?

Ebbene, le applicazioni giudiziarie o amministrative di queste regole sono state rarissime se non del tutto inesistenti.

Le ragioni di tale insuccesso sono molteplici. Innanzitutto, la stessa formulazione dell'art. 22 del GDPR. Il principio di “non esclusività”, infatti, nel GDPR è soggetto a numerosissime eccezioni.

In base al testo vigente, una decisione algoritmica può legittimamente incidere sui diritti della persona anche senza alcun intervento umano:

- a) quando sia necessaria per concludere o eseguire un contratto tra interessato e titolare del trattamento;
- b) quando sia stata autorizzata dal diritto dell'Unione o dello stato membro;
- c) quando vi sia il consenso esplicito dell'interessato.

È evidente che la portata di queste eccezioni nei fatti è amplissima, tanto che verrebbe da chiedersi se, in realtà, residui uno spazio effettivo per la regola. Per questo il principio di “non esclusività” pur esistendo da oltre 25 anni nei fatti ha avuto una scarsissima applicazione pratica.

Ma vi è un altro fattore che rende l'utilizzo delle forme classiche di regolamentazione spesso poco efficace nel controllo di queste tecnologie. La ragione è quella che altrove ho chiamato la travolgente “forza pratica” degli algoritmi. Torniamo all'art. 22 del GDPR, il fatto che la norma vieti l'uso di una tecnologia del tutto sostitutiva di una decisione umana ovviamente rende come unicamente praticabile l'impegno di tecnologie “non sostitutive”, ma semplicemente di supporto alla decisione. Ed in effetti oggi la tendenza più diffusa – soprattutto nella cosiddetta Social AI – non è quella di rimpiazzare il decisore umano con un robot che decida al suo posto, quanto di fornire al decisore umano valutazioni, suggerimenti, previsioni, che possano aiutarlo nella decisione.

L'effetto dell'art. 15 prima e dell'art. 22 ora, è stato rendere lecita solo quella che viene chiamata «collaborative AI»⁸. Ma qui si rafforza il dubbio sulla effettività di questo principio. Il fattore ignorato, infatti, è la forza *pratica* dei sistemi tecnologici.

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

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

Innanzitutto, per chi è stato leso in un suo diritto o in una libertà, dimostrare che la decisione lesiva sia stata presa unicamente sulla base di un algoritmo – e non “anche” sulla base – è spesso una *probatio diabolica*; chi ha preso la decisione (un funzionario di banca, un dirigente amministrativo, un giudice), infatti, avrà sempre la possibilità di sostenere che nel decidere si è solo *avvalso* dell'algoritmo, ma non

⁸ Tra i tanti contributi, si veda l'articolo comparso sulla Harvard Business, H.J. WILSON, P. DAUGHERTY, *Collaborative Intelligence: Humans and AI Are Joining Forces*, <https://store.hbr.org/product/collaborative-intelligence-humans-and-ai-are-joining-forces/R1804J>



è stato “sostituito” da esso, avendo in totale autonomia deciso di [...] aderire alla valutazione effettuata dall’algoritmo.

Occorrerà certamente attendere la giurisprudenza sul punto, che significativamente tarda, ma quantomeno si dovrebbe ritenere che il principio di non esclusività è rispettato se il decisore umano rimane in grado, comunque, di esprimere una propria motivazione che giustifichi l’adesione alla valutazione effettuata dall’algoritmo o quantomeno di dare informazioni sulla logica utilizzata.

In secondo luogo, l’attuazione di un principio normativo come quello di “non esclusività” si scontra con l’evidente forza “pratica” di qualsiasi automatismo valutativo che, da un lato, solleva il decisore dal *burden of motivation* – dal peso dell’esame e della motivazione –; dall’altro, gli consente di “qualificare” la propria decisione con un crisma di “scientificità” ovvero “neutralità” che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare “autorità”.

Senza poi pensare alla interazione tra questi sistemi di supporto alla decisione e le regole sulla responsabilità (civile, penale, amministrativa, disciplinare) del decisore umano; per intendersi, consideriamo una situazione ipotetica: un medico che deve stilare il referto di un’analisi diagnostica, sarà libero di discostarsi dalla “valutazione predittiva” effettuata da un sistema di IA incorporato nella macchina e che “suggerisce” l’esistenza di una certa patologia? Soprattutto quando, in caso di errore, il medico potrebbe incorrere in una responsabilità professionale. Oppure, l’assicurazione professionale dello stesso dottore coprirà i danni eventualmente causati nel caso in cui il professionista si sia consapevolmente dissociato dalla “predizione” effettuata dalla macchina?

Per ovviare a questi deficit di effettività, la regolamentazione della IA in generale e, a maggior ragione nell’ambito della amministrazione della giustizia, dovrà necessariamente utilizzare un registro normativo a geometria variabile, capace di adeguarsi alle diverse dimensioni del problema. Di qui l’esigenza di un vero e proprio sistema di governo delle opzioni regolatorie, che possa allocare razionalmente le fonti di regolazione al fine di massimizzare la tutela dei diritti e delle libertà nei confronti di queste utilissime ma rischiose nuove tecnologie.



Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare.

Explainability e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata

Elisa Spiller*

THE RIGHT TO UNDERSTAND, THE DUTY TO EXPLAIN. EXPLAINABILITY AND CONSTITUTIONAL ORIENTED ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT: In the last years, explainable algorithms and AI raise significant interest (and concerns) in the legal debate. However, adequate recognition of this elusive right to explanation remains ambiguous and uncertain, mainly because of the current legal framework's limits. This paper addresses the problem from the perspective of constitutional law, examining if and how the so-called law in action can consolidate rights and duties to explainable and comprehensible algorithms. Focusing on EU law, the paper considers the achievements gained in personal data protection, focusing on the innovations introduced by art. 22, reg. EU 679/2016 (GDPR). In light of the shortcomings that emerged in this field, the reflection thus recalls the constitutional *rationale* of data protection. It, therefore, examines how national case-law – using the same method – fosters a more solid recognition of an effective right to understand and a duty to explain algorithms.

KEYWORDS: Algorithmic Decision-Making; right to explanation; Explainable AI (XAI); AI society; Constitutional rights and AI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Interoperabilità terminologica tra tecnologia e diritto. Alcune brevi premesse – 3. *Explainability* e data protection: gli approdi attorno all'art. 22 GDPR – 4. Fondamenti costituzionali per l'*explainability* nella tradizione europea – 5. *Explainability* e IA costituzionalmente orientata: la via italiana e le conferme europee – 6. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

La diffusione dei *big data* e dell'intelligenza artificiale (IA) sta portando ad una progressiva automatizzazione della società. Si tratta di una trasformazione che interessa i settori più vari¹ incluso il mondo del diritto, in cui da più parti si tenta di orientare i futuri sviluppi di questa nuova rivoluzione tecnologica.

* Dottoressa di ricerca di in Giurisprudenza (diritto costituzionale) e docente a contratto di Law & Data presso l'Università degli Studi di Padova. Mail: elisa.spiller@unipd.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ L'espressione si ispira a *Automating society. Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU*, a cura di Bertelsmann Stiftung e Algorithm Watch, ed. 2019, (disponibile a questo link: <https://automatingsociety.algorithmwatch.org>, ultimo accesso: 18.05.2021).



In particolare, se osservata dal punto di vista del diritto costituzionale, questa congiuntura desta non pochi interrogativi. Si assiste non solo ad una redistribuzione del potere ma ad una sua radicale riconfigurazione, sempre più incentrata sul paradigma *data-driven*. L'utilizzo di tecnologie "intelligenti" implica una delega di responsabilità, dall'uomo alla macchina, che implicitamente porta con sé una progressiva de-umanizzazione delle persone coinvolte. Quel che si osserva è dunque un autentico mutamento strutturale dell'interazione, dovuto essenzialmente al fatto che la tecnica da *protesica* (cioè volta a compensare un deficit) diventa sempre più *mimetica* (imitante) fino a sostituirsi o a sovrastare la componente umana².

Il presente contributo si concentra sull'impatto di questa trasformazione sul fronte delle garanzie e dei diritti fondamentali, soffermandosi sul controverso tema dell'*explainability*: la c.d. "spiegabilità" degli algoritmi e dell'IA.

Il presupposto di partenza, affrontando l'argomento, è abbastanza immediato. Perché si possa (ri)stabilire un rapporto collaborativo tra intelligenze di diversa natura, non solo è imprescindibile confidare nell'affidabilità delle macchine. È inoltre necessario che si possa raggiungere, almeno in ultima istanza, un'adeguata comprensione (anche almeno relativa) delle logiche di funzionamento (e ciò, possibilmente, in ogni singolo caso).

Da un punto di vista operativo, tuttavia, ci si trova di fronte ad una sfida epocale. In questo nuovo contesto non solo si rinvengono forti interessi in contrasto con principi democratici di trasparenza e partecipazione³. A ciò si aggiunge l'esigenza di dover fare i conti anche con i condizionamenti tecnici che si possono interporre ad una migliore comprensibilità dei sistemi. E se il diritto può offrire soluzioni variabili a seconda delle peculiarità dell'ordinamento in esame, il dato tecnico invece presenta dei tratti di universalità. Diventa perciò fondamentale comprendere come il *design* tecnologico influisca sulla portata dei principi e sull'efficacia dei rimedi offerti dalla normativa, e come la perimetrazione giuridica della programmazione *ex ante* possa migliorare gli standards di tutela e i livelli di trasparenza. Lo scopo di questo scritto è di esaminare se e come la disciplina vigente fornisca simili criteri di progettazione e il grado di prescrittività di questi ultimi, ponendo l'accento sugli approdi che consentono di consolidare il riconoscimento di un diritto di comprendere e un dovere di spiegare gli algoritmi. Focalizzando l'attenzione sull'ordinamento giuridico europeo, si esaminerà lo stato dell'arte sulla regolamentazione dei processi decisionali automatizzati (ADMs, *automated decision-making systems*). Si partirà dai riferimenti offerti dalla disciplina sulla protezione dei dati personali (reg. UE 679/2016, o GDPR, *General Data Protection Regulation*), ambito in cui da principio si è cominciato ad affrontare le questioni accennate. Individuati i limiti e le lacune che emergono in questo campo, si passerà quindi ad esaminare l'apporto delle prime pronunce che a livello nazionale stanno contribuendo a chiarire la portata delle garanzie e i limiti legati alla spiegabilità degli algoritmi. L'obiettivo dell'itinerario proposto è di estrapolare da questa giurisprudenza d'avanguardia le premesse per un'effettiva affermazione di una garanzia di comprensibilità e trasparenza dei processi decisionali automatizzati, soprattutto nell'ottica di promuovere uno sviluppo costituzionalmente orientato di questi sistemi.

² A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi e umanesimo digitale*, Milano, 2019, 21 (enfasi aggiunta).

³ Per tutti, F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithm that Control Money and Information*, Cambridge, 2015.





2. Interoperabilità tra tecnologia e diritto. Alcune premesse

Prima di addentrarsi nel vivo del problema giuridico dell'*explainability*, è necessario soffermarsi brevemente su alcune premesse circa l'interoperabilità terminologica tra tecnologia e diritto.

Innanzitutto, è bene precisare come, generalmente, l'espressione "intelligenza artificiale" identifichi i «sistemi che dimostrano un comportamento intelligente, analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici»⁴. Il campo d'azione di queste tecnologie, ovviamente, si estende ben oltre questa definizione, riconducendo a tale concetto una pluralità di sistemi⁵.

Esaminando però come tali soluzioni abbiano e stiano trovando spazio nel mondo del diritto, non si può fare a meno di notare come l'attenzione spesso converga su un tipo specifico di IA, ossia il *machine learning* (soprattutto nelle forme del *supervised learning*). Per cogliere le peculiarità di questo tipo di algoritmi – seppur in modo assai elementare – conviene pensare alla conformazione e al funzionamento di un neurone (da qui la definizione *reti neurali*). Dalle articolazioni più periferiche della struttura passa un *input* che, se correttamente elaborato, produce una reazione attesa. Nel caso dell'IA, l'*input* è costituito dai contenuti di un certo *dataset*, mentre la struttura dell'algoritmo assume questa forma reticolare che, a seconda dei casi, può essere più o meno complessa. Il sistema viene prima allenato con dei dati-esempio (c.d. *labeled data*) verificando che, forniti certi *input*, il programma arrivi al risultato per cui è progettato. Un operatore, di volta in volta, controlla e corregge eventuali storture, fintanto che il *software* non raggiunga un livello di performance ottimale. A questo punto, il sistema può lavorare in modo autonomo, cioè elaborare altri set di dati (originali rispetto a quelli di rodaggio) orientandosi verso la soluzione che teoricamente gli consente di raggiungere al meglio l'esito per cui è stato programmato.

Il ricorso a simili soluzioni ad integrazione (o in sostituzione) di procedure finora svolte da sistemi più "semplici" – ossia connotati da un minor grado di discrezionalità – certo comporta qualche margine di rischio. Il fatto che un *software* sia in grado di calibrare i propri risultati sulle performance e sui riscontri in precedenza ottenuti comporta infatti che la macchina possa esercitare funzioni più complesse con maggior autonomia e minor supervisione. Queste preoccupazioni, in particolare, valgono soprattutto quando l'esito di tali operazioni sia destinato a produrre conseguenze giuridicamente rilevanti, in grado di incidere sullo status e sulle prerogative dell'interessato. Lo scenario che si appalesa in questi casi tende a considerare la persona coinvolta non tanto come soggetto coinvolto nel procedimento, bensì la vede ridotta quasi ad oggetto del medesimo.

⁴ Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'Intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, *Una definizione di IA: principi, capacità e discipline (definizione elaborata ai fini dei documenti del gruppo)*, aprile 2019, 1.

⁵ Basti pensare a quelli agilmente censiti dall'Agenzia per l'Italia Digitale nel *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino*, pubblicato nel marzo 2018, in cui si considerano il *machine learning*, il *deep* e il *reinforce learning*, la *computer vision*, il *natural language process*, la robotica e molti altri (26 ss.). Lo stesso approccio è confermato dalla proposta di Regolamento per l'IA della Commissione UE del 21 aprile 2021 (Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, Bruxelles, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final).





Sulla base della correttezza⁶ dei dati con cui è stato addestrato e dei *datasets* sui quali poi è chiamato ad operare, il sistema infatti elabora e lavora su delle rappresentazioni della realtà inedite, ed è in funzione di queste “datizzazioni” che si determina rispetto al suo obiettivo.

Come facilmente intuibile, se la soluzione proposta è affidabile, a tutta prima, non si incontrano particolari criticità. Se però i risultati ottenuti dimostrano delle alterazioni o sollevano qualche dubbio, ecco che si pone il problema di come mettere in discussione e validare gli esiti conseguiti. È a questo punto che si innesta il problema giuridico dell’*explainability*, e così delle garanzie e degli obblighi ricollegabili alla spiegabilità degli algoritmi utilizzati.

Innanzitutto, va detto che inquadrare i processi digitali appena descritti nelle categorie tradizionali del diritto è impresa assai ardua. Spesso infatti non si dispone di definizioni e discipline in grado di cogliere con la debita puntualità le caratteristiche e i problemi che connotano l’uso di questi sistemi. Prendendo in esame come normativa di frontiera il GDPR, ad esempio, i riferimenti più espliciti a questi trattamenti *data intensive* poggiano soprattutto sui concetti di “profilazione”⁷ e di “processo decisionale automatizzato”⁸; due nozioni che risultano spesso problematiche se calate nella complessa realtà dell’IA e delle sue diverse applicazioni.

In secondo luogo, si apre il problema rimediabile, ossia quali garanzie – tecniche e giuridiche – debbano presidiare questi processi. È qui si intrecciano due diverse prospettive circa il rapporto tra tecnologia e diritto. È innegabile che la tecnologia abbia acquisito nel tempo una sempre più spiccata attitudine normativa; tant’è che il *design* e il funzionamento di uno strumento incide profondamente sulle possibilità di azione dei soggetti che con questo interagiscono, finanche a produrre importanti conseguenze sui diritti degli interessati. Al contempo, si avverte chiara l’esigenza che le tecnologie siano allineate ai principi cui l’ordinamento si ispira (non solo nell’uso ma anche nella loro logica di funzionamento) caldeggiando così una convergenza verso i fondamenti di diritto ereditati dalla tradizione costituzionale nazionale ed europea⁹.

Perché si verifichi questa confluenza tra principi di diritto e *design* tecnologico, è però necessario individuare puntualmente quali siano i parametri cui la programmazione deve ispirarsi e quali siano le

⁶ Qui con parlando di «correttezza» si allude alla qualità dei *dataset* considerati, ossia l’adeguatezza dei medesimi rispetto alle diverse finalità di utilizzo in termini di quantità, variabilità, accuratezza, descrittività, rappresentatività (solo per citare alcuni dei principali criteri di valutazione).

⁷ Reg. UE 679/2016, art. 4, n. (4). In particolare, la definizione identifica «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’uso di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica».

⁸ Nozione con cui di prassi si tenta di circoscrivere i casi in cui una determinazione che innesca effetti giuridici (e così la valutazione) sia effettuata in tutto o in parte da un algoritmo sulla base dell’elaborazione di dati direttamente forniti dall’utente o indirettamente osservati, derivati o desunti da altri trattamenti (inclusa la profilazione). Gruppo di lavoro Articolo 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, Bruxelles, 6 febbraio 2018, 7 ss. Ulteriori spunti di riflessione circa le definizioni qui esaminate sono trattati anche da O. SASSO SARTI, *Profilazione e trattamenti dei dati personali*, 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, 585 ss.

⁹ Per ulteriori approfondimenti, si rimanda a K. YEUNG, *Design for the Value of Regulation*, in J. VAN DEN HOVEN, P.E. VERMAAS, I. VAN DE POEL (a cura di), *Handbook of Ethics, Values, and Technological Design, Sources, Theory and Application Domains*, Dordrecht, 2015, 447-472; K. YEUNG, *Towards an understanding of regulation by design*, in R. BROWNSWORD, K. YEUNG (a cura di), *Regulating Technologies*, Oxford, 2008, 79-107.



caratteristiche irrinunciabili (e dunque cogenti) che una certa soluzione deve avere per essere conforme alle aspettative giuridiche. Per potersi individuare l'ipotesi che meglio soddisfa le aspettative sociali, serve chiarire in funzione di quali criteri *normativi* questa possa essere ritenuta più soddisfacente di altre. E la chiarezza con cui possono essere reperite queste indicazioni, da un lato, può facilitare la contestazione dei sistemi non conformi e, dall'altro, può incoraggiare ulteriori sviluppi della ricerca verso gli obiettivi indicati. Tutto ciò induce quindi a verificare se e come la normativa vigente fornisca tali parametri e come questi siano stati recepiti e sviluppati nei diversi contesti.

3. *Explainability e data protection: gli approdi attorno all'art. 22 GDPR*

Affrontando il problema della *explainability*, in un primo momento, l'attenzione della dottrina internazionale ed europea si è concentrata soprattutto su quanto previsto dal GDPR e, in particolare, dall'art. 22 di questa normativa.

Tale disposizione ha il primo merito di ribadire l'importanza di un assunto storico, ossia un «diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato compresa la profilazione». La nuova formulazione, peraltro, specifica anche l'opportunità di ricondurre a questa categoria *tutti* i trattamenti e i processi in grado di produrre effetti giuridici che riguardino o incidano in modo significativo nella sfera giuridica dell'interessato, dettagliando così ulteriormente i requisiti per una corretta qualificazione del dato tecnologico¹⁰.

Sancito questo limite, tuttavia, l'articolo 22 GDPR ammette il ricorso a queste soluzioni in molteplici situazioni¹¹, rendendo così la regola quella che formalmente avrebbe dovuto essere soltanto un'eccezione. In questi casi, a tutela dell'interessato, sono previste delle garanzie particolari, prescrivendo al titolare del trattamento l'obbligo di attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi del destinatario (fatti salvi alcuni casi in cui è ammesso un regime particolare¹²). Nonostante la complessità di questo intreccio normativo, tra le tutele ivi previste una in particolare ha catturato più delle altre l'attenzione. Si legge infatti che, qualora sottoposto ad un procedimento decisionale automatizzato, l'interessato ha «il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione»¹³. Ed è proprio quest'ultimo enunciato ad aver generato un fervente dibattito circa l'esistenza e la portata di un diritto alla spiegazione degli algoritmi (c.d. *right to explanation*) e sul ruolo che dovrebbe (o potrebbe) toccare agli operatori umani nell'esercizio di questo diritto.

¹⁰ Reg. UE 679/2016, art. 22, § 1.

¹¹ *Ibidem*, art. 22, § 2, ossia i casi in cui la decisione sia «(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 precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato o (c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato».

¹² *Ibidem*, art. 22, § 3.

¹³ *Ibidem*, art. 22, § 3. Tali garanzie, peraltro, non sono cogenti nelle ipotesi contemplata al punto (b) del paragrafo precedente (art. 22, § 2), ossia nei casi in cui la decisione sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.





In tal senso, le indicazioni ermeneutiche che precedono il testo normativo (*considerando* 71) prevedono che in ogni caso in cui sia ammesso l'utilizzo di un ADM, tale trattamento debba essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero sempre comprendere il dovere di fornire all'interessato una specifica informativa. A questi fini, però, qui si rinviengono due indicazioni distinte: da un lato, il diritto di ottenere l'intervento umano e di esprimere la propria opinione; dall'altro, il diritto *di ottenere una spiegazione della decisione conseguita* dopo tale valutazione e di contestare la decisione¹⁴ medesima. Sebbene l'articolato non si spinga tanto oltre, lette unitamente ai contenuti dell'art. 22 GDPR, tali indicazioni sono state accolte da alcuni¹⁵ come un'esplicita scelta del legislatore europeo di istituire una nuova ed essenziale garanzia di spiegabilità dei procedimenti decisionali automatizzati; un'ipotesi particolarmente apprezzata, soprattutto da quanti sono preoccupati che la diffusione dell'IA possa portare ad un maggior e definitivo determinismo tecnologico a discapito della persona.

Le linee guida europee¹⁶, tuttavia, si sono dimostrate più caute nell'interpretazione di tali riferimenti. Come si legge, infatti, l'interessato certo gode di un diritto a conoscere l'esistenza di questo tipo di procedimenti e deve poter ottenere «informazioni significative sulla logica utilizzata», così da poter comprendere la *ratio* di tali trattamenti laddove le conseguenze possano essere più severe¹⁷. Ciononostante – si sottolinea – all'interno dell'articolato, di fatto, non si rinviene alcun riferimento puntuale all'*explainability* in quanto tale.

Se il regolamento quindi non contempla esplicitamente un diritto ad ottenere una spiegazione, esaminando la portata dei possibili rimedi contro questo tipo di decisioni, è cruciale chiarire in che cosa consistano effettivamente gli oneri posti in capo al titolare del trattamento (ragionando sia *ex ante* che *ex post*).

Va detto che la possibilità di riconoscere un vero e proprio *dovere* di fornire una spiegazione degli algoritmi utilizzati (o, in aggiunta o in alternativa, l'accesso al codice) potrebbe in alcuni casi risultare inconciliabile con altri interessi, primo tra tutti la tutela della proprietà intellettuale. Specificando che il titolare del trattamento ha l'onere di «fornire informazioni *significative* sulla logica del procedimento»¹⁸, il regolamento però promette comunque di dare piena espansione alle garanzie legate alla possibilità di «esprimere la propria opinione e di contestare la decisione»¹⁹. Ciò per dire che all'interessato dovrebbero essere fornite delle informazioni sufficientemente complete affinché questi possa comprendere i motivi della risoluzione che gli viene in capo, e così usufruire di rimedi effettivi per potersi eventualmente opporre²⁰.

Anche con questi chiarimenti, però, la portata concreta di queste prescrizioni è rimasta per molti versi ambigua. Le diverse soluzioni interpretative nel tempo proposte, infatti – seppur pregevoli – sono

¹⁴ *Ibidem*, *considerando* 71, secondo periodo (corsivo aggiunto dell'Autore).

¹⁵ B. GOODMAN, S. FLAXMAN, *European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"*, in *AI Magazine*, 38, 3, 2017, 50-57; V. MAYER-SCHÖNBERGER, Y. PADOVA, *Regime Change? Enabling Big Data through Europe's New Data Protection Regulation*, in *Columbia Science and Technology Law Review*, 17, 2, 2016, 188 ss.

¹⁶ *Linee guida sul processo decisionale automatizzato*, cit.

¹⁷ Reg. UE 679/2016, art. 13, § 2, lett. (f) e art. 14, § 2, lett. (g).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, art. 22, § 3, ultimo periodo.

²⁰ *Linee guida sul processo decisionale automatizzato*, cit.





andate via via rimodulando i contenuti dell'art. 22 GDPR in termini sempre più modesti, senza peraltro fornire criteri utili circa le tecnologie o il *design* più affini alle garanzie accennate.

Rimanendo confinati dentro il recinto del GDPR, il diritto ad una spiegazione è stato più volte rideclinato in termini assai variegati. Da una "semplice" interpretazione estensiva del diritto di essere informati²¹ (sintesi degli obblighi di informativa e del diritto di accesso²²) si è passati ad un *alias* del diritto ad ottenere informazioni significative sulla logica del procedimento²³, considerando al contempo le ipotesi di rinvenire in via ermeneutica un diritto alla leggibilità degli algoritmi attraverso procedure di *auditing*²⁴ o un diritto a sole *reasonable inferences*²⁵. Tutto questo, però, è avvenuto senza effettivamente arrivare a sancire un diritto o specifici oneri circa i requisiti minimi di spiegabilità delle tecnologie adottate.

Le lacune messe in luce da queste riflessioni hanno così portato a concludere che la normativa del GDPR possa rappresentare senz'altro un valido punto di partenza per la regolamentazione dell'IA ma certamente non il suo di approdo definitivo²⁶. Così come la letteratura più recente suggerisce²⁷, si deve anzi cominciare a prendere il largo dall'art. 22 e dal relativo regolamento, guardando invece con maggior favore le soluzioni più attente all'equo bilanciamento della molteplicità di diritti coinvolti negli ADMs. Ed è in questa direzione in cui senz'altro si muove la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale presentata il 21 aprile 2021²⁸, di cui ora non rimane che monitorare gli sviluppi e gli esiti.

In attesa di queste evoluzioni del quadro normativo, nei paragrafi che seguono, si andranno ad individuare i fondamenti che, da un punto di vista costituzionale, supportano le pretese di spiegabilità nell'alveo della tradizione giuridica europea, approfondendo poi gli spunti offerti dalla giurisprudenza nazionale più recente per un *design* tecnologico più affine ai principi costituzionali comuni.

4. Fondamenti dell'*explainability* nella tradizione costituzionale europea

Rispetto agli approdi descritti nel paragrafo precedente, conviene tentare un ribaltamento di prospettiva. Il problema dell'*explainability*, infatti, offre l'occasione di apprezzare la disciplina sulla protezione

²¹ S. WATCHER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 7, 2, 2017, 76–99.

²² Reg. UE 679/2016, art. 15.

²³ A.D. SELBST, J. POWELS, *Meaningful information and the right to explanation*, in *International Data Privacy Law*, 7, 4, 2017, 233–242.

²⁴ G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated decision-making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 7, 4, 2017, 243–265.

²⁵ S. WATCHER, B. MITTELSTADT, *A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI*, in *Columbia Business Law Review*, 2, 2019, 494–620.

²⁶ A questa conclusione s'invita a guardare, in particolare ed *ex multis*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati e regolamentazione*, Torino, 2018.

²⁷ G. GONZÁLEZ FUSTER, *Artificial Intelligence and Law Enforcement. Impact on Fundamental Rights*, Studio richiesto dal Comitato per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni per il Parlamento europeo, Bruxelles, luglio 2020, 16-17.

²⁸ Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, Bruxelles, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final.





dei dati non tanto (e non solo) per i suoi attuali contenuti, quanto piuttosto per gli spunti di metodo che quest'ultima propone.

Tale normativa, infatti, così come il diritto consacrato dall'art. 8 della Carta di Nizza, rappresenta per certi versi un precipitato dei principi comuni alla tradizione costituzionale europea; qui però appositamente rideclinati per fronteggiare le sfide poste dalle tecnologie informatiche. A ciò si aggiunge che la materia in questione storicamente non era stata pensata per tutelare "soltanto" la riservatezza delle informazioni personali. Al contrario, quest'ultima è stata concepita per tutelare una pluralità di interessi, ora ridefiniti in modo inedito nelle nuove dinamiche imposte dalla c.d. società dell'informazione. Da un lato, quindi, vi sono una serie di norme volte a promuovere la libera circolazione e il corretto utilizzo dei dati (definendo così le responsabilità e le modalità con cui questi possono essere lecitamente trattati). Dall'altro, invece, si è andati a tessere una fitta maglia di garanzie e diritti legati all'utilizzo dei contenuti, così da tutelare la posizione dei soggetti interessati e fornire loro degli strumenti per contestare eventuali abusi²⁹.

Si possono cogliere importanti parallelismi tra la *ratio* sottesa a questa disciplina e la logica propria del costituzionalismo. Il legislatore, infatti, in questo «crescendo normativo»³⁰ si concentra su due aspetti tra loro complementari: la definizione di specifici limiti a quanti siano nella posizione di esercitare il potere tecnologico e la predisposizione di particolari garanzie per far valere gli interessi individuali e sociali, secondo una dialettica che ha dato spazio alla creazione di una prima *rule of law* tecnologica³¹. Guardando al passato, la disciplina sui dati può quindi essere letta come il prodotto di una serie di stratificazioni normative che, a partire dagli obblighi relativi alla conformità dei sistemi, gradualmente ha introdotto una serie di nuove garanzie volte a far valere i diritti fondamentali non solo nei confronti delle pubbliche autorità, ma anche dei poteri informativi privati, attraverso speciali profili di responsabilità³². Continuando poi ad esaminare la complessa struttura della *data governance* europea con questa chiave di lettura, si coglie come ancor oggi in quest'ambito si avvicendino molte delle sfide che oggi interessano il costituzionalismo post-moderno. In un sistema che vede l'aperta concorrenza tra

²⁹ Rispetto a questo punto, la dottrina ha analizzato l'impianto di questi sistemi normativi in chiave comparata in molteplici occasioni. Giova peraltro ricordare che, anche all'intero dello stesso panorama europeo si registrano tutt'oggi importanti variazioni nel modo in cui vengono interpretate queste garanzie; diversità essenzialmente dovute alle differenze che caratterizzano la tradizione giuridica e costituzionale di ciascuno Stato. A riguardo, si rimanda alle diverse analisi proposte, *ex multis*, in F.W. HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, Amsterdam, 1975; D.H. FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and the United States*, Chapel Hill, 1989; C.J. BENNETT, *Regulating Privacy. Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaca-Londra, 1992; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella Società dell'Informazione*, Milano, 1997; D. VANNI, *La protezione dei dati personali in prospettiva comparatistica*, Roma, 2012; G. GONZÁLEZ FUSTER, *The emergence of data protection as a fundamental right of EU*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2014.

³⁰ A. SIMONCINI, *The Constitutional dimension of the Internet: some research path*, Working Paper, EUI LAW, 16, 2016, 4.

³¹ Quanto alla scelta della chiave di lettura, ci si è rifatti alla prospettiva proposta in A. SIMONCINI, *The Constitutional dimension of the Internet: some research path*, cit. Quanto alle sue rideclinazioni del concetto di *rule of law* in chiave digitale e informativa, sia permesso poi rimandare a E. SPILLER, *La sentenza Tele2 Sverige: verso una digital rule of law europea?*, in *Ianus*, 2017.

³² V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Generational Development of Data Protection in Europe*, in P.E. AGREE, M. ROTENBERG (a cura di), *Technology and Privacy: The New Landscape*, Cambridge (MA), 1997, 219 ss.



attori pubblici e privati, le partite che si giocano nella regolamentazione del potere informativo, infatti, non possono prescindere dalle categorie ereditate dal passato (e così dalla *rule of law*) ma devono al tempo stesso rivolgere le previsioni a tutti i soggetti coinvolti in questo ecosistema, andando così ad assumere tratti sempre più liquidi e trasversali³³.

È in quest'ottica, dunque, che conviene affrontare le questioni relative alla regolamentazione dell'IA, così come quelle inerenti alla *ratio* e ai confini della protezione dei dati personali. Pertanto, fermi restando gli spunti che si possono trarre dall'interpretazione del GDPR, per accreditare i principi etici che spingono verso lo sviluppo di una IA spiegabile è utile guardare ai passi in avanti fatti dalla giurisprudenza di alcuni Stati membri, ossia al loro tentativo di aggiornare principi costituzionali condivisi in chiave tecnologica.

5. Explainability e IA costituzionalmente orientata: la via italiana e le conferme europee

Alla luce di quanto emerso finora, non sorprende che di fronte alle sfide poste dall'IA sia stata proprio una giurisprudenza "costituzionalmente orientata" ad offrire nuovi spunti di riflessione sul tema dell'*explainability*.

Anche a livello nazionale, infatti, i primi tentativi di armonizzazione rispetto alle novità introdotte dal GDPR hanno lasciato non poche zone d'ombra. Le normative statali solo raramente forniscono indicazioni orientative circa le soluzioni tecnologiche da preferire per i processi di decisione automatizzata e, nel dare attuazione al regolamento, la maggior parte degli Stati membri ha adottato per lo più un'impostazione negativa (o comunque abbastanza neutra)³⁴.

Ragionando sulle garanzie legate agli ADMs, assumono quindi un valore particolare le decisioni che, pur attingendo da altri ambiti, mirano ad uno sviluppo *constitutional-friendly* di tali soluzioni. Pur considerando tecnologie tra loro diverse, gradualmente, in diversi Paesi europei la giurisprudenza sta

³³ Quanto alle riflessioni che nello specifico riguardano il rapporto tra diritto costituzionale, protezione dei dati e rapporto con i soggetti privati, si rimanda soprattutto a L.A. BYGRAVE, *Data Protection Law*, cit., 125 ss. Quanto, invece, ad alcune delle criticità che il diritto costituzionale incontra nella c.d. postmodernità, si rinvia, *ex multis*, a G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Doveri*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, 71 ss.; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; C. CROUCH, *Postdemocrazie*, Roma, 2015.

³⁴ G. MALGIERI, *Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislation*, in *Computer Law and Security Review*, 35, 5, 2019, 2 ss. La maggior parte degli Stati membri, infatti, pur avendo provveduto ad introdurre le debite misure di coordinamento dopo l'entrata in vigore del reg. 679/2016, non ha comunque previsto *ex lege* alcuna nuova eccezione oltre a quelle previste a livello europeo (l'Italia, la Romania, la Svezia, la Danimarca, la Polonia, la Finlandia, Cipro, la Grecia, la Repubblica Ceca, l'Estonia, la Lituania, la Bulgaria, la Lettonia, il Portogallo, la Croazia, la Slovacchia, il Lussemburgo, Malta, e la Spagna). Germania e (in parte) Austria hanno invece provveduto all'implementazione dell'art. 22 reg. 679/2016 nella propria legislazione nazionale, ma senza prevedere alcuna specifica e ulteriore garanzia a tutela della persona interessata.

Soltanto alcuni ordinamenti hanno colto l'occasione per rinnovare il proprio sistema di tutele con nuove garanzie. In tal senso, fan scuola le esperienze di Regno Unito, Slovacchia e Irlanda, in cui sono stati introdotti, ad esempio, particolari obblighi informativi (includendo anche accurate descrizioni dei meccanismi decisionali) o alcune forme di valutazione di impatto sugli algoritmi. A questi si aggiungono gli esempi di Francia e Ungheria, dove è stato introdotto un diritto a conoscere il peso che i diversi parametri assumono nei singoli passaggi del processo decisionale.





cominciando a mettere in chiaro nuovi criteri, con l'intento di favorire un miglior accreditamento sociale delle tecnologie più affini ai diritti fondamentali e ai principi di partecipazione e trasparenza. Certo, le pronunce finora disponibili non presentano un grado di omogeneità sufficiente a procedere ad una valida comparazione. Tuttavia, questi pioneristici approdi hanno il merito di documentare come stia evolvendo la *law in action* in materia di *explainability*, dando conto delle tecnologie prese in esame, della loro qualificazione e delle soluzioni ermeneutiche che cominciano a formare una comune coscienza a livello europeo verso una *lawful AI*.

5.1. La via italiana...

Assecondando il metodo accennato nelle pagine precedenti, la giurisprudenza italiana, tra le prime, ha avuto l'occasione di cimentarsi in un apprezzamento costituzionalmente conforme dei sistemi utilizzati dal Ministero dell'Istruzione nell'ambito della riforma *La buona scuola* (L. 13 luglio 2015, n. 107) per l'assegnazione delle cattedre.

È bene premettere che qui sarebbe improprio parlare di IA, poiché l'algoritmo utilizzato fondamentalmente mancava dei requisiti di autonomia che invece caratterizzano queste tecnologie. Cionondimeno, esaminando un procedimento automatizzato con le lenti del diritto³⁵, i giudici amministrativi hanno avuto la possibilità di far chiarezza sulla portata di due principi essenziali – i principi di accessibilità e non-esclusività – prescrivendo la doverosità di un sindacato tecnico e giurisdizionale sugli algoritmi usati dalla p.a.³⁶.

A tal proposito, si è osservato come il fatto di affidare attività automatiche o classificatorie ad una macchina non sia di per sé pregiudizievole, anzi. Dove ciò contribuisca a rendere più efficienti i procedimenti, la scelta appare una doverosa declinazione dei principi che informano il buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)³⁷. Tuttavia – si è ribadito – laddove si decida di adottare

³⁵ La metafora relativa a lenti e occhiali si ispira alle parole di Paolo Grossi, così come si ritrovano in Id., *Prima lezione di diritto*, Roma, 2003, *passim*.

³⁶ I riferimenti sono soprattutto alle pronunce del TAR Lazio, sez. III bis, sentt. n. 3769/2017 e 9224-9230/2018, nonché dalla recentissima decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 2270/2019. In tutti e tre i casi, oggetto di censura era quanto previsto dalla legge n. 107/2015 che autorizzò il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ad attuare un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente per le istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado. Tale normativa, nello specifico, aveva previsto che l'intera procedura di assegnazione dovesse essere gestita da un sistema informatico che avrebbe provveduto automaticamente all'assegnazione delle sedi, secondo i criteri stabili dalla legislazione vigente. A queste peraltro sono seguite una lunga serie di pronunce, anche di fronte ai giudici ordinari, che in linea con quanto si dirà a breve hanno progressivamente consolidato un orientamento garantista.

³⁷ Principi sanciti nel cotesto italiano principalmente dall'art. 97 Cost. ed analogamente confermati in sede europea con riferimento al diritto ad una buona amministrazione (art. 42 Carta di Nizza) come constatato, peraltro, in A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 17; Id., *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2019, 1163; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 879; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 3369 ss.; A. PAJNO et al, *AI: profili giuridici Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 205-235; A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; Idem (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 170; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019.





tali soluzioni, l'utilizzo di procedure "robotizzate" non può in alcun modo giustificare l'elusione dei principi posti a fondamento del sistema costituzionale e dell'attività amministrativa³⁸. L'algoritmo, infatti, in questi casi, può arrivare a gestire in modo automatico parte del procedimento, dando implicitamente corpo ad una «diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione»³⁹. Trattandosi di un'attività che indubbiamente intercetta un pubblico interesse, è necessario capire quindi come rideclinare in chiave tecnologica non solo il procedimento ma anche le garanzie.

Quanto alla conoscibilità della logica di funzionamento, si è così sancito che «la regola algoritmica deve essere *non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione*, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo»⁴⁰, poiché «solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione»⁴¹ vagliando il rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza.

Quanto invece al rapporto uomo-macchina, si è chiarito che le procedure informatiche, anche dove consentano di conseguire un maggior grado di precisione (o addirittura la perfezione) comunque «non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività *cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere*»⁴², ponendo così un primo limite alle possibili derive di un eccessivo determinismo tecnico⁴³.

Esaminando i passaggi appena accennati, subito si percepiscono alcune assonanze tra le conclusioni qui raggiunte e i suggerimenti sottesi alla disciplina europea sulla protezione dei dati personali. A differenza di quest'ultima, però, gli argomenti proposti dalla giurisprudenza in esame muovono da differenti presupposti. Affermando l'illegittimità dell'utilizzo di algoritmi predittivi in vece dell'attività amministrativa a contenuto discrezionale, infatti, si viene a delineare una regola di confine che sembra tracciare una linea di indirizzo per il futuro. Ragionando a contrario, il ricorso al *machine learning*, qualora considerabile, comunque non può prescindere dal dovere di fornire informazioni sulla logica dell'algoritmo e il diritto ad ottenere l'intervento umano, e questo in virtù delle solide coordinate giuridiche e valoriali segnate dal quadro costituzionale di riferimento. Implicitamente, i principi di accessibilità e non-esclusività⁴⁴ si accreditano così come effettivi parametri di scelta e sviluppo delle

³⁸ Cons. di Stato, sez. VI, sent. n. 2270/2019, § 8.1. Una conclusione, questa, che porterebbe ad escludere la possibilità – anche solo in astratto – di ipotizzare l'utilizzo di forme di *unsupervised machine learning* di apprendimento progressivo e di *deep learning* nell'ambito delle attività della pubblica amministrazione (*ibidem*, § 8.2).

³⁹ TAR Lazio, sez. III bis, sent. n. 3769/2017, § 2.

⁴⁰ *Ibidem*, § 8.4. Corsivo aggiunto.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, § 5.1. Corsivo aggiunto

⁴³ A tal proposito – continua la riflessione del TAR – si porrebbe «in contrasto ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentoale, 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» (*ibidem*, § 5.1).

⁴⁴ Chiaramente, le questioni legate alla tutela della proprietà intellettuale dell'algoritmo, qui sono stati agilmente ovviate. Probabilmente, in altri frangenti – come, ad esempio, nei rapporti tra privati o nel caso in cui gli algoritmi fossero semplicemente in dotazione della p.a. – gli esiti potrebbero essere diversi. Il completo disvelamento delle logiche utilizzate dai sistemi, infatti, potrebbero comportare un importante pregiudizio in capo a quanti hanno investito nel loro sviluppo; ragion per cui sarebbe più opportuno valutare altri rimedi. Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2019, 76 ss. confrontando il caso *Loomis v. Wisconsin* con la giurisprudenza qui in esame.



tecnologie in esame, criteri giuridici destinati ad avere un valore dirimente nella scelta delle soluzioni tecnologiche e così in uno sviluppo *constitutional-friendly* della società dell'algorithm.

5.2. ... e le conferme europee

Questi pionieristici approdi hanno trovato conferma anche in altre sedi europee, consolidando così le prime fondamenta di quello che, con il tempo, potrebbe costituire un terreno di riflessione comune per l'Unione e gli Stati membri.

In un primo momento, facendo eco a quanto sancito dai colleghi italiani, il *Conseil constitutionnel* francese nel 2018 si è pronunciato su un tema analogo. A fronte di un controllo di legittimità costituzionale preventivo, il collegio, soffermandosi proprio sulla corretta interpretazione delle garanzie ex art. 22 GDPR, ha concordato che, nei casi in cui sia possibile utilizzare sistemi completamente automatizzati, rimane comunque indispensabile poter spiegare in modo comprensibile e dettagliato il procedimento operato dal sistema, così come per le procedure ordinarie. Attingendo dunque dai principi fondativi dell'ordinamento e dalla pregressa tradizione costituzionale in materia di diritti e tecnologie, si è così giunti a dare nuovo compimento alle prerogative proprie della *liberté informatique*⁴⁵.

Questi casi, tuttavia, ancora non avevano affrontato puntualmente le sfide poste dall'IA e dal *machine learning*, trattandosi sempre di tecnologie dotate di un grado di autonomia sostanzialmente ridotto.

Un significativo passo in avanti circa la conformità e la legittimità di un'IA è stata possibile soltanto nel marzo 2020, grazie ad una decisione (ormai già "storica") scritta dai giudici del tribunale distrettuale de L'Aia⁴⁶.

Qui si trattava di vagliare la legittimità (e l'accettabilità) di un sistema *predittivo* per il monitoraggio delle frodi nel settore previdenziale (*Systeem Risico Indicatie*, SyRI). La questione verteva quindi sulla validità di un sistema propriamente "intelligente", ossia composto di algoritmi che non si limitano a svolgere un compito meramente descrittivo-organizzativo, bensì forniscono indicazioni circa la possibilità che un certo fatto avvenga (e non invece il suo effettivo verificarsi)⁴⁷.

Analizzando attentamente il dato tecnologico, si è potuto apprezzare come i sistemi di *deep-learning* e *self-learning* rischiano di essere spesso fraintesi e sopravvalutati. L'algoritmo – è stato ribadito – non è in grado di capire ed interpretare la realtà ma di fare delle "semplici" previsioni proponendo un possibile esito per una certa vicenda; il tutto, senza vagliarne il merito. Per far questo, però, il sistema segue logiche complesse; logiche che pongono problemi analoghi a quelli cui si accennava in principio circa il funzionamento delle reti neurali e i rischi legati al c.d. «*garbage in-garbage out*» (ossia il pericolo di risultati distorti a causa di dataset imperfetti, incompleti, o imprecisi).

Vi è stata quindi una prima occasione di constatare di fronte ad un tribunale come in questi frangenti gli operatori umani, pur servendosi di queste rappresentazioni, non siano in grado di comprendere quanto ottengono né di verificare il procedimento eseguito dalla macchina per proporre un certo

⁴⁵ Conseil constitutionnel francese, sentenza n. 2018-765 DC del 12 giugno 2018, § 70.

⁴⁶ Tribunale distrettuale de L'Aia (*Rechtbank Den Haag*), sentenza n. 1878 del 5 febbraio 2020.

⁴⁷ *Ibidem*, § 6.45. Si legge, infatti: «the application of SyRI constitutes a dragnet, untargeted approach in which personal data are collected for investigation purposes. It argues that SyRI is a digital tracking system with which citizens are categorised in risk profiles and in the context of which the State uses 'deep learning' and data mining. According to NJCM et al., SyRI is a proactive system with a large-scale, unstructured and random automated linking of files of large groups of citizens and secret processing of personal data».

risultato. Di conseguenza, si è concluso che il risultato proposto non possa costituire una decisione valida ai fini del diritto, e si è anzi reputato inopportuno l'utilizzo di tali sistemi per simili scopi. Da un lato, infatti, la risoluzione proposta dal programma non è fondata sulle specificità del singolo caso (quanto su correlazioni altamente probabili). Dall'altro, gli incaricati non sono in grado di spiegare e giustificare gli esiti in modo sufficientemente esaustivo, rendendo tali soluzioni inadeguate rispetto alle regole sulla trasparenza⁴⁸.

In virtù dei principi fondamentali che informano l'ordinamento costituzionale olandese, si è stabilito dunque che un sistema che non permetta un adeguato controllo della logica e degli esiti proposti da un'IA non può essere considerato "legittimo" (quanto meno, non *tout court*) poiché imporrebbe un sacrificio sproporzionato degli interessi delle persone coinvolte⁴⁹. Non solo un simile trattamento avrebbe come prima conseguenza una seria compromissione della libertà personale – e così del diritto di autodeterminazione, rispetto all'amministrazione così come nei confronti della macchina – ma potrebbe anche portare ad indebite discriminazioni, consolidando storici motivi di stigma sociale sulla base di possibili *bias* confermativi⁵⁰.

Si osserva quindi come, gradualmente, sulla base dei principi di trasparenza e correttezza su cui poggiano le pretese sancite dall'art. 22 GDPR, la giurisprudenza nazionale abbia cominciato a porre solide premesse, da un lato, per un riconoscimento di un diritto a comprendere gli algoritmi e, dall'altro, di un dovere di preferire algoritmi spiegabili. Simili conclusioni, però, non poggiano direttamente sulla protezione dei dati, bensì sulla tradizione e sui principi che hanno ispirato questa stessa materia, attingendo dall'eredità del diritto costituzionale. Si è così inaugurato un *trend* che conferma la correttezza del metodo, ma spinge ad andare oltre, e il tempo dirà se questi orientamenti potranno trovare conferma o smentita.

6. Conclusioni

Come acutamente osservato,

⁴⁸ *Ibidem*, § 6.46.

⁴⁹ *Ibidem*, § 6.87 e 6.89, in cui si legge: «The principle of transparency is the leading main principle of data protection that underlies and is laid down in the Charter and the GDPR (see 6.27- 6.34 for the principles of data protection). The court is of the opinion that in view of Article 8 paragraph 2 ECHR this principle is insufficiently observed in the SyRI legislation. The court finds that the SyRI legislation in no way provides information on the factual data that can demonstrate the presence of a certain circumstance, in other words which objective factual data can justifiably lead to the conclusion that there is an increased risk».

⁵⁰ *Ibidem*, § 6.90-95. Sono considerati *bias* o errori confermativi, le distorsioni rappresentative che derivano dal consolidarsi di una convinzione o di un pregiudizio. In questo caso, va inteso in questi termini: i dati raccolti spesso ripropongono (volontariamente o meno) alcuni modelli di discriminazione consolidati (età, genere, reddito, propensione al rischio, etc.). Il sistema elaborando questi dati senza poterne vagliare la qualità finisce per consolidare le cause di stigma sociale (o addirittura di introdurne di nuove). In questi casi, tuttavia, queste disparità possono essere più difficili da identificare e confutare: da un lato, infatti, nel momento in cui si adotta un certo strumento si confida nel suo corretto funzionamento e, dall'altro, i procedimenti automatizzati sono normalmente considerati meno discrezionali della scelta umana, e dunque meno sindacabili.



«la tecnologia digitale [mai come oggi] concorre alla definizione di criteri valoriali e orienta sempre più le decisioni private e pubbliche, rischiando di perdere la sua funzione di “strumento” a servizio dell’uomo per assurgere a fine autonomo cui, paradossalmente la persona finirebbe per divenire strumentale»⁵¹.

Le riflessioni qui proposte hanno messo in luce come di fronte alle sfide poste dall’IA sia necessario un cambio di paradigma⁵²; e questo non solo in campo tecnologico ma anche in ambito giuridico.

La disciplina sulla protezione dei dati personali, cui tradizionalmente era stato assegnato il compito di assicurare un’adeguata protezione dei diritti fondamentali, nella transizione verso la società dell’automazione dimostra di non poter più mantenere efficacemente le sue promesse. Come dimostrato, pur intercettando i problemi, di fronte ai rischi che si avvertono di fronte al continuo sviluppo dell’IA e dell’*automated decision making*, questa materia non è sempre in grado di dare risposte adeguate.

Così se è ormai chiaro che non si può prescindere dal dotarsi di un nuovo complesso normativo per la regolamentazione dell’IA, allo stesso tempo, vi è l’urgenza di elaborare nuovi metodi per risolvere le antinomie valoriali che questa tecnologia porta con sé. La parabola storica della protezione dei dati e la cultura giuridica che ne ha accompagnato l’evoluzione vanno dunque osservate da una diversa prospettiva, così da poterne cogliere gli spunti di metodo senza spingere il dato normativo oltre le sue possibilità.

Come dimostrano anche le proposte di regolamentazione più recenti⁵³, sulla base dell’esperienza maturata, la *data protection* ha consentito di individuare i problemi: le criticità dei trattamenti data-intensivi, l’opacità dei procedimenti decisionali automatizzati, l’importanza di promuovere la collaborazione uomo-macchina (e dunque la comprensibilità del *software*), l’esigenza di garantire il confronto tra persone laddove si dubiti dei risultati computazionali. Il diritto costituzionale, invece, ha il compito di offrire il quadro di riferimento valoriale: identificando gli interessi in gioco, stabilendo se e come prenderli in considerazione e come procedere nel contemperare le diverse esigenze, avendo a mente le implicazioni ultime di ognuna di queste scelte sulla tenuta giuridica e ideale dell’ordinamento.

Le soluzioni qui esaminate, nel promuovere una lettura novativa della disciplina di dettaglio e un’interpretazione costantemente aggiornata delle garanzie costituzionali, dimostrano una convergenza tra diverse sensibilità europee, in linea con la tradizione costituzionale comune su cui si edifica il progetto comunitario. Assecondando questi orientamenti, quindi, non resta che attendere gli ulteriori sviluppi della tecnologia e della normativa, avendo a mente il mutuo condizionamento che ciascuna di queste componenti esercita sull’altra, e così il compito assegnato al diritto di promuovere anche in questi percorsi i principi che possono rendere socialmente sostenibile lo sviluppo tecnologico e la rivoluzione 4.0.

⁵¹ A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi e umanesimo digitale*, cit.

⁵² A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell’intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, 87 ss.

⁵³ Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, Bruxelles, cit.

AI-driven migration management procedures: fundamental rights issues and regulatory answers

Mirko Forti*

AI-DRIVEN MIGRATION MANAGEMENT PROCEDURES: FUNDAMENTAL RIGHTS ISSUES AND REGULATORY ANSWERS

ABSTRACT: Artificial Intelligence can represent a valuable resource in managing migration flows. AI algorithms can perform several tasks including border controls, identity checks and predictive policing procedures. However, the utilization of such tools in the migration context raises several issues which must be analyzed and discussed in their implications. The presence of bias in datasets can lead to outcomes detrimental to the already vulnerable conditions of migrants. Furthermore, the inherent opaqueness of AI algorithms working routine does not allow the formulation of a clear accountability framework. This article aims to address these concerns to formulate valid answers from a legal and technological perspective, mainly focusing on the European Union approach to these issues.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; algorithms; migration; borders; fundamental rights

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Defining Artificial Intelligence – 3. AI tools in the management of migratory phenomena – 4. AI and migration: the European Union approach – 4.1. iBorderCtrl: AI detection system at the European borders – 4.2. Eurosur system of surveillance – 5. Critical issues and legal challenges in using AI tools to manage migration flows – 5.1. Explicability and black box barrier – 5.2. AI and accountability in the public sector – 6. Fundamental rights issues in managing migration flows with AI tools – 6.1. AI tools and discrimination practices at the borders – 6.2. Data protection principles in the AI-driven migration management procedures – 6.3. AI-driven border controls and the application of the *non-refoulement* principle – 7. Procedural safeguards in AI-driven individual expulsion proceedings – 8. Concluding remarks and recommendations

1. Introduction

Artificial Intelligence (AI) algorithms are playing an important role in many sectors of contemporary life. Driverless cars, predictive medicine tools, and automated assistants (chatbot) are just a few examples of the groundbreaking innovations brought by Artificial Intelligence. AI algorithms can represent a factor also in managing migratory flows. Climate change, famine or wars are just some of the reasons behind these migratory phenomena. AI tools can help in speeding up border controls and migrant reception procedures while respecting the fundamental rights of the

* Research Fellow, Sant'Anna School of Advanced Studies. Mail: mirko.forti@santannapisa.it. The article was subject to a double-blind peer review process.



people involved and safeguarding internal public order and security. States are therefore considering new instruments, including technological ones, to manage migratory flows in this perspective.¹

Facial recognition systems, biometric scanners, data collection and storage mechanisms, and predictive processing algorithms are just some of the ways in which digital technologies, and especially Artificial Intelligence tools, are used in immigration management practices.

However, the use of AI instruments in the context of migration raises concerns that need to be analyzed and discussed in their implications. A not carefully regulated use of such tools may exacerbate the vulnerable conditions in which migrants already find themselves.² The working routine of AI algorithms is inherently opaque and lacks in terms of transparency. Thus, it may be not possible to control the reasoning process behind the production of a specific outcome. An external human observer could not individuate biases in the processed datasets. The fate of migrants and their families could, therefore, be affected by erroneous and potentially harmful assumptions.³ Data breaches or system failures should be taken into account in designing migration management procedures involving technological tools. Similar occurrences can have a tremendous impact on the life of migrants.

This paper aims to illustrate the current regulation for the use of technological tools in the migration context. The goal is to understand if the use of Artificial Intelligence algorithms can take place while respecting the rights of migrants.

The first part of the paper focuses on the technical characteristics of Artificial Intelligence algorithms to highlight what impact they can have in the management of migration flows. The second part considers the approach of the European Union to the matter to highlight its possible criticalities. It then proposes a few policy recommendations for ethical and respectful use of Artificial Intelligence tools in the context of migration.

2. Defining artificial intelligence

Scholars, philosophers and legislators have provided different definitions of Artificial Intelligence over the years, depending on the perspective considered. The first attempt in this sense included in the definition of Artificial Intelligence those machines capable of using forms of language and performing reasoning processes typical of the human mind.⁴ The so-called symbolic artificial intelligence operated on this premise: a representation of machines' logical and decision-making processes understandable for the human mind.⁵ Machine learning systems currently in use operate on different assumptions.⁶

¹ P. MOLNAR, *AI and migration management* in M.D. DUBBER, F. PASQUALE, S. DAS (eds), *The Oxford Handbook of Ethics and AI*, Oxford, 2020.

² P. MOLNAR, L. GILL, *Bots at the Gate. A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System*, 2018, <https://citizenlab.ca/wp-content/uploads/2018/09/IHRP-Automated-Systems-Report-Web-V2.pdf> (last visited 11/01/2021).

³ R. AKHMETHOVA, *How AI is being used in Canada's Immigration Decision Making*, 2020, <https://www.com-pas.ox.ac.uk/2020/how-ai-is-being-used-in-canadas-immigration-decision-making/> (last access 11/01/2021).

⁴ J. MCCARTHY et al., *A proposal for the Dartmouth Summer research project on Artificial Intelligence*, 1955, <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf> (last visited 10/03/2021).

⁵ J. HAUGELAND, *Artificial Intelligence: the very idea*, Cambridge, 1985.

⁶ K. KERSTING, *Machine learning and Artificial Intelligence: two fellow travelers on the quest for intelligent behavior in machines*, in *Frontiers in Big Data*, 1, 6, 2018, 1.





These algorithms can learn new cognitive mechanisms based on experience gained from observing their surroundings through sensors.⁷ Machine learning algorithms can elaborate data to find common patterns between information and to forecast future happenings.⁸ Deep learning algorithms, an evolution of machine learning systems, process data through neural networks.⁹ These data layers are called in this way because of their resemblance with the human brain cells. This is a kind of “diffuse memory” instead of a single central data repository. However, there are drawbacks to using machine learning systems. These technologies require a continuous influx of data, great computational capacity, rely on sensors, and are often ineffective in understanding and reproducing human way of acting.¹⁰ The term Artificial Intelligence, therefore, indicates a set of technologies with multiple characteristics and different areas of application. Thus, it is not easy to provide a single and all-embracing definition of Artificial Intelligence for lawmakers and regulators.

The European Commission provided a definition of AI as a technological system with some degree of autonomy capable of displaying intelligent behaviour and taking decisions according to the environment.¹¹ More specifically, Artificial Intelligence indicates systems capable of analyzing the surrounding environment before taking actions to reach specific goals. These AI technologies can be entirely software-based, such as voice assistants, search engines or facial recognition systems, or embedded in hardware devices like autonomous vehicles or advanced drones and robots.¹² The independent high-level expert group set up by the European Commission provided a new definition of Artificial Intelligence.¹³ These are systems acting in the virtual or physical dimension to accomplish a given goal. They collect data by perceiving the surrounding environment and decide the best reasoning pattern to take to reach the final scope. AI systems can use symbolic rules either a numerical model to perform and adapt their working routine to the circumstances affected by their previous actions.

Defining artificial intelligence is a fundamental step to understand how AI tools work and what impact they can have in managing migration flows.

⁷ P. FLACH, *Machine Learning: the Art and Science of Algorithms that make sense of data*, Cambridge, 2012, 13.

⁸ J. BURREL, *How the Machine “Thinks”: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms*, in *Big Data & Society*, 3, 2016, 1.

⁹ R. DIAS, A. TORKAMANI, *Artificial Intelligence in Clinical and Genomic Diagnostics*, in *Genome Medicine*, 11, 70, 2019, 1.

¹⁰ Editorial, *Materializing Artificial Intelligence*, in *Nature Machine Intelligence*, 2, 2020, 653.

¹¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2018) 795 final, 07/12/2018, *Coordinated Plan on Artificial Intelligence*.

¹² Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2018) 237 final, 25/04/2018, *Artificial Intelligence for Europe*.

¹³ Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *A definition of AI: main capabilities and disciplines*, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines> (last visited 10/03/2021).





3. Ai tools in the management of migratory phenomena

Canada is developing a system of predictive analytics to support national authorities in assessing immigrants' applications.¹⁴ The aim is to individuate any potential sign of fraud or illicit application for an entry permit. Furthermore, AI algorithms can evaluate if applicants could represent a risk for national safety.¹⁵ More specifically, Canadian immigration officers could use AI instruments to make immigrants going under screening for admissibility proceedings according to section 33 of the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)¹⁶ to determine if an alien subject could enter the Canadian borders. Algorithms are trained to evaluate the completeness of an application and if it is legally compliant or fraudulent.

However, the Canadian government's use of artificial intelligence systems to control national borders raises some concerns that deserve analysis.¹⁷ The definition of concepts such as "fraud" or "risk" is not unambiguous. Preferring one interpretation of these terms over another can affect the work of the algorithms. There is a lack of clarity as to which entities are entitled to access information regarding migrants and refugees seeking to enter Canadian territory. It is likewise unclear whether public offices that have such data available can share them with other entities. Artificial intelligence systems are failure-prone machines. People who see their data collected and processed by such algorithms should be informed about the margin of error that the Canadian government considers acceptable in such data-driven border control procedures. Migrants and refugees should also be informed about the role played by AI algorithms in procedures involving them. More specifically, they should be aware of their right to ask for redress in case of algorithmic misconduct.

When migration management operations are related to national security matters, border controls and identity checks procedures could become more opaque and less transparent. Despite recent rulings of the Canadian Supreme Court against this possibility,¹⁸ immigration officers can withhold information collected during security proceedings, for instance, in case of suspect terrorism activities, according to section 83 (1) and 85.4 (1) of the IRPA. The use of these datasets in the context of AI migration management could eventually lead to digital surveillance concerns, in spite of the privacy rights of people involved.

As far as national security issues are concerned, the United States government is using AI-driven technologies, such as drones and cameras, to patrol borders and to fight against illegal migration and

¹⁴ P. MOLNAR, L. GILL, *op.cit.*

¹⁵ N. KEUNG, *Canadian Immigration applications could soon be assessed by computers*, in *The Star*, 2017, <https://www.thestar.com/news/immigration/2017/01/05/immigration-applications-could-soon-be-assessed-by-computers.html>, (last visited 12/01/2021).

¹⁶ Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) (S.C. 2001, c.27).

¹⁷ P. MOLNAR, L. GRILL, *op. cit.*

¹⁸ *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] SCC 9; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Harkat*, [2014] SCC 37.



human trafficking.¹⁹ The United States unveiled the Extreme Vetting project²⁰ in 2017 on the legal ground of the executive order issued by the Trump Presidency with the aim to protect the national territory from foreign terrorists.²¹ According to this project, automated decision-making systems would assess the application for entering the United States. More specifically, AI tools would determine if the foreign applicant may be a positive addition to the community or otherwise a possible threat for national security. Algorithms would process data collected from government agencies archives and public sources online like social media account to perform these tasks. However, such databases may contain biased information and the assessing process could not be reliable at all.²² For instance, alien claimants and applicants could modify their behavior if they are aware of being under investigation.²³ Successively, the United States conceded that a similar assessment program could seriously affect the human rights of people involved in several ways, including their privacy and right to identity. Thus, the national immigration agency abandoned the idea of a complete automatization of the vetting process.²⁴

The Italian government is considering using facial recognition algorithms in migration management.²⁵ The SARI (*Sistema Automatico Riconoscimento Immagini*) system would make it possible to verify the authenticity of photos used in identification documents. The border guards would have to compare these photos with the information present in the AFIS (*Automated Fingerprint Identification System*) database managed by the Italian Police. The Italian Data Protection Authority considered that this procedure did not infringe the privacy rights of the persons involved.²⁶ On the other hand, the intention to use the same systems to monitor the various phases of migrant disembarkation and film any illegal activities to identify those involved raises some concerns from the data protection perspective. At present, the SARI system is not operational for these purposes.

¹⁹ O. SOLON, *Surveillance Society: has technology at the US-Mexico border gone too far?*, in *The Guardian* June 2018, <https://www.theguardian.com/technology/2018/jun/13/mexico-us-border-wall-surveillance-artificial-intelligence-technology>, (last visited 12/01/2021).

²⁰ A. GLASER, *ICE Wants to Use Predictive Policing Technology for its "Extreme Vetting" Program*, in *Slate*, 2017, <https://slate.com/technology/2017/08/ice-wants-to-use-predictive-policing-tech-for-extreme-vetting.html>, (last visited 12/01/2021).

²¹ Presidency of the United States, Executive Order 13769, 27 January 2017, 82 FR 8977, *Executive Order Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*, [2017], <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states/>, (last visited 12/01/2021).

²² P. MOLNAR, L. MCGILL, *op. cit.*

²³ B. ROOT, *US Immigration Officials Pull Plug On High-Tech Extreme Vetting*, in *Human Rights Watch*, 2018, <https://www.hrw.org/news/2018/05/18/us-immigration-officials-pull-plug-high-tech-extreme-vetting>, (last visited 12/01/2021).

²⁴ N. DUARTE, *ICE Finds Out It Can't Automate Immigration Vetting. Now What*, in *Center for Democracy and Technology*, 2018, <https://cdt.org/insights/ice-cant-automate-immigration-vetting/>, (last visited 12/01/2021).

²⁵ R. COLUCCINI, *Lo scontro Viminale-Garante della Privacy sul riconoscimento facciale in tempo reale*, in *IRPI*, 2021, <https://irpimedia.irpi.eu/viminale-garante-privacy-riconoscimento-facciale-in-tempo-reale/>, (last visited 18/03/2021).

²⁶ Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Sistema Automatico di ricerca all'identità di un volto*, 26/07/2018, doc.n.9040256, <https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9040256>, (last visited 18/03/2021).





AI algorithms can help states in the reception and integration operations of migrants and refugees who have arrived within the national territory. Switzerland is currently using algorithmic systems to figure out how best to relocate such individuals within its cantons. Variables such as the population of the various areas and their cultural diversity are taken into account.²⁷ The United States government and resettlement agencies are considering to use similar algorithms to find the most suitable spot for refugees to relocate according to their cultural background and job skills.²⁸

AI tools could also represent a valuable instrument to overcome cultural divergencies and language misunderstandings.²⁹ Germany is running pilot projects exploiting AI technologies to perform tasks as dialect recognition, name transliteration and real-time translation. This solution could help in reducing the time spent in assessing immigration application which would otherwise require the intervention of experts like linguists and translators. Machine-learning algorithms process data to provide predictions about future outcomes, even in the migratory context.³⁰ Thus, States like Sweden are deploying such algorithms to forecast future migration flows in order to be prepared for the next humanitarian crisis.³¹

The European Union is carefully considering the use of artificial intelligence algorithms in migration management operations. However, the deployment of these tools must be done with respect for the fundamental rights of the people involved, primarily migrants and refugees.

4. Ai and migration: the european union approach

The recently released New Pact on Migration and Asylum explains the new European Union approach to migration issues.³² It consists of several normative and regulatory proposals to reform the entire migration management system. The reform of European border control and monitoring procedures also includes the use of advanced technological tools in the migration context. The European Union is developing an AI approach to the issues related to migration management.³³ Lawmakers and migration

²⁷ K. BANSAK et al., *Improving refugee integration through data-drive algorithmic assignment*, in *Science*, 359(6373), 2018, 325.

²⁸ A. SHASHKEVICH, *Stanford Scholars Develop New Algorithm to Help Resettle Refugees and Improve their Integration*, in *Stanford News*, 2018, <https://news.stanford.edu/2018/01/18/algorithm-improves-integration-refugees/> (last visited 17/03/2021).

²⁹ J. TANGERMANN, *Documenting and Establishing Identity in the Migration Process. Challenges and Practices in the German Context*, German Federal Office for Migration and Refugees Working Paper, 76, 2017, https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/11a_germany_identity_study_final_en.pdf, (last visited 12/01/2021).

³⁰ A. BEDUSCHI, *International Migration Management in the Age of Artificial Intelligence*, in *Migration Studies*, 2020, 1.

³¹ M. CARAMMIA, J.C. DUMONT, *Can We Anticipate Future Migration Flows?*, in *OECD Migration Policy Debates*, 2018, <https://www.oecd.org/els/mig/migration-policy-debate-16.pdf>, (last visited 12/01/2021).

³² Press Release, *A fresh start on migration: building confidence and striking a new balance between responsibility and solidarity*, 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706, (last visited 18/03/2021).

³³ Commission Report, *Opportunities and Challenges for the Use of Artificial Intelligence in Border Control, Migration and Security*, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c8823cd1-a152-11ea-9d2d-01aa75ed71a1/language-en>, (last visited 12/01/2021).



practitioners identified different areas where AI algorithms could play a fundamental role in this context, from risk assessment procedures to detecting illegal cross border activities.

Frontex, the European border control agency, is carefully considering new ways to secure European borders and to improve its technological capabilities.³⁴ It is following the development of several projects financed with research funds from the Horizon 2020 programme. Frontex recently signed an agreement with the Directorate-General for Migration and Home Affairs of the European Commission (DG-HOME) for the supervision and implementation of research projects related to border security issues.³⁵

The TRESPASS project aims to implement a risk-based approach in the operations of controlling national borders and regulating the entry of foreigners into the national territory. Algorithms collect and process data to identify, according to certain indicators, the level of “risk” of each possible entry within the state borders.³⁶ The ROBORDER project aims to implement a fully automated and unmanned border surveillance system. More specifically, it is a complex of mobile robotic vehicles capable of operating on any surface.³⁷ The FOLDOUT project aims to create a platform for real-time surveillance of state borders. A set of sensors collects information to inform border guards about possible threats along the borders.³⁸ The aim is to immediately detect any illegal cross-border movement. These are just a few examples of projects that have been considered. Frontex has also evaluated other solutions over the years: digital platforms for remote identification of vessels, biometric scanning and heartbeat recognition systems (to detect migrants hiding in vehicles and containers attempting to cross European borders illegally).³⁹

Algorithmic system can also work for lie detection purposes. The idea is to use these tools to detect if people requesting visas or entry permit are lying about their credentials through the processing of biometric data like facial expressions.

4.1. iBorderCtrl: AI detection system at the european borders

The iBorderCtrl project consists of a complex algorithmic system to detect false or contradictory statements made by migrants to border control. A digital avatar of a policeman asks travellers questions about their route, where they are coming from and their intentions, while a camera records the reactions of individuals. A QR code is then issued at the end of the questions for individuals to present at

³⁴ Press Release, *Frontex helping to bring innovation to future border control*, 2020, <https://bit.ly/3uKu19B> (last visited 18/03/2021).

³⁵ Terms of Reference between Directorate-General for Migration and Home Affairs of the European Commission and the European Border and Coast Security Agency, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/20200206_tor-ec-dg-home-frontex.pdf, (last visited 19/03/2021).

³⁶ A complete analysis of the TRESPASS project is available here <https://www.tresspass.eu/The-project> (last visited 19/03/2021).

³⁷ The website of the ROBORDER project is available here <https://roborder.eu/the-project/project-structure/> (last visited 19/03/2021).

³⁸ More information about the FOLDOUT project are available here <https://foldout.eu/> (last visited 19/03/2021).

³⁹ F. CHIUSI, *Poliziotti virtuali, riconoscimento facciale, tecnologie biometriche, scoring algoritmico per gestire il controllo dei confini: è questa l'Europa dei diritti?*, in *Valigia Blu*, 2021, <https://www.valigiablu.it/sorveglianza-tecnologia-confini-europa/> (last visited 19/03/2021).





border controls. The border guards can scan the code to check the veracity of the answers. If the questioning is unsuccessful, travellers may be subject to further checks.

The iBorderCtrl working routine has given rise to a number of concerns about its effectiveness and fairness.⁴⁰ Researchers tested the system to find out a 75% level of accuracy.⁴¹ However, it should be noted that the study group was not adequately proportioned in terms of factors such as gender or ethnicity. Member of the European Parliament Patrick Breyer filed a lawsuit against the European Commission seeking an explanation of its decision to fund the iBorderCtrl system.⁴² The politician asserted that there is no scientific evidence on the validity of these lie detection mechanisms.⁴³ He also complained about a lack of transparency regarding the actual operation of the lie detector system and expressed concerns that this technology could also be used for commercial purposes by private parties. Further investigations have shown that the algorithmic technology of the iBorderCtrl system takes into account variables such as people's ethnic origin, thus leaving room for suspicion of discriminatory results.⁴⁴ Algorithms should consider cultural divergencies and different societal backgrounds to interpret facial expressions and social behaviours correctly. AI tools require a large amount of data to perform similar tasks and how they process these inputs could produce biased outcomes. Avoiding collecting information about a specific segment of the population or otherwise designing the algorithms to recognize particular "lying signals" instead of others could seriously influence the production of outcomes. Furthermore, it is not clear if AI-driven lie detectors could assess in the proper way signs of trauma: a migrant shocked by a perilous journey shall react to questions peculiarly.⁴⁵

4.2. Eurosur system of surveillance

The European Border Surveillance System (Eurosur) takes place at the European border.⁴⁶ The Member States and Frontex jointly operate this system to increase situational awareness of what is happening at the European borders and increase the reaction capabilities of border guards. Eurosur aims to combat cross-border criminal phenomena, such as trafficking in human beings, and to safeguard the safety of migrants. Eurosur consists of a network of surveillance and information exchange systems. Each Member State coordinates a national hub to collect information on what is happening at its border. Meanwhile, Frontex is supervising the entire European framework.

⁴⁰ R. GALLAGHER, L. JONA, *We tested Europe's new lie detector for travelers – and immediately triggered a false positive*, in *The Intercept*, 2019, <https://theintercept.com/2019/07/26/europe-border-control-ai-lie-detector/> (last visited 19/03/2021).

⁴¹ K. CROCKETT et al., *Intelligent deception detection through Machine Based interviewing*, Conference Paper, 2018, 1.

⁴² Action brought on 15 March 2019, *Breyer v. Commission*, Case T-158/19.

⁴³ N. LOMAS, *'Orwellian' AI lie detector project challenged in EU court*, in *Tech Crunch*, 2021, <https://techcrunch.com/2021/02/05/orwellian-ai-lie-detector-project-challenged-in-eu-court/>, (last visited 19/03/2021).

⁴⁴ U. BACCHI, *High-tech lie detector used at Europe borders face scrutiny*, 2021, <https://www.reuters.com/article/europe-tech-court-idUSL8N2KB346>, (last visited 19/03/2021).

⁴⁵ H. EVANS CAMERON, *Refugee Law's Fact-Finding Crisis: Truth, Risk and the Wrong Mistake*, Cambridge, 2018, 76.

⁴⁶ Regulation (EU) No 1052/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295, 06/11/2013, 11.



The aim is to have a constantly updated picture of the situation at the European borders. Frontex supervises the deployment of surveillance tools to detect cross border movements and thus to facilitate the interception of supposedly illegal activities. Border guards can rely on sophisticated technologies like platforms with sensors, satellite images, UAVs. As far as Artificial Intelligence systems are concerned, Frontex is using algorithms to track suspicious vessels' movements and to forecast their possible final destination.

Eurosur is therefore adopting a preventive approach. This system assesses suspicious movement in the nearby European frontiers trying to anticipate the occurrence of border-crossing activities.⁴⁷ It represents a less visible way of controlling borders than the traditional approach of deploying guards and police forces on the frontier line.⁴⁸ The functioning of Eurosur ensures that state control functions are not limited to the national territory and are anticipated before the possible criminal event takes place.⁴⁹ Eurosur, therefore, carries out an assessment of possible vulnerabilities at national borders: in this way, migrants are seen as a potential crisis factor.⁵⁰

5. Critical issues and legal challenges in using ai tools in the management of migration flows

The use of artificial intelligence systems in migration management has undoubted benefits. Algorithms allow for a reduction in the time it takes to collect the data needed to make administrative decisions such as issuing visas. They enable more efficient controls of national borders and prevent the occurrence of possible national security threats. Nonetheless, lawmakers and regulators need to consider several elements that can exacerbate the inherent vulnerability faced by migrants and refugees.

5.1. Explicability and black box barrier

The reasoning routine of modern AI algorithms is inherently opaque and undetectable. More specifically, they do not provide understandable explanations of their outputs. It is possible to understand the technological mechanisms that led the algorithm to produce a certain result based on certain inputs. Machine learning algorithms process a set of inputs in a machine-readable format: a series of 0s and 1s arranged according to binary code. Scientists can make assumptions about which strings of code the algorithm followed to formulate its output. Nevertheless, a human observer cannot understand the logic behind the resulting outcomes.⁵¹ This inherent lack of transparency is known as black box barrier of Artificial Intelligence.⁵² Efforts to explain the logic behind the reasoning patterns of machine

⁴⁷ J. JEANDESBOZ, *Beyond the Tartar steppe: EUROSUR and the ethics of European border control practices*, in J.P. BURGESS, S. GUTWIRTH (eds.), *A threat against Europe? Security, Migration and integration*, Bruxelles, 2012, 111.

⁴⁸ D. BIGO, *Globalized (in)security: the field and the ban-opticon*, in D. BIGO, A. TSOUKALA (eds.), *Terror, insecurity, liberty. Illiberal practices of liberal regimes: the (In)security games*, New York, 2008, 10.

⁴⁹ M. TAZZIOLI, *Spy, track and archive: the temporality of visibility in Eurosur and Jora*, in *Security Dialogue*, 49, 4, 2018, 272.

⁵⁰ M. TAZZIOLI, *op.cit.*

⁵¹ D. CASTELVECCHI, *Can We Open the Black Box of AI*, in *Nature*, 2016, <https://www.nature.com/news/can-we-open-the-black-box-of-ai-1.20731> (last visited 12/01/2021).

⁵² Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 31, 2018, 889.





learning algorithms have had little success to date.⁵³ It is therefore not technologically possible to understand the rationale behind an algorithmic output. Not being able to understand the motivations behind public decisions raises ethical and legal concerns. The understandability of public actions, like judicial acts, is a crucial factor.⁵⁴

However, Artificial Intelligence tools that are less understandable are usually the ones that get more reliable results.⁵⁵ A balance between explicability and the performance of the algorithm must be found. Lawmakers and regulators should take into account the scope of application of the given algorithm in this regard. Several scholars have argued for a principle of explicability of Artificial Intelligence.⁵⁶ According to this principle, humans must be able to obtain clear, precise and understandable explanations for the decision-making process adopted by the algorithms. Applying the principle of explicability would allow the maintenance of effective human control over the operation of the algorithms.⁵⁷ Humans would be morally responsible for the operation of AI systems and how algorithmic products are employed. The ability to understand the logic behind a given algorithmic decision will allow people to accept it, question it, or even overturn it.⁵⁸

Understanding the factors that produced a particular algorithmic result is particularly important in the context of migration management. Human operators need to know whether algorithms base their operations on discriminatory or unnecessary elements. Facial recognition systems could identify specific individuals as national security threats because of their facial features. Algorithms could suggest denying entry visas to a given category of people based on their ethnic background. Artificial intelligence tools used for humanitarian purposes or in the management of refugee camps could exclude certain people from receiving essential services based on factors such spoken language or national origin. These are just a few examples of how the use of algorithmic systems in the migration context can exacerbate the vulnerable conditions in which migrants and refugees find themselves. Prejudicial and discriminatory attitudes can propagate and expand without being curbed due to the undetectability of the reasoning process of the algorithms. The use of predictive models generated by data-driven algorithms can discriminatively influence the decision-making process of human actors.⁵⁹ This can also happen in the context of migration if the datasets collected have shortcomings or biases that exclude certain individuals from enjoying specific rights, such as freedom of movement from one state to another

⁵³ R. GUIDOTTI et al., *A survey of methods for explaining black box models*, in *ACM Computer Surveys*, 51, 5, 2018, 1.

⁵⁴ S. ROBBINS, *A misdirected principle with a catch: explicability for AI*, in *Minds and Machines*, 29, 2019, 495.

⁵⁵ G. SARTOR, F. LAGIOIA, *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence*, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU\(2020\)641530_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU(2020)641530_EN.pdf) (last visited 11/03/2021).

⁵⁶ L. FLORIDI ET AL., *AI4 people – An ethical framework for a good AI society: opportunities, risks, principles, and recommendations*, in *Minds and Machines*, 28, 2018, 689; L. H. GILPIN ET AL., *Explaining explanations: an overview of interpretability of machine learning*, <https://arxiv.org/abs/1806.00069> (last visited 12/03/2021).

⁵⁷ F. SANTONI DE SIO, J. VAN DEN HOVEN, *Meaningful human control over autonomous system: a philosophical account*, in *Frontiers in Robotics and AI*, 2018, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frobt.2018.00015/full> (last visited 12/03/2021); S. ROBBINS, *AI and the path to envelopment: knowledge as a first step towards the responsible regulation and use of AI-powered machines*, in *AI & Society*, 35, 2020, 391.

⁵⁸ S. ROBBINS, *A misdirected principle with a catch: explicability for AI*, cit.

⁵⁹ B. A. WILLIAMS ET AL, *How algorithms discriminate based on data they lack: challenges, solutions, and policy implications*, in *Journal of Information Policy*, 8, 2018, 78.



or receiving humanitarian help. Thus, this study argues the necessity of a clear accountability framework regulating the use of algorithmic products in the public decision-making sphere.

5.2. AI and accountability in the public sector

The deployment of AI systems is radically transforming the decision-making process of public actors. The growing importance of Artificial Intelligence in the public sector raises important concerns about oversight mechanisms and accountability framework.⁶⁰

Government offices are using digital technologies because they find them efficient, “neutral” and low cost. However, these innovations are revolutionizing the very nature of these offices. They radically challenge the traditional notion of public bodies transforming prerogatives like the exercise of administrative discretion.⁶¹

This is especially true in policing and law enforcement activities.⁶² Algorithms can find hidden patterns among the analyzed data to predict future occurrences, such as criminal activity or whether individuals will be able to pay their debts. However, the operation of predictive policing algorithms is subject to the risk of failure and potentially disastrous consequences.⁶³ Processing unreliable data can lead to replicating biases and discriminatory attitudes, even in the migration context. Refusing to grant entry visas to individuals of a particular ethnicity then becomes a shared and recognized practice in the algorithms’ training data. Thus, they will guide subsequent decisions in the same direction.⁶⁴

The relative obscurity and lack of transparency inherent in the cognitive pathway of artificial intelligence algorithms mean that it is often not possible to identify the presence of these biases and the persistence of these loop mechanisms that propagate these discriminatory outputs.⁶⁵ The growing importance of artificial intelligence systems in public decision-making and the resulting risk for public offices to make decisions influenced by algorithmic biases requires a careful study of the accountability system.

The concept of accountability requires every actor to explain their activities to a specified audience who can then judge their actions and take the appropriate consequences.⁶⁶ Algorithmic accountability in the public sector means understanding how public bodies can use algorithmic outputs in their

⁶⁰ N. DIAKOPOULOS, *Algorithmic accountability reporting: on the investigation of black boxes*, 2014, <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8ZK5TW2> (last visited 15/03/2021); J. B. BULLOCK, *Artificial Intelligence, discretion and bureaucracy*, in *The American Review of Public Administration*, 49, 7, 2019, 751; M. BUISOC, *Accountable Artificial Intelligence: holding algorithms to account*, in *Public Administration Review*, 2020, 1.

⁶¹ J. T. BARTH, E. ARNOLD, *Artificial Intelligence and administrative discretion: implications for Public Administration*, in *The American Review of Public Administration*, 29, 4, 1999, 332.

⁶² L. B. MOSES, J. CHAN, *Algorithmic prediction in policing: assumptions, evaluation, and accountability*, in *Policing and Society*, 28, 7, 2018, 806; M. CATANZARITI, *Enhancing policing through algorithmic surveillance*, in L. MARIN, S. MONTALDO (eds), *The Fight Against Impunity in EU Law*, London, 2020, 239.

⁶³ C. RUDIN, *Stop explaining black box machine learning models for high stake decisions and use interpretable models instead*, in *Nature Machine Intelligence*, 1, 206, 2019, 15.

⁶⁴ B. LEPRI et al., *Fair, transparent and accountable algorithmic decision-making process. The premise, the proposed solutions and the challenges*, in *Philosophy and Technology*, 31, 2018, 611; M. BUISOC, *op.cit.*, 2.

⁶⁵ M. BUISOC, *op. cit.*, 2

⁶⁶ M. BOVENS, *Analysing and assessing accountability: a conceptual framework*, in *European Law Journal*, 13, 4, 2007, 447.



decision-making process. In other words, if human observers are capable of auditing, interrogating and understanding the given AI outcome before taking any relevant decision on its base.⁶⁷

This may not be possible for several reasons. This study has already addressed the issue of algorithm explicability. The so-called black box barrier may prevent an external human observer from understanding the reasoning process of a given algorithm.

Understanding of automated decision mechanisms may be further limited by intellectual property issues.⁶⁸ Government offices using privately sourced algorithms must therefore rely on the manufacturers and on their willingness to report any errors in the system and take action accordingly.⁶⁹ Thus, AI providers have an important role in public decision-making. Implementing specific values in the algorithm's working routine is a political choice. It can influence the final predictive results and consequently benefit certain individuals over others.⁷⁰ Public officials may do not have full control over which values to be pursued through their actions.⁷¹

Defining what values the algorithms used in migration management should pursue is a particularly important question. Prioritizing the efficiency of border control operations over the reception of migrants and refugees can have devastating consequences on the lives of the people involved. The context of migration involves individuals from diverse cultural backgrounds. AI algorithm providers may have calibrated their systems to a notion of certain principles that are not understandable outside of their national borders. European and international regulations deal with a concept of privacy formed in "Western" culture. According to this approach, privacy is an essential element for the self-fulfillment of the individual as a person.⁷² Cultures that do not accept such an individualistic approach might recognize a different notion of privacy.⁷³ Algorithms must take into account these different perspectives to produce reliable results that can be used by public decision makers in managing migration flows. An efficient accountability framework should provide oversight mechanisms capable of maintaining meaningful human control over the utilization of AI outputs. Assessment procedures should be put in place to test the availability of AI systems according to the different sectors of the Public Administration.⁷⁴ Independent third parties should also conduct ongoing testing to assess the reliability of algorithms used in various migration management tasks. More specifically, they should assess the need to calibrate the algorithms according to the circumstances (origin of migration flows, societal and cultural background of people involved etc.) to obtain reliable results and protect the rights of migrants and refugees.

⁶⁷ M. BUISOC, *op.cit.*, 4.

⁶⁸ N. DIAKOPOULOS, *op.cit.*

⁶⁹ M. BUISOC, *op.cit.*, 5.

⁷⁰ M. M. YOUNG, J. B. BULLOCK, J. D. LACY, *Artificial discretion as a tool of governance: a framework for understanding the impact of Artificial Intelligence on Public Administration*, in *Perspectives on Public Management and Governance*, 2, 4, 2019, 301.

⁷¹ P. A. BUSCH, H. Z. HENRIKSEN, *Digital discretion: a systematic literature review of ICT and street-level discretion*, in *Information Polity*, 23, 1, 2018, 3.

⁷² L. A. BYGRAVE, *Privacy protection in a global context – A comparative overview*, in *Scandinavian Studies in Law*, 47, 2004, 319.

⁷³ L. A. BYGRAVE, *Privacy and data protection in an International perspective*, in *Scandinavian Studies in Law*, 56, 2010, 176.

⁷⁴ M. BUISOC, *op. cit.*, 10.

6. Fundamental rights issues in managing migration flows with ai tools

The characteristics of algorithmic functioning outlined above may infringe several fundamental rights as stated in International Treaties. More specifically, proper regulation of AI tools in the migration context should formulate appropriate safeguards to avoid discriminatory attitudes, the infringement of data protection rights and to ensure the application of the principle of *non-refoulement*.

6.1. AI tools and discrimination practices at the borders

The principle of non-discrimination is one of the fundamental cores of International Human Rights Law. The Universal Declaration of Human Rights (UDHR)⁷⁵ states that all humans are born free and equal in dignity and rights (art.1). Furthermore, no one should be subjected to any form of discrimination based on elements like, for instance, sex, race or religion (art.4). Likewise, every human is to be considered equal before the law (art.7). The European Convention on Human Rights (ECHR)⁷⁶ affirms that the enjoyment of the freedoms and rights states by the ECHR shall be secured without any discrimination on the basis of elements like sex, language, religion etc. (art.14). The Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU)⁷⁷ prohibits any form of discrimination (art.21). Art 10 of the TFEU requires the European Union to implement its policies and actions fighting including the fight against any form of exclusion and discrimination.⁷⁸

According to the EU approach, AI systems used for border controls only involve third-country nationals. European citizens enjoy the right of freedom of movement within the territory of the European Union. This situation contributes to reinforcing the false identification of the migrant as a possible threat to public safety.⁷⁹ Furthermore, it creates an inequality of treatment between Europeans and immigrants.⁸⁰

As far as the migratory context is concerned, biased datasets and how they can influence algorithmic outcomes are the main issues. Adopting AI-driven procedures for managing migration purposes could exacerbate discriminatory attitudes already embedded in the algorithms.⁸¹ AI algorithms may suggest to border guards that specific individuals must undergo further checks based on discriminatory biases such as ethnicity. The discriminatory attitude of the algorithms tends to be self-perpetuating because it influences their training data. Excluding a certain category of people from the possibility of entering

⁷⁵ General Assembly of the United Nations, Resolution 217A (III), 8 December 1948, Universal Declaration of Human Rights, [1948], [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_217\(III\).pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_217(III).pdf), (last visited 12/01/2021).

⁷⁶ Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, (last visited 12/01/2021).

⁷⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 18 December 2000, OJ C364/3.

⁷⁸ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26/10/2012, 47.

⁷⁹ L. NUNZIATA, *Immigration and crime: evidence from victimization data*, in *Journal of Population Economics*, 28, 2015, 697

⁸⁰ C. BLASI CASAGRAN, *Fundamental rights implications of interconnecting migration and policing databases in the EU*, in *Human Rights Law Review*, 21, 2021, 433.

⁸¹ N. TURNER LEE ET AL., *Algorithmic Bias Detection and Mitigation: Best Practices and Policies to Reduce Consumer Harms*, 2019, <https://www.brookings.edu/research/algorithmic-bias-detection-and-mitigation-best-practices-and-policies-to-reduce-consumer-harms/>, (last visited 12/01/2021).

into Europe, or at least hindering their movements, based on algorithmic prejudices will make these individuals commit illegal acts.⁸² The commission of actions such as illegal migration or cross-border crimes will reinforce the algorithmic bias. These technological systems are not neutral concerning factors such as nationality or ethnicity, as demonstrated in the iBorderCtrl case. The functioning of these technologies could have an impact on the already vulnerable conditions of individuals belonging to minority groups.⁸³

6.2 Data protection principles in the ai-driven migration management procedures

The right to privacy is a fundamental element for the freedom and self-dignity of a person.⁸⁴ It allows every individual to reach a proper intellectual and emotive autonomy. The concept of privacy is continuously changing and evolving following the mutating need of human society.

The UDHR states the right to privacy (art.12): everyone has the right to preserve his/her private life from intrusions of third parties. The ICCPR underlines the need for adequate safeguards also for the reputational sphere of the individual (art.17). The United Nations recently recognized that digital technologies could have a serious impact on privacy rights. More specifically, they may lead to mass surveillance mechanisms which impinge human freedom.⁸⁵ According to the General Assembly, people hold the same rights offline and online.⁸⁶ States should act to ensure an adequate level of protection for privacy in digital telecommunication. The right to privacy is also recognized on a regional level. For instance, the ECHR protects the private and family life of every individual, including the inviolability of his/her communications (art.8). Likewise, the CFREU recognizes the right to privacy and data protection for every individual. Furthermore, it proclaims that every data processing activity shall follow the principles of fairness, transparency, lawfulness and according to predetermined goals (art.8).

The use of AI systems in the migration context may have a severe impact on the principles enshrined in the GDPR.⁸⁷ Data collection and elaboration procedures shall be carried on accordingly with the values of fairness, transparency and lawfulness (Art.5).

The transparency principle indicates data processing activities shall be conducted openly and clearly about who is elaborating data and how. The black box barrier jeopardizes the application of this principle. As far as the migration context is concerned, different subjects like Frontex or national law

⁸² P. WILLIAMS, E. KIND, *Data-driven policing: the hardwiring of discriminatory policing practices across Europe*, 2019, <https://bit.ly/34U3b4p>, (last access 22/03/2021).

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, in *Washington and Lee Law Review*, 25, 1, 1968, 166.

⁸⁵ Opening Remarks by Ms. Navi Pillay, United Nations High Commissioner for Human Rights to the Side-event at the 24th session of the UN Human Rights Council *How to safeguard the right to privacy in the digital age?*, 20 September 2013, <https://bit.ly/3wPuNDw>, (last visited 12/01/2021); Opening Remarks by Ms. Navi Pillay United Nations High Commissioner for Human Rights to the Expert Seminar: *The right to privacy in the digital age*, 24 February 2014, Room XXI, Palais des Nations, Geneva, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14276&LangID=E>, (last visited 12/01/2021).

⁸⁶ General Assembly of the United Nations, Resolution A/RES/68/167, 21 January 2014, *The Right to Privacy in the Digital Age*, <http://undocs.org/A/RES/68/167>, (last visited 12/01/2021).

⁸⁷ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, OJ L 119, 04/05/2016, 1.

enforcement authorities can access AI systems. This lack of clarity about who is using such tools and for what purposes likewise endangered the application of the transparency principle. The lack of a clear framework for allocating responsibilities, as outlined above, in the use of AI algorithms for public affairs contributes to this opaque situation. It is also not possible to understand *ex-ante* the importance of algorithmic results in the decision-making process of actors such law-enforcement agencies or border guards.

The fairness principle is the crucial core of the relationship between controllers and data subjects.⁸⁸ It requires that processing data procedures shall be carried on in a way people could reasonably expect.⁸⁹ Algorithms may produce discriminatory results for specific individuals or categories of people in case of biased datasets. This prevents compliance with the fairness principle. However, reliable algorithms must take into account peculiar factors and variables while performing their tasks. An algorithm that produces standardized results without taking variables into account would be almost useless, if not harmful.⁹⁰ A fair algorithm should work taking into account such differences without exacerbating discriminatory trends. Nevertheless, the difference between taking every element into account and producing discriminatory results is particularly subtle in sensitive contexts such as migration management. Artificial Intelligence is not a neutral technology. Thus, its deployment could be influenced by the interests at stake.

Machine learning algorithms require more and more data to improve their functioning. However, this need makes it difficult to apply the principle of data minimization stated in the GDPR (Art.5). According to the GDPR, controllers must only collect and process the amount of data that is strictly necessary to achieve their objectives. The principle of purpose limitation (Art.5) is equally endangered by the operation of algorithms in the migration context. According to this rule, controllers can collect data only for purposes previously fixed. The continuous demand for new data means that algorithms do not need information only for predetermined purposes. As far as the migration context is concerned, it should be noted that several actors have access to artificial intelligence tools, as previously explained. Thus, it may be not possible to identify all the interests at stake. More specifically, the use of Artificial Intelligence systems at the borders of the European Union responds both to the need to manage migratory flows and to fight criminal phenomena.⁹¹ For example, law enforcement agencies may use the data collected for administrative purposes, such as issuing an entry visa, to conduct criminal investigations. The Court of Justice of the European Union has clarified that limits must be set to the ability of public bodies to access citizens' data.⁹²

⁸⁸ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Data Protection Law*, <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-data-protection-law-2018-edition>, (last visited 24/03/2021).

⁸⁹ C. BLASI CASAGRAN, *op.cit.*, 443.

⁹⁰ R. BENJAMIN, *Assessing risk, automating racism*, in *Science*, 366, 6464, 2019, 421.

⁹¹ C. BLASI CASAGRAN, *op. cit.*, 446.

⁹² Court of Justice of the European Union, Judgement of 8 April 2014, *Digital Rights v. Ireland*, Joined Cases C-293/12 and C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.



6.3. AI-driven border controls and the application of the *non-refoulement* principle

Artificial intelligence tools can contribute to practices of deportation and expulsion of migrants, despite the principle of *non-refoulement* enshrined in international law. According to Article 33 of the Geneva Convention, States cannot expel or return refugees to a territory where their life could be endangered by a risk of persecution.⁹³ Article 4 of the ECHR prohibits subjecting any person to inhuman or degrading treatment. Article 18 of the same document affirms the right to asylum in accordance with the Geneva Convention relating to the Status of Refugees, including the principle of non-refoulement. Article 19.2 of the ECHR prohibits the return of a person to a state where there is a well-founded danger to his or her life and integrity.

The principle of *non-refoulement* also entails rejection procedures at national borders.⁹⁴ Similarly, UNHCR stated that the scope of application of the principle of non-refoulement concerns the national territory, its borders and the high seas.⁹⁵ Thus, it applies also to border control procedures.⁹⁶ Border guards could use AI tools to identify and intercept individuals approaching the national frontiers and then returning them to their country of origin, regardless of any risk of torture and reprisals they can suffer over there.⁹⁷ According to the Eurosur regulation, there cannot be an exchange of information with a third country that could use such data to identify certain persons who have applied for international protection or who are at risk of inhuman and degrading treatment (Art.20). Despite this prediction, studies have shown that European countries rarely carry out thorough investigations to assess whether such risks exist.⁹⁸

7. Procedural safeguards in AI-driven individual expulsion proceedings

According to international human rights law, States are required to provide appropriate remedies for individuals who suffer violations of their fundamental rights.⁹⁹ As far as deportation procedures are concerned, States shall formulate adequate safeguards for the rights of people involved.¹⁰⁰ More specifically, individuals have the right to appeal against the deportation decision and thus to request stricter scrutiny of this procedure.

⁹³ Convention and protocol relating to the status of refugee, <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10>, (last visited 24/03/2021).

⁹⁴ G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The refugee in International Law*, Oxford, 2007, 208.

⁹⁵ UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement, November 1997, <https://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>, (last visited 24/03/2021).

⁹⁶ Art 2 of the Regulation (EU) No 1052/2013 implementing the EUROSUR system.

⁹⁷ A. BEDUSCHI, *op.cit.*

⁹⁸ European Union Agency for Fundamental Rights, *How the Eurosur Regulation affects fundamental rights*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-eurosur-regulation-fundamental-rights-impact_en.pdf, (last visited 24/03/2021).

⁹⁹ Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2005, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, A/RES/60/147, <https://undocs.org/en/A/RES/60/147>, (last visited 25/03/2021).

¹⁰⁰ Human Rights Committee, *Ahani v. Canada*, Communication n. 1051/2002, <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1108>, (last visited 25/03/2021).



Art.22 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (ICRMW) prescribes a non-exhaustive list of possible remedies.¹⁰¹ It includes measures like communicating the deportation decision in a language understandable for people involved and, if possible, in a written form. Furthermore, aliens under expulsion procedure should be able to express their reasons. Protocol n.7 of the ECHR formulates similar procedural safeguards for the fundamental rights of people involved in expulsion proceedings. However, individuals can be expelled without expressing their reasons in the case of national security matters.

The use of artificial intelligence systems to carry out border controls may undermine the effective application of these remedies and safeguards. The black box barrier could prevent border guards and administrative officers to fully explain the reasons behind their decisions. Thus, migrants involved could not submit an appeal against expulsion or rejection proceedings based on algorithmic outputs. The lack of appropriate oversight mechanisms for the use of AI systems in the migration context may therefore render the procedural safeguards just explained essentially inapplicable.

8. Concluding remarks and recommendations

The deployment of AI tools in the migration management context is nowadays a well-established practice. Algorithms can perform different tasks, from assessing migrants' applications to individuate the better spots to relocate them. However, relying acritically on the AI potentialities in such a sensible context may represent a mistake from a political perspective and a threat to the fundamental rights of all the people involved.

This paper points out the critical issues and the legal challenges of using AI algorithms to perform border controls, identity checks and other activities related to the management of migration flows. More specifically, this study questions how the inherent features of AI algorithms could be not compatible with the use of such systems in the migration context. It then takes into account factors such as the inherent opacity of algorithmic reasoning, the possibility of replicating and amplifying discriminatory practices, and the lack of a clear liability framework to understand what the problems may be in using AI algorithms in the migration context. These factors can have a potentially devastating impact on the lives of migrants, refugees and asylum seekers.

The ill-considered and not carefully regulated use of algorithmic tools in such a sensitive context as migration can lead to the non-respect of fundamental principles such as equality and non-discrimination. It can cause the infringement of the privacy and data protection rights of those involved in the above explained algorithmic controls. Border rejections and deportation measures based on algorithmic outputs may violate the principle of non-refoulement and condemn migrants to take intolerable risks to their lives and safety.

This paper looks at the measures implemented by the European Union in the field of algorithmic controls in the context of migration to understand whether European decision-makers have taken into account these possible risks for the fundamental rights of migrants, refugees and asylum seekers.

¹⁰¹ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cmw.aspx>, (last visited 25/03/2021).





The iBorderCtrl project funded by the European Commission is a clear example of how the use of algorithmic systems at European borders can have worrying results and create dystopian situations. The AI-driven lie-detection system was responsible for checking the reliability and truthfulness of travelers' statements at border controls to enter European territory. However, the functioning of this mechanism was obscure and not understandable to human observers. There was also a risk that it would take into account variables such as the ethnic origin or nationality of respondents in a discriminatory manner.

The iBorderCtrl case illustrates how algorithmic technologies are not inherently neutral, but they act accordingly to purposes determined by actors and stakeholders. As far as fields of public importance like migration management are concerned, elected politicians and lawmakers formulate such purposes.

The migration crisis of 2015 and the gradual rise to political power of parties that see immigration as a possible threat has influenced European action. The EU is currently funding the implementation surveillance tools and training programmes for border police in neighbouring countries.¹⁰² The aim is to prevent migratory flows currently in circulation from reaching EU territory.

This attempt to "outsource" the surveillance of European borders and the management of migratory phenomena to other States raises several concerns. All the more so considering the impact that algorithmic tools can have in such a situation, as explained in this paper. Several EU bodies and agencies are funding these activities for different goals and acting on different legal grounds. The lack of a clear framework of intervention for these programmes is an issue in terms of fundamental rights safeguards. The EU's increasing focus on the technological control of its borders has led to an increase in the budget for Frontex.¹⁰³ Similarly, surveillance systems industries are constantly lobbying Frontex officers to influence their actions and therefore increasing their profit opportunities.¹⁰⁴

Thus, private economic interests and political pressures can be determining factors in influencing EU action in managing migration phenomena.

The EU Member States must cooperate to develop an integrated and collaborative border management policy (Art.77.2 TFEU).¹⁰⁵ The principles of solidarity and fair sharing of responsibilities must characterize the European Union's action in the context of migration and management of its borders (Art.80 TFEU), including the deployment of technological means at the European frontiers.

The European Parliament recently did not approve the financial budget of Frontex over concerns about the lack of respect for fundamental rights in the management of migratory flows.¹⁰⁶

¹⁰² Privacy International report, *Borders without borders: how the EU is exporting surveillance in bid to outsource border controls*, <https://privacyinternational.org/long-read/4288/borders-without-borders-how-eu-exporting-surveillance-bid-outsource-its-border>, (last visited 26/03/2021).

¹⁰³ Statewatch, EU: Frontex splashes out: millions of euros for new technology and equipment, 19/06/2020, <https://www.statewatch.org/news/2020/june/eu-frontex-splashes-out-millions-of-euros-for-new-technology-and-equipment/>, (last visited 26/03/2021).

¹⁰⁴ M. Douo et al., *Lobbying fortress Europe. The making of a border-industrial complex*, in *Corporate Europe Observatory*, 05/02/2021, <https://corporateeurope.org/en/lobbying-fortress-europe>, (last visited 26/03/2021).

¹⁰⁵ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26/10/2012, 47.

¹⁰⁶ Press release, *EU refuses to approve Frontex's budget over human rights concerns*, in *Al Jazeera*, 23/03/2021, <https://www.aljazeera.com/economy/2021/3/23/eu-refuses-to-sign-off-on-frontex-budget-over-human-rights-issues>, (last visited 29/03/2021).



In conclusion, this paper is intended to point out the several risk factors for the fundamental rights frameworks of using AI tools in the migration context without considering the consequences. AI algorithms can produce biased outcomes which serve as legitimate grounds for discriminatory policies. Thus, this paper argues that oversight mechanisms are needed. Independent authorities should periodically check the functionality and fairness of AI algorithms deployed at the European frontiers. Humans must be able to understand and question the algorithmic outcomes before using them in their decision-making process. Migrants, refugees and asylum seekers should likewise be aware of such process and be able to appeal final decisions in case of an alleged violation of their rights.

Migration management is a field involving political influences and economic interests carried on by private parties, as outlined above. The European Union should finance only technologically border surveillance programmes providing for a clear governance framework. Public institutions must carry on severe scrutiny on the implementation of such procedures to ensure compliance with the human right framework. They must investigate in-depth the algorithms employed for migration management purposes to detect potential biases and to understand their reasoning process as much as technologically possible. Thus, they should choose algorithms which are not showing an unsurmountable black-box barrier, if possible.

Public bodies should establish a constant dialogue with surveillance tools suppliers and AI providers to make the algorithms fundamental rights compliant, regardless of proprietary issues. More specifically, public bodies must tell AI manufacturers which values algorithms should follow in their working routine according to their political views. However, continuous public control should check the fair implementation of these decisions. In other words, democratically elected bodies should decide public policies instead of private business-oriented entities, like surveillance tools industries or AI providers.

As far as migration management is concerned, public bodies must decide which interpretation of chosen values AI algorithms should follow according to the peculiarities of this field. The concept of privacy has different meanings depending on social, cultural and geographical contexts.¹⁰⁷ AI algorithms must therefore take into account cultural differences in managing migration flows composed of people coming from several different backgrounds into the “Western” European territory. Frontex should therefore provide an adequate training programme for its personnel on the functioning of AI-driven border controls and about the cultural divergencies in terms of privacy and data protection to assist migrants, refugees and asylum seekers through identification policies.

An AI-driven migration management policy is possible, but human intervention is still necessary to safeguard the fundamental rights framework.

¹⁰⁷ L.A. BYGRAVE, *Privacy and data protection in an international perspective*, cit.



La “scatola nera” della decisione giudiziaria: tra giudizio umano e giudizio algoritmico

Sonia Arduini*

THE “BLACK BOX” OF JUDICIAL DECISION-MAKING: BETWEEN HUMAN AND ALGORITHMIC JUDGEMENT

ABSTRACT: The increasing role of artificial intelligence has confronted judicial systems with the perils of algorithmic decisions. Facing the prospect of “robot-judges”, the right to a fair trial still relies on human decisions. However, the mechanisms of judicial decision-making need to be questioned. In fact, it can be said that if algorithms operate as “black boxes”, so does the mind of human judges. According to the most extreme version of legal realism, «law is what the judge had for breakfast»: opaque reasoning and bias not only affect algorithmic decisions, but human decisions, too.

KEYWORDS: algorithmic justice; black box; judicial decision-making; philosophy of law; legal realism

SOMMARIO: 1. Premessa: la giustizia ai tempi dell'*homme-machine* – 2. Dalla giurimetria alla giustizia predittiva – 3. Luci e ombre del giudizio algoritmico – 4. Dentro la “black box”: paradigmi decisionali e certezza del diritto – 4.1. Il mito del “giudice-macchina” – 4.2. Il giudice intuitivo e la “giurisprudenza digestiva”: il tramonto della certezza – 5. L’umanità dello *ius dicere* – 5.1. Emozioni e giudizi valoriali – 5.2. Giustizia certa o giustizia umana? – 6. Giudici e algoritmi: timori e prospettive.

1. Premessa: la giustizia ai tempi dell'*homme-machine*

Il confronto con la continua espansione dell’orizzonte tecnologico rappresenta oggi una dimensione ineludibile dell’esperienza umana, che, a partire dai suoi aspetti più quotidiani, è sempre più segnata dall’interazione con macchine, strumenti e sistemi caratterizzati da livelli crescenti di complessità e autonomia. Non solo la computerizzazione pervade ormai ogni attività umana (si pensi solo alle illimitate funzionalità degli *smartphone*), ma, per dirla con le parole di Luciano Floridi, «Turing ha cambiato la nostra antropologia filosofica tanto quanto Cartesio, Darwin o Freud»¹. In una società votata a un *pantheon* di divinità informatizzate, l’uomo ha ideato e plasmato la varietà di congegni che costellano il vasto universo tecnologico, ma, a sua volta, la tecnologia sta rimodulando i tratti

* Dottoressa in Giurisprudenza, Università di Bologna - Alma Mater Studiorum. Mail: sonia.arduini3@unibo.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ L. FLORIDI, *The logic of Information. A Theory of Philosophy as Conceptual Design*, 2019, trad. it. di M. DURANTE, *Pensare l’infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020, 130. In una lucida analisi della cosiddetta «quarta rivoluzione», l’Autore evidenzia come l’impatto dello sviluppo tecnologico, specialmente in campo informatico, abbia assunto una forza tale da oltrepassare la dimensione meramente scientifico-ingegneristica, proiettandosi sulla concezione che l’uomo ha di se stesso, del suo rapporto con gli altri uomini e con la realtà circostante. In generale, per una riflessione sulle «mutazioni antropologiche» nell’era delle macchine, si rinvia a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, 312 ss.





dell'esistenza umana. La realtà che conosciamo sembra tendere all'ibridazione fra umano e meccanico, fra naturale e artificiale, uniti in un rapporto di scambio bidirezionale. La macchina somiglia all'uomo al punto tale da rivendicare a sé prerogative tutte umane come la soggettività, il pensiero, la capacità decisionale e di apprendimento². Mentre la macchina si antropomorfizza³ e diventa "intelligente", più o meno "affidabile" ed "autonoma", l'uomo a sua volta si meccanizza, viene disarticolato ed analizzato nei suoi processi biologici e cognitivi in modo da estrapolarne modelli matematici⁴. Ricreando le proprie fattezze nella macchina, l'uomo si rende «macchina esso stesso, oggetto tra gli oggetti, appunto *homme-machine*»⁵.

In questa commistione di termini e significati, scolora la linea che separa natura e artificio e si realizza progressivamente una vera e propria «rivoluzione simbolica»⁶ destinata ad esplicarsi in ogni ambito della vita umana.

I rivolgimenti antropologici prodotti dall'era digitale non hanno certo lasciato indifferente il mondo del diritto, che, facendosi recettore delle nuove istanze di riconoscimento e tutela legate al progresso

² Imprescindibile il riferimento ad A.M. TURING, *Computing machinery and intelligence*, in *Mind*, 59, 1950, 433-460, trad. it. in V. SOMENZI, R. CORDESCI (a cura di), *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale*, Torino, 1986, 157-183, che si propone di indagare la capacità di pensiero delle macchine confrontandola con quella umana. In questo senso, V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1968, 104-105, parlava del calcolatore elettronico come «*simia hominis*», programmato per «mimare» il pensiero umano. Sul progressivo avvicinarsi fra l'orizzonte umano e quello artificiale, cfr. P. MORO, *Macchine come noi. Natura e limiti della soggettività robotica*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 45-61.

³ Ad esempio, A. SANTOSUOSSO, *Forum: Law and Artificial Intelligence. Questioni definitorie*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 469-472 rileva che l'utilizzo della parola "intelligenza" per riferirsi ad artefatti tecnologici non è un mero «gioco di etichette», ma cela un'«irrefrenabile tendenza all'antropomorfizzazione» degli strumenti tecnologici. Sul tema dell'antropomorfizzazione delle macchine, una critica accesa emerge dal lavoro del filosofo francese E. SADIN, *Critica della Ragione Artificiale. Una difesa dell'umanità*, Roma, 2019, che si confronta con le prospettive conseguenti all'ingresso nell'«era antropomorfa della tecnica».

⁴ Per usare le parole di P. MORO, *op. cit.*, 46, si assiste ad una «rappresentazione meccanica dell'anima umana». Come nota lo storico israeliano Y.N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Firenze-Milano, 2018, 109 «l'uomo che preme i pulsanti e beve il tè non è altro che un algoritmo. Un algoritmo molto più complesso di quello del distributore automatico di bevande, ma pur sempre un algoritmo».

⁵ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 313. Punto di riferimento è l'«*homme-machine*» di Julien Offray de La Mettrie, illuminista francese che, muovendo dalle nozioni mediche del suo tempo, in uno sforzo di osservazione empirica giunse a teorizzare la "macchina umana", governata in ogni sua parte da una serie di processi automatici; così J.O. DE LAMETTRIE, *L'homme-machine*, trad. it. a cura di F. POLIDORI, *L'uomo macchina*, Milano, 2015. Per un approfondimento, si rinvia a A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie, Helvétius, D'Holbach: l'uomo-macchina verso l'intelligenza collettiva*, Torino, 2003.

⁶ Questa la lettura offerta da A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018, 22-30. Gli Autori ricollegano lo sviluppo tecnologico a una «rivoluzione numerica» che, sul piano della scrittura, si traduce in una «rivoluzione grafica» e attraverso quest'ultima approda a livelli più profondi, trasformando le costruzioni di senso ed influenzando la vita dell'uomo, come singolo e come parte di una collettività. Questa «rivoluzione simbolica» ha un impatto significativo sul diritto proprio in quanto centro di elaborazione delle norme deputate a regolamentare ogni aspetto della società. Su questi temi, si veda anche il commento di E. FRONZA, «Code is law». *Note a margine del volume di Antoine Garapon e Jean Lassègue, Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, puf, Paris, 2018, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 dicembre 2018, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6371-code-is-law-note-a-margine-del-volume-di-antoine-garapon-e-jean-lassegue-justice-digitale-revolutio> (ultima consultazione: 03.02.2021).



tecnico-scientifico, è già da tempo chiamato a confrontarsi con le sfide della società informatizzata⁷. In particolare, al centro della discussione si trova oggi il tema dell'intelligenza artificiale, che, nella sua crescente diffusione, solleva numerose criticità di grande interesse per il giurista. Estremamente versatili nella loro applicazione, i sistemi di intelligenza artificiale sono in grado di elaborare un'enorme quantità di informazioni, interpretandole, correlandole, utilizzandole per formulare previsioni e per prendere decisioni⁸. Nell'era dei Big Data, tali tecnologie stanno conoscendo uno sviluppo esponenziale e stanno penetrando ogni settore del vivere sociale. In questo senso, l'intelligenza artificiale diviene oggetto del diritto, che è chiamato a disciplinarne gli usi, ma a sua volta assume il diritto come suo oggetto, riducendolo a una serie di “dati” da elaborare.

Anche in campo giuridico si ripropone allora la contrapposizione tra umano e macchinico (o meglio, computerizzato), che si riflette nel confronto fra la componente “antropologica” del diritto e la sua rinnovata dimensione “algoritmica”⁹. Infatti, l'applicazione dell'intelligenza artificiale al diritto apre la strada a dilemmi etici e giuridici, di fronte ai quali si profila con urgenza la necessità di ricomporre una pluralità di istanze entro un nuovo orizzonte normativo.

Un settore che ben riassume tutti gli aspetti finora tratteggiati è senza dubbio quello della giustizia, che sta conoscendo un crescente utilizzo dei sistemi intelligenti¹⁰. Ciò conduce ad interrogarsi sulle sorti dei principi giurisdizionali e dei diritti umani che in essi trovano il proprio baluardo di tutela, in un mondo dove anche la decisione giudiziaria sembra farsi calcolo e algoritmo, nel segno di un'«ineluttabile delegazione alle macchine»¹¹.

Gli interrogativi riguardanti il binomio intelligenza artificiale – giustizia si ripercuotono inevitabilmente sulla figura che nel processo detiene il potere decisionale e della giustizia stessa si fa interprete. La riflessione sul ruolo del giudice e sull'opportunità che questi sia affiancato – o addirittura sostituito – dalla *machina* decidente diviene allora terreno fertile per il confronto e per la ricerca di nuovi equilibri, nel complesso dialogo tra diritto e tecnologia. È in questa prospettiva dunque che si analizzeranno i meriti e i demeriti della nuova “giustizia algoritmica”¹², tentando di chiarire se e quali spazi sia possibile riservare al “giudice artificiale” nel suo rapporto con l'uomo-giudice.

⁷ L'entità di questa rottura antropologica e i suoi effetti in campo giuridico sono trattati ampiamente da A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *op. cit.* Per una panoramica sulla società algoritmica nella riflessione dottrinale e giurisprudenziale, cfr. anche A. PAJNO et al., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 211-215.

⁸ Per un approfondimento degli aspetti tecnologici, v. M.C. CARROZZA et al., *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 244-245. In generale, sui modelli di apprendimento automatico, sui loro caratteri e i relativi rischi, G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO, *op. cit.*, 65 ss.

⁹ S. GABORIAU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, 207.

¹⁰ In generale, A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *op. cit.*; v. anche J. NIEVA-FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso*, Madrid, 2018, trad. it. a cura di P. COMOGLIO, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019.

¹¹ L'espressione è ripresa da A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *op. cit.*, 122.

¹² I risvolti applicativi della giustizia digitale sono trattati approfonditamente anche da R. BICHI, *Intelligenza artificiale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in U. RUFFOLO, *op. cit.*, 423-447.



2. Dalla giurimetria alla giustizia predittiva

Prima di esaminare l’impatto degli algoritmi sull’esercizio dello *ius dicere*, occorre soffermarsi brevemente sulle possibili applicazioni dell’intelligenza artificiale alla giustizia e sui passaggi evolutivi che ad esse hanno condotto.

Come anticipato, i progressi tecnologici nell’impiego degli algoritmi e del *machine learning* interessano oggi anche il diritto, introducendo l’uso di strumenti dotati di un’elevatissima potenza di calcolo, capaci di elaborare enormi quantità di dati con efficienza ed autonomia sempre crescenti. Dai più avanzati motori di ricerca giurisprudenziali agli strumenti informatici deputati alla redazione di atti, dalle “prove algoritmiche” ai software in grado di prevedere l’esito di un processo o di risolvere una controversia, l’intelligenza artificiale sembra potenzialmente in grado di penetrare in ogni risvolto dell’attività giurisdizionale¹³. Ci si interroga allora sui possibili vantaggi che queste nuove tecnologie potrebbero apportare al sistema-justizia, a partire dalla riduzione dei tempi processuali e dalla diminuzione delle possibilità di errore, passando per i benefici in termini di deflazione del contenzioso (che sarebbe in parte sostituito da meccanismi predittivi e da sistemi informatici di soluzione alternativa delle controversie) e di maggiore uniformità territoriale fra le decisioni degli uffici giudiziari¹⁴.

Senza voler approfondire in questa sede i complessi profili tecnologici delle diverse applicazioni giuridiche dell’intelligenza artificiale, ciò che rileva al fine di indagare come questi strumenti possano alterare il volto della giustizia è l’individuazione del sostrato teorico e assiologico che, investendo la natura stessa del diritto, costituisce il presupposto di questa sua crescente “meccanizzazione”. Detto altrimenti, per meglio comprendere le prospettive di utilizzo dell’intelligenza artificiale in ambito giuridico e, più precisamente, processuale, occorre prima di tutto analizzare con occhio quasi ingegneristico il funzionamento del complesso meccanismo che presiede all’applicazione del diritto, onde verificare se e in che modo il fenomeno giuridico si presti ad una “*reductio ad machina*”¹⁵.

Ebbene, volgendo lo sguardo alla riflessione giuridico-filosofica del passato, si potrà cogliere il sottile *fil rouge* che procedendo a ritroso collega il diritto odierno – informatizzato ed algoritmico – al diritto

¹³ Un elenco, seppur non esaustivo, dei diversi usi dell’intelligenza artificiale nel settore giustizia è fornito dalla *Carta etica europea sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, adottata dalla CEPEJ nel 2018: «A fini illustrativi, le principali categorie sono le seguenti: motore di ricerca giurisprudenziale avanzato; risoluzione delle controversie online; assistenza nella redazione di atti; analisi (predittiva, tabelle); categorizzazione dei contratti secondo criteri diversi e individuazione delle clausole contrattuali divergenti o incompatibili; “Chatbots” per informare le parti in lite o sostenerle nel procedimento giudiziario», (disponibile online su <https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>, ultima consultazione: 03.02.2021). In generale, cfr. J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*, 11 ss. L’introduzione degli algoritmi nella ricerca e formazione della prova solleva numerose criticità soprattutto nell’ambito del processo penale, su cui v. S. QUATTROCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 138 ss.

¹⁴ A. PAJNO et al., *AI: profili giuridici*, cit., 226-227; per una panoramica sui problemi di efficienza della giustizia, cfr. anche C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto Processo e Intelligenza Artificiale*, Santarcangelo di Romagna, 2019, 25-46.

¹⁵ Da un punto di vista giusfilosofico, l’idea che il diritto sia riducibile ad una “macchina” presenta forti ricadute sul piano descrittivo e prescrittivo, per le quali si rinvia al dibattito in G. MANIACI, G. TUZET (a cura di), *Il diritto come macchina: vicende di una metafora*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 9, 2009, 359-422.

«definibile con certezza geometrica» descritto da Leibniz¹⁶, che preconizzava altresì l'avvento di macchine in grado di ragionare al posto dell'uomo¹⁷. Dalla profezia leibniziana, passando per il diritto calcolabile di Weber¹⁸, l'idea del diritto come operazione complessa riducibile alla linearità del calcolo ed applicabile *more geometrico*, sembra essersi impadronita dei progressi scientifici conseguiti da Turing in poi, per approdare ad una vera e propria “algoritmizzazione”¹⁹.

Alla base di questo percorso evolutivo si colloca dunque l'assunto per cui il diritto è uno strumento misurabile, calcolabile e, pertanto, suscettibile di essere tradotto nel linguaggio informatico del calcolatore. Si pensi alle idee su cui si fonda la giurimetria, che già negli anni '60 si proponeva di studiare e schematizzare le operazioni logiche utilizzate nel diritto – ed in particolare nella decisione giudiziaria – in modo da estrapolarne modelli matematici e formulare in base ad essi previsioni attendibili²⁰. Sulla scia della proposta giurimetrica, si è delineato un approccio all'analisi del fenomeno giuridico volto a massimizzarne la prevedibilità, valore imprescindibile da perseguire nell'ottica di una maggiore certezza del diritto²¹.

Nell'aspirazione alla massima prevedibilità, la costruzione di una “matematica del processo”²² va di pari passo con il tentativo di eliminare o ridurre gli elementi potenzialmente in grado di compromettere l'agognata certezza. In tal senso, bersaglio principale delle istanze di calcolabilità è l'intrusione

¹⁶ G.W. LEIBNIZ, *Principi ed esempi della scienza generale*, in F. BARONE (a cura di), *Scritti di logica*, Bari, 1992, 121; cfr. anche A. ARTOSI, *Diritto e filosofia nel giovane Leibniz*, in G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e Dissertazione sui casi perplessi in diritto*, a cura di A. ARTOSI, B. PIERI, G. SARTOR, Torino, 2015, 16-17. Per una riflessione sulla concezione leibniziana del diritto in rapporto alla “giustizia robotica”, v. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 879 ss.

¹⁷ A. VITERBO, A. CODIGNOLA, *L'intelligenza artificiale e le sue origini culturali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2004, 1541-42. Il metodo di indagine logico-matematica del filosofo tedesco viene riletto all'interno della riflessione scientifica e filosofico-giuridica in tema di algoritmi e intelligenza artificiale, così L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia «high tech»: la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 139 ss.

¹⁸ Ad esempio, v. M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. di P. CHIODI, G. GIORDANO, Milano, 1995, vol. II, 30. Per un'analisi del pensiero giuridico di Max Weber, v. G. ITZCOVICH, *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2001, 365-393. A partire dal pensiero di Weber, N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5, 2014, 987-991 individua nel concetto di fattispecie lo strumento che consente al diritto di portare ordine nell'«oscuro divenire di fatti naturali e atti umani», rendendo così prevedibili le decisioni dei giudici. Cfr. anche ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità Giuridica*, Bologna, 2017, 21-22.

¹⁹ Le diverse fasi attraversate dal diritto nel suo percorso di informatizzazione, a partire dalle forme embrionali della “giurimetria” per poi approdare alle tecnologie dell'intelligenza artificiale, sono ricostruite da G. SARTOR, *Le applicazioni giuridiche dell'Intelligenza Artificiale. La rappresentazione della conoscenza*, Milano, 1990, 33 ss. Cfr. C. COSTANZI, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, 166-188.

²⁰ Lee Loevinger, considerato il padre di questo approccio, definì la giurimetria (“*jurimetrics*”) come lo studio scientifico dei problemi giuridici, così L. LOEVINGER, *Jurimetrics. The Next Step Forward*, in *Minnesota Law Review*, 33, 1949, 755 ss.; cfr. anche V. FROSINI, *op.cit.*, 18 ss.

²¹ N. IRTI, *Il Tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. CARLEO, *Decisione robotica*, cit., 17 ss.; per un approfondimento sul valore della prevedibilità nei suoi riflessi giurisprudenziali, v. *amplius* C. CASTELLI, D. PIANA, *op. cit.*, 47 ss.

²² C. COSTANZI, *op. cit.*





dell'imprevedibilità umana, nemica dell'ordine e dell'oggettività aritmetica²³. Rispetto alla funzione giurisdizionale, l'elemento da contingentare diviene allora l'apporto soggettivo e personale del giudice, che, in quanto detentore delle redini del giudizio, è il solo in grado di indirizzarne le sorti e di incrinare il fragile equilibrio su cui si reggono le previsioni. Ecco quindi che il rigore matematico e l'automatismo computazionale vengono in soccorso di colui che, con l'animo del giuspositivista²⁴, mira a fare del diritto uno strumento di calcolo.

Se il diritto e la matematica si somigliano per la logica che sottende le rispettive operazioni²⁵, è nell'ambito del processo, così rigidamente scandito da regole procedurali e schemi per l'applicazione delle norme, che tale affinità si presta ad essere maggiormente valorizzata. Di conseguenza, il giudice – vero motore della dinamica processuale – non potrà restare estraneo alla pervasività della dimensione numerica²⁶: nel parallelismo tra calcolo e diritto, infatti, anche la decisione giudiziaria si vede ridotta a computazione e, conseguentemente, la mente del giudice si fa “computer”²⁷.

Lungo questa traiettoria, si può cogliere il legame tra gli strumenti di intelligenza artificiale (in particolare, si vedrà, quelli riconducibili alla cd. “giustizia predittiva” e agli algoritmi decisori) e le istanze di prevedibilità e affidamento che, come si è detto, mirano a spersonalizzare l'esercizio della funzione giurisdizionale per ridurre al minimo l'alea della soggettività umana²⁸. L'efficiente macchina algoritmica potrebbe dunque venire in soccorso della sofferente macchina giudiziaria, velocizzando le operazioni, riducendo l'incidenza dell'errore umano e garantendo la neutralità che si addice solo alla freddezza del calcolo matematico. In altre parole, la giustizia algoritmica sembra preludere all'estirpazione dell'umanità dallo *ius dicere* in nome di una maggiore efficienza della giustizia²⁹. In tale prospettiva, un

²³ Riflette N. IRTI, *Il Tessitore di Goethe*, cit., 18 che «L'aspettativa – quando non sia sogno o illusione, ma attesa razionale e meditata, ha bisogno di *appoggiarsi su ciò che già è*, di sostenersi con materiali non arbitrari e non capricciosi. Essa ha bisogno di un certo grado di oggettività e impersonalità. Il puro soggettivismo non può offrire fondamento a un'aspettativa razionale».

²⁴ Lo sottolinea P. MORO, *Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 3, 2019, 11 ss., <http://www.medialaws.eu/rivista/algoritmi-e-pensiero-giuridico-antinomie-e-interazioni/> (ultima consultazione: 22.11.20). Allo stesso modo, R. BICHI, *op. cit.*, 432-437 si riferisce a questo approccio come ad una forma di «(ultra)positivismo giuridico».

²⁵ Ricordando le parole di F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Rivista di diritto processuale*, 1951, 201-212, «la matematica fornisce lo scheletro al discorso» e consente al giurista, così come al fisico, di conoscere e giudicare la realtà.

²⁶ A. GARAPON, J. LASSEGUE, *op. cit.*, 112 ss.

²⁷ In generale, F. FALATO, *L'inferenza generata dai sistemi esperti e dalle reti neurali nella logica giudiziale*, in *Archivio Penale – Rivista web*, 2, 2020, <https://archiviopenale.it/linferenza-generata-dai-sistemi-esperti-e-dalle-reti-neurali-nella-logica-giudiziale/articoli/24909> (ultima consultazione: 10.11.20).

²⁸ Cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, 879-882. La riflessione sull'elemento personalistico nella decisione giudiziale costituì un nodo centrale nel pensiero del filosofo americano Jerome Frank, che con toni critici evidenziò come le teorie tradizionali trascurassero la componente psicologica del giudice, così J. FRANK, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1950, 157 ss. Più approfonditamente, v. *infra* par. 4.2.

²⁹ Come rilevano A. GARAPON, J. LASSEGUE, *op. cit.*, p. 134, si tratterebbe di «salvare il giudice dalla sua umanità» (trad. mia), grazie a quella che E. FRONZA, *op. cit.* descrive come «una nuova dimensione normativa basata sul calcolo, neutrale, e non sulla soggettività o il libero convincimento del giudice. La giustizia sarebbe, così, meglio assicurata dagli algoritmi (neutrali), piuttosto che dall'essere umano (soggetto a percezioni e a variabili soggettive ed imprevedibili)».



“giudice-robot” che decidesse unicamente sulla base di modelli algoritmici diverrebbe garante perfetto della certezza del diritto³⁰.

Quanto agli strumenti che concretamente presiedono alla realizzazione di un tale modello di giustizia, vanno certamente citati quei sistemi che, riprendendo in parte gli scopi della giurimetria, elaborano i dati estratti da precedenti decisioni giudiziarie al fine di formulare modelli predittivi riguardo alle decisioni future³¹. L'utilizzo di tali sistemi, riconducibili al fenomeno della cd. “giustizia predittiva”, risulta particolarmente favorito dalla nuova «religione dei dati»³², che anche in ambito giuridico rende oggi fruibile un'immensa quantità di informazioni digitalizzate. Per i professionisti del diritto, ciò si traduce nella disponibilità di vastissimi *database* costituiti dalle decisioni e dagli orientamenti dei diversi uffici giudiziari, grazie a cui possono effettuarsi previsioni e calcoli di convenienza circa gli esiti di una controversia³³. L'influenza degli algoritmi sulle dinamiche processuali si rende però ancor più evidente quando, sempre a partire dall'elaborazione di un certo *data-set* di *input*, i risultati prodotti dall'elaboratore vengono utilizzati per indirizzare le decisioni del giudice nelle diverse fasi del procedimento³⁴. A fronte dell'incessante progresso tecnologico che sta conoscendo il settore dell'intelligenza artificiale, questi strumenti rappresentano certamente una grande opportunità per l'apparato giudiziario, ma portano con sé altrettanti rischi, soprattutto in un ambito disseminato di garanzie come quello processuale.

³⁰ Così E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice-robot*, in A. CARLEO, *Decisione robotica*, cit., 111.

³¹ Per gli aspetti prettamente tecnologici, si rinvia alla descrizione fornita dalla *Carta Etica* della CEPEJ (23 ss.), ove si precisa che «Il trattamento del linguaggio naturale e l'apprendimento automatico sono le due tecniche alla base del trattamento delle decisioni giudiziarie mediante l'intelligenza artificiale. Nella maggior parte dei casi, l'obiettivo di tali sistemi non è la riproduzione di un ragionamento giuridico, bensì l'individuazione delle correlazioni tra i diversi parametri di una decisione (per esempio, in una domanda di divorzio, la durata del matrimonio, il reddito dei coniugi, la presenza di adulterio, l'importo dell'assegno di mantenimento concesso, ecc.) e, mediante l'utilizzo dell'apprendimento automatico, dedurre uno o più modelli. Tali modelli sarebbero successivamente utilizzati per “predire” o “prevedere” una futura decisione giudiziaria».

³² Questa l'espressione utilizzata da Y.N. HARARI, *op. cit.*, 449 ss. per riferirsi al fenomeno del “datismo”, che riduce l'universo a un flusso di dati.

³³ Per una panoramica degli strumenti di intelligenza artificiale e del loro impatto sulla professione forense, si rinvia al documento redatto dal Consiglio degli Ordini Forensi Europei (CCBE), *Considerations on the Legal Aspects of Artificial Intelligence*, 2020, disponibile su <https://www.ccbe.eu/> (ultima consultazione: 25.02.21). Cfr. anche L. LARRET-CHAHINE, *La Justice Prédictive*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'Intelligenza Artificiale*, Milano, 2020, 161-173, ove si riporta l'esempio francese di *Prédictice*, un software progettato dall'omonima startup, che, grazie a statistiche formulate a partire da decisioni giudiziarie precedenti, fornisce un supporto decisionale ai professionisti del diritto, incrementando la qualità dei loro servizi.

³⁴ In argomento, J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.* Ormai ben noto è il caso di COMPAS, uno strumento di *risk assessment* utilizzato da alcune Corti americane per formulare previsioni circa i rischi di recidiva. A riguardo è intervenuta una significativa pronuncia della Corte Suprema del Wisconsin (State v. Loomis, 13 luglio 2016), che, pur individuando una serie di restrizioni, ha di fatto ammesso l'uso di strumenti predittivi in fase di *sentencing*. Per questi profili, S. QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, in *Cassazione penale*, 4, 2019, 1748-1765. Più in generale, per un'analisi dell'iter decisorio giudiziale e della sua “algoritmizzazione”, cfr. C. COSTANZI, *op. cit.*



3. Luci e ombre del giudizio algoritmico

Innumerevoli sono le perplessità che sorgono di fronte al volto tecnologico della giustizia, il cui progressivo affermarsi va di pari passo con l'emergere di nuove esigenze di tutela dei diritti coinvolti dai meccanismi giurisdizionali. Riflettendo su questi temi, sorge dunque spontanea la domanda se, in un mondo pervaso dal fenomeno della delegazione ai computer, si possa giungere ad accettare di essere giudicati da un "giudice-robot"³⁵. Superando l'effetto straniante che tale idea – fino a tempi recenti relegata ai libri di fantascienza – potrebbe inizialmente provocare, il problema si mostra in tutta la sua pregnanza se si considerano le ricadute che ciò potrebbe avere non solo sul piano tecnico-processuale, ma anche sulla natura e sullo scopo ultimo della funzione giurisdizionale. Nodo centrale della questione è l'opportunità di riporre in un decisore algoritmico la medesima fiducia riconosciuta al giudice, che, sebbene nella sua terzietà sia superiore alle parti, resta pur sempre un uomo tra gli uomini³⁶.

Il tema della fiducia negli algoritmi va assumendo una rilevanza crescente di fronte alla capillare diffusione di queste tecnologie, che in svariati ambiti sono oggi in grado di fornire suggerimenti e di indirizzare l'azione umana³⁷. Si tratta di un aspetto centrale per il futuro sviluppo dell'intelligenza artificiale, che ha ricevuto una particolare attenzione anche a livello europeo con la formulazione, da parte del Gruppo Indipendente di Esperti nominato dalla Commissione Europea, degli *Orientamenti Etici per un'Intelligenza Artificiale affidabile*³⁸. Qui, si evidenzia con forza come la questione della fiducia funga di fatto da perno nel quadro di tutela dei diritti dell'uomo in rapporto all'intelligenza artificiale. Tuttavia, allo stato dell'arte, la strada verso sistemi pienamente affidabili appare disseminata di ostacoli. In

³⁵ Si pensi alle immagini evocate da alcuni titoli di cronaca, come R. LUNA, *Giustizia lenta? C'è il magistrato-robot*, *La Repubblica*, 19 novembre 2019, <https://www.repubblica.it/> (ultima consultazione: 06.02.21); e ancora, F. GRIGNETTI, *Il giudice del futuro sarà l'algoritmo. L'intelligenza artificiale in aula*, *La Stampa*, 18 ottobre 2018, <https://www.lastampa.it/> (ultima consultazione: 06.02.21).

³⁶ Sotto questo profilo, riecheggia l'idea del «diritto ad un giudizio da parte dei propri pari» affermato già nella Magna Charta del 1215; così C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 711-725, che richiama tale principio in rapporto ai nuovi rischi prospettati dalla giustizia algoritmica.

³⁷ Per questi aspetti, si rinvia a Y. DUAN, J.S. EDWARDS, Y.K. DWIVEDI, *Artificial intelligence for decision making in the era of Big Data. Evolution, challenges and research agenda*, in *International Journal of Information Management*, 48, 2019, 63-71. In tal senso, è significativo l'esperimento condotto da J.M. LOGG, J.A. MINSON, D.A. MOORE, *Algorithm appreciation: People prefer algorithmic to human judgment*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 151, 2019, 90-103, con cui si è indagata la propensione dei soggetti a riporre fiducia negli algoritmi in diversi contesti decisionali. In particolare, lo studio si concentra sui livelli di "algorithm appreciation", valutando se e quando le persone siano disposte ad affidarsi ai suggerimenti di un algoritmo anziché al giudizio umano. Cfr. anche T. ARAUJO et al. *In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence*, in *AI & Society*, 35, 2020, 611-623.

³⁸ Il documento è consultabile su <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1> (ultima consultazione: 06.03.21). Il tema è stato di recente affrontato anche nella Comunicazione rivolta dalla Commissione Europea al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Europeo delle Regioni, *Building Trust in Human Centric Artificial Intelligence*, Brussels, 8.4.2019, disponibile su <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence> (ultima consultazione: 08.03.21), ove in premessa si sottolinea che «trust is a prerequisite to ensure a human-centric approach to AI», ponendo ancora una volta l'accento sul legame tra l'implementazione di un'intelligenza artificiale affidabile e l'obiettivo dell'UE di tutelare i diritti umani.

particolare, il dibattito si snoda attorno ad alcune criticità ricorrenti che ineriscono ad aspetti strutturali delle tecnologie fondate sul *machine learning*.

Ormai “classico” nell’ambito della discussione sull’intelligenza artificiale è l’argomento dell’opacità, in base a cui la macchina algoritmica sarebbe una “black box”, una scatola nera il cui funzionamento misterioso non consente di cogliere appieno i passaggi che, a partire da un certo *input*, conducono l’elaborazione a un determinato risultato³⁹. Questa mancanza di trasparenza che contraddistingue l’intelligenza artificiale – soprattutto i sistemi di deep learning e le reti neurali⁴⁰ – comporta una serie di problemi rispetto alla funzione della decisione in contesti istituzionali come quello processuale. In questo caso, affidarsi al ragionamento “opaco” dell’algoritmo comporta infatti il rischio di sottoporsi a decisioni poco chiare nei loro fondamenti o addirittura viziate da pregiudizi occulti. Questi ultimi a loro volta possono derivare da altrettanti *bias* che si collocano a monte del processo decisionale algoritmico, ossia nel data-set in base a cui la macchina è addestrata⁴¹. Su un piano più profondo, accettare decisioni fondate su percorsi decisionali automatizzati e inintelligibili significa anche rinunciare alla dimensione garantistica insita nell’idea di sentenza come decisione motivata⁴². Se l’*iter* deliberativo non è spiegabile, la motivazione così come noi la intendiamo non è più possibile e il destinatario della decisione si troverà sfornito dei necessari strumenti di controllo, relegato in uno spazio di passiva subalternità⁴³.

Di qui la crescente importanza riconosciuta alla promozione della spiegabilità dei sistemi di intelligenza artificiale, al fine di rendere accessibili e comprensibili all’uomo i processi sottesi all’elaborazione dei

³⁹ In argomento, imprescindibile il riferimento al lavoro di F. PASQUALE, *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015, che con l’espressione “black box” allude all’inconoscibilità dei meccanismi algoritmici, evidenziandone soprattutto le ricadute economiche.

⁴⁰ Come sottolineano G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, cit., 72, «tali sistemi non forniscono spiegazioni per le proprie decisioni», comportando inevitabili rischi per i soggetti che a tali decisioni sono sottoposti. Il percorso decisionale seguito dalla macchina è dunque oscuro nei suoi passaggi e non predefinibile e ciò è ancor più evidente nel caso dei cd. algoritmi non deterministici, che a partire dal medesimo input possono condurre a risultati diversi. Sul punto, v. M. PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2020, 73-92.

⁴¹ La necessità di scongiurare il rischio che le decisioni automatizzate si traducano in trattamenti discriminatori è una costante nel dibattito etico-giuridico sull’intelligenza artificiale, come emerge dalla *Carta Etica* della CEPEJ. Fra i suoi principi fondamentali, la Carta riconosce infatti quello di non discriminazione; vi si legge inoltre che «la neutralità degli algoritmi è un mito, in quanto i loro creatori, consciamente o meno, riversano in essi i loro sistemi di valori» (p. 39).

⁴² Come sottolinea C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale*, cit., 721, l’opacità degli algoritmi non consente di ricostruire i passaggi logico-argomentativi e dunque le ragioni alla base della decisione. Di fronte a ciò, l’attività decisionale perde la sua dimensione giustificativa, intendendosi la giustificazione come «discorso di natura argomentativa atto a far risultare mediante ragioni che qualcosa nel campo del fare [...] è giusto in un senso lato, cioè da accettare, da preferire, da scegliere, da perseguire, appunto sulla base di ragioni» secondo la definizione di U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e Diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, 12-13.

⁴³ L’inconoscibilità degli algoritmi rappresenta dunque un ostacolo alla piena esplicazione del controllo umano sulle macchine e comporta il rischio di un’inaccettabile compressione dei diritti umani implicati nel processo decisionale. Richiamando il paragone evocato da F. PASQUALE, *The black box society*, cit., 190, gli uomini al cospetto della “scatola nera” della tecnologia sono come i prigionieri della caverna nel mito platonico, destinati a scorgere solo ombre indistinte e quindi vulnerabili di fronte al rischio di manipolazioni.





dati e alle decisioni che ne conseguono⁴⁴. In questo senso, la soluzione sarebbe dunque quella di avvicinare la capacità esplicativa dei sistemi di intelligenza artificiale a quella che contraddistingue la decisione umana, trasponendo in chiave algoritmica la possibilità di spiegare i fattori determinanti e i passaggi logici dell'*iter* decisionale⁴⁵.

L'intelligibilità dei meccanismi decisionali costituisce un fattore decisivo nel cammino verso un'intelligenza artificiale affidabile, che in quanto tale possa affiancarsi all'uomo e coadiuvarlo nelle sue diverse attività. Se ciò è vero per la generalità dei casi in cui si può oggi ricorrere a decisori algoritmici, ancor di più lo è nel contesto giurisdizionale, dove la decisione – o meglio la decisione motivata – costituisce uno strumento fondamentale di garanzia, che trova riconoscimento nell'art. 111 comma 6 Cost.⁴⁶ A tal proposito numerose voci critiche hanno sottolineato come l'opacità degli algoritmi sia strutturalmente incompatibile con l'onere di motivazione e si ponga perciò in contrasto con il nostro sistema di garanzie giurisdizionali⁴⁷. Queste perplessità, indubbiamente giustificate, non possono che alimentare diffidenza nei confronti del giudice algoritmico, che, sebbene abbia dalla sua parte l'efficienza e la velocità di elaborazione del computer, sembra destinato a capitolare dinnanzi al perdurante protagonismo del giudice umano.

In ultima analisi, si continua a fare esclusivo affidamento sulla componente umana della decisione, riconoscendo ad essa il ruolo di custode dei principi di giustizia e di presidio ineludibile nella tutela dei diritti⁴⁸. È a questo punto che la riflessione sulla tecnologia cede il passo alla riflessione sull'uomo, poichè, se di fronte al mistero del giudice robotico si invoca la maggiore affidabilità del giudice persona, diventa allora necessario investigare le dinamiche altrettanto misteriose del giudizio umano.

⁴⁴ Ad esempio, fra i principi formulati dal Gruppo Indipendente di Esperti nell'ambito degli *Orientamenti etici per un'IA affidabile* si menziona anche quello di esplicabilità, requisito «fondamentale per creare e mantenere la fiducia degli utenti nei sistemi di IA» (ivi, 14). La trasparenza dei processi decisionali assume infatti una dimensione garantistica quale ineludibile presupposto della possibilità degli interessati di comprendere ed eventualmente contestare la decisione cui si vedono sottoposti. Tuttavia, come sottolineano G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, cit., 85, l'implementazione del principio di spiegabilità rischia di ripercuotersi sull'efficienza della macchina, poichè i sistemi più efficaci sono proprio quelli i cui processi sono meno intellegibili. La questione della spiegabilità si è riproposta anche in riferimento all'art. 22 del GDPR, che, nell'ambito della disciplina relativa al trattamento dei dati personali, riconosce al soggetto interessato «il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato». Ci si è chiesti se, di fronte alla decisione automatizzata, sia effettivamente configurabile un vero e proprio «diritto alla spiegazione»; così M. PALMIRANI, *op. cit.*, cfr. anche U. PAGALLO, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto - Journal of Legal Philosophy*, 1, 2020, 93-106. In generale, per la discussione sulla spiegabilità alla luce dell'art. 22 del GDPR, si rinvia a S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7, 2, 76-99.

⁴⁵ In tema di «Explainable AI» (XAI), v. *ex multis* F. DOSHI-VELEZ ET AL., *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, Berkman Klein Center for Internet & Society working paper, 2017, <https://dash.harvard.edu/handle/1/34372584> (ultima consultazione: 02.03.21); A. DEEKS, *The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence*, in *Columbia Law Review*, 119, 2019.

⁴⁶ In argomento, C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale*, cit.

⁴⁷ Così, ad esempio, R. BICHI, *op. cit.*, 439 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*, 107 ss.

⁴⁸ Come emerge da E. FRONZA, C. CARUSO, *Ti faresti giudicare da un algoritmo? Intervista ad Antoine Garapon*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, 198, di fronte all'avvento degli algoritmi la tradizionale concezione del processo e della motivazione entrano in crisi, «perché noi preferiamo, pur con tutte le sue debolezze, una autorità umana rispetto all'automatismo delle macchine».





4. Dentro la “black box”: paradigmi decisionali e certezza del diritto

La discussione sull’opacità degli algoritmi offre uno spunto per riflettere sui meccanismi sottesi alla decisione giudiziaria, quale *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle decisioni umane. Infatti, di fronte al decisore algoritmico che procede secondo vie di ragionamento inconoscibili, ci si domanda se, in fondo, ciò non possa valere anche per il decisore umano. Se la tecnologia nasce a immagine e somiglianza dell’uomo, allora ne riprodurrà sia le qualità che i difetti. Pertanto, il rischio di pregiudizi, gli errori inferenziali, la scarsa trasparenza del ragionamento sono vizi che, così come possono affliggere i sistemi intelligenti, non restano certo estranei alla decisione giudiziaria, che allo stesso modo potrebbe apparire una “black box” ai suoi destinatari⁴⁹. Tuttavia, i fattori e i passaggi logico-argomentativi su cui si regge la decisione del giudice vengono estrinsecati ed acquistano una dimensione pubblica mediante la motivazione del provvedimento⁵⁰, come previsto dalla nostra Carta costituzionale. Nel rapporto tra intelligenza artificiale e processo, è proprio quest’onere motivazionale ad essere invocato nel tentativo di arginare il potere decisionale algoritmico, individuando nella capacità esplicativa e giustificativa umana l’unico baluardo delle garanzie giurisdizionali. Se ciò è vero, occorre però domandarsi in che modo l’obbligo di motivazione costituzionalmente sancito si rapporti a ciò che effettivamente accade nella mente del giudice al momento della decisione. In altre parole, la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali è davvero sufficiente a garantire quella trasparenza di ragionamento che difetta ai sistemi automatizzati⁵¹?

La motivazione della sentenza estrinseca le argomentazioni che sorreggono l’impianto decisionale e la logica concatenazione fra le stesse, ma ciò non vale ad escludere che dietro alla linearità dei passaggi enunciati non si celino fattori diversi da quelli che il giudice sceglie di esplicitare. Il rischio è che l’onere motivazionale si trasformi in una garanzia meramente formale, un velo illusorio che mascheri l’influenza di elementi non strettamente giuridici⁵², così come avviene con l’inesplicabilità dell’intelligenza artificiale.

⁴⁹ Lo suggerisce J. TASHEA, *Risk-assessment algorithms challenged in bail, sentencing and parole decisions*, ABA Journal, 1.03.2017, https://www.abajournal.com/magazine/article/algorithm_bail_sentencing_parole (ultima consultazione: 09.03.21), ripreso anche da F. PASQUALE, G. CASHWELL, *Prediction, Persuasion, and the Jurisprudence of Behaviourism*, in *University of Toronto Law Journal*, 68, 2018, 63-81. Un’analoga prospettiva, con particolare attenzione agli aspetti neuroscientifici dei processi decisionali, emerge da B. DONALD, E. BAKIES, *A Glimpse Inside the Brain’s Black Box: Understanding the Role of Neuroscience in Criminal Sentencing*, in *Fordham Law Review*, 85, 2, 2016, 481.

⁵⁰ V. MARZOCCO, *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino, 2018, 240.

⁵¹ Come rileva F. FALATO, *op. cit.*, «il pericolo dell’arbitrio è dietro l’angolo ed è solo relativamente rimediabile attraverso l’obbligo della motivazione e, dunque, tramite i controlli giurisdizionale e sociale», dal momento che la motivazione ben può risultare da un’accurata costruzione logico-giuridica dietro cui si celino argomenti ben distanti da quelli di stretto diritto.

⁵² Secondo F. PASQUALE, G. CASHWELL, *Prediction, Persuasion, and the Jurisprudence of Behaviourism*, *cit.*, il rischio è che l’apparato motivazionale della sentenza si trasformi in una «foglia di fico» idonea a mascherare fattori non giuridici. Come si vedrà approfonditamente *infra*, il filosofo americano Jerome Frank fu autore di un’accesa critica nei confronti delle teorie del giudizio improntate all’automatismo e alla prevedibilità dell’operato dei giudici, mirando proprio a disvelare i reali fattori che influiscono sulle motivazioni delle sentenze, v. J. FRANK, *Courts on trial*, *cit.*, 158 ss. Per un approfondimento, cfr. anche M. RIPOLI, *Introduzione. L’estremismo giuridico di Jerome*



Ecco allora che la riflessione sulla decisione algoritmica diviene occasione per indagare le dinamiche della decisione giudiziaria e per cogliere i pregi e i difetti del giudice-uomo nel suo confronto con il giudice-algoritmo.

4.1. Il mito del “giudice-macchina”

La riflessione filosofico-giuridica si è lungamente occupata dell’attività dei Tribunali, dalla natura della funzione giurisdizionale alle dinamiche sottese alle decisioni dei giudici. Si tratta di aspetti che assumono fisionomie molto differenti a seconda del quadro ideologico di riferimento⁵³: così, nella prospettiva illuministica del giudice “*bouche de la loi*”, si rinvergono le radici della meccanizzazione del giudizio, ridotto alla logica scarna e consequenziale del sillogismo nel perseguimento della massima impersonalità⁵⁴. Nel rigore spersonalizzante del formalismo sembra dunque potersi scorgere il trionfo di una giustizia predittiva *ante litteram*, segnata dalla riduzione al calcolo matematico e dal tentativo di espungere la soggettività dall’orizzonte decisionale.

La visione formalistica della decisione si è però scontrata con una realtà processuale che mal si presta al riduzionismo sillogistico, superato dalla constatazione del ruolo che l’interpretazione e la discrezionalità giudiziale ricoprono nell’opera di costruzione del diritto vivente⁵⁵. Di fronte al concreto atteggiarsi del ragionamento giuridico, il sillogismo giudiziale si mostra nella sua debolezza esplicativa, ponendo al più rappresentare una razionalizzazione a posteriori di scelte già effettuate a monte⁵⁶. Se così è, le aspirazioni di certezza e prevedibilità sottese alla meccanizzazione del giudizio sono destinate a rimanere frustrate al cospetto della molteplicità di fattori che trovano posto nel percorso motivazionale del giudice⁵⁷.

In un ciclico ripetersi della storia, gli attacchi sferrati al mito positivistic del giudice-macchina sembrano oggi riecheggiare nel discorso attorno alle debolezze della giustizia predittiva: anch’essa tenta

Frank, in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, 2002, 299-308.

⁵³ Per una panoramica dei paradigmi decisionali nelle diverse correnti giusfilosofiche, si rinvia a M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XV, Roma, 1988. Cfr. T. J. CAPURSO, *How Judges Judge: Theories on Judicial Decision Making*, in *University of Baltimore Law Forum*, 29, 1, 1998.

⁵⁴ Si pensi al noto modello di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. FRANCONI, Milano, 1984, 36-38: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore deve essere la legge generale; la minore l’azione conforme o no alla legge; la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto o voglia fare soli due sillogismi si apre la porta all’incertezza». Cfr. anche E. QUARTA, *L’algoritmo giuridico che realizza l’antico sogno dell’uomo di visualizzare scenari avveniristici: la giustizia nell’era 4.0*, in *Persona e danno*, 21.2.2019, online <http://www.personaedanno.it/> (ultima consultazione: 13.01.21).

⁵⁵ Come opportunamente sottolineato da C. CASTELLI, D. PIANA, *op.cit.*, 48, «La prevedibilità si deve misurare non solo con l’incerta tecnica legislativa e l’ambiguità con cui vengono formulate le norme, ma con la complessità e l’incertezza proprie dell’attività dell’interpretazione. Quest’attività non è mai stata un’operazione algebrica di mera recezione ed applicazione della norma. La figura del giudice come bocca della legge è sempre stata una mera illusione, quando non un’aspirazione restauratrice».

⁵⁶ Lo evidenzia C. BARBARO, *Uso dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, 191, dando conto della difficoltà nell’identificazione dei reali fattori causali che influiscono sul ragionamento del giudice, costellato di scelte discrezionali e non riconoscibili a priori.

⁵⁷ In generale, V. MARZOCCO, *op. cit.*

di appiarsi ad un riduzionismo meccanicistico, ma fallisce di fronte all'imprevedibilità della componente umana⁵⁸.

4.2. Il giudice intuitivo e la “giurisprudenza digestiva”: il tramonto della certezza

All'estremo opposto rispetto alla matematica processuale del giudice “bocca della legge” si colloca la prospettiva per cui «la giustizia è ciò che il giudice ha mangiato a colazione»⁵⁹. Attribuita all'ala più estremista della corrente giusfilosofica del realismo americano, quest'espressione provocatoria sintetizza efficacemente le ragioni che hanno sancito lo scacco al programma formalistico di riduzione della decisione giudiziale a mera operazione logica. Agli automatismi della “giurisprudenza meccanica”⁶⁰ viene infatti a contrapporsi la cosiddetta “giurisprudenza digestiva”, in cui l'umanità fa il suo ingresso in maniera dirompente, finanche nei suoi aspetti più triviali ed istintivi come gli effetti della digestione⁶¹.

In questa prospettiva, assume importanza la componente intuitiva della decisione, così come la personalità del giudice, che non è più ridotto ad una sorta di automa applicatore della legge⁶². I fattori decisivi nella soluzione delle controversie giudiziarie non sempre risiedono nell'oggettività dei dati normativi e fattuali, aprendo l'orizzonte decisionale ad un ampio spettro di influenze, da quelle sociali e culturali, a quelle che affondano le proprie radici nell'intimo della sfera psicologico-emotiva del giudicante⁶³. Prendendo le distanze dalla logica neutrale del sillogismo, la decisione giudiziaria finisce così per racchiudere in sé il portato umano di colui che è chiamato a giudicare, divenendo terreno per l'espressione (più o meno manifesta) di pregiudizi, preferenze e sensazioni.

Gli spunti di riflessione offerti dalla tradizione giusfilosofica si prestano ad essere attualizzati di fronte alla comparsa sulla scena processuale dei nuovi decisori algoritmici. Certamente non può nascondersi che il giudice, chiamato a rivestire il ruolo di garante dei diritti e custode del potere decisionale contro l'inesplicabilità degli algoritmi, sia a sua volta esposto ad influenze e portatore di pregiudizi sottaciuti. Questi fattori restano nascosti (“opachi”, appunto) non solo ai destinatari della decisione, ma, come evidenzia la riflessione giusrealista⁶⁴, anche allo stesso giudicante, spesso genuinamente inconsapevole del reale fondamento delle sue decisioni.

⁵⁸ Questa la riflessione di R. BICHI, *op. cit.*, 432 ss. Di fronte al contributo creativo dell'elaborazione giuridica, non sembra potersi far altro che constatare la «perdita di una sicura “computabilità” o “calcolabilità” del diritto» e il conseguente fallimento dell'approccio “ultra-positivistico” al processo.

⁵⁹ V. MARZOCCO, *op. cit.*, 46 ss.

⁶⁰ *Ibid.*; cfr. anche A. FARANO, *Emozioni e teoria del giudizio: una prima ricostruzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 435 ss.

⁶¹ J. FRANK, *Courts on trial*, cit., 161-162; cfr. anche *Id.*, *Are Judges Human? Part 1: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 80, 1, 1931, 17 ss.

⁶² J. FRANK, *Courts on trial*, cit., 146 ss.; così anche *Id.*, *Law and the Modern Mind*, Londra, 1949, 100 ss., trad. it. in S. CASTIGNONE (a cura di), *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1981, 407-417, dove il filosofo enfatizza la dimensione intuitiva del processo decisionale del giudice, che si basa sul cosiddetto “hunch”, ossia appunto l'intuizione, la sensazione istintiva. Cfr. T.J. CAPURSO, *op. cit.*

⁶³ J. FRANK, *Courts on trial*, cit., 151 ss.

⁶⁴ *Ibid.* In questa prospettiva, il dato normativo, pur mantenendo un'apparente centralità nella motivazione della sentenza, perde rilevanza come fattore della decisione, retrocedendo rispetto ad elementi psicologici e caratteriali.



Inoltre, se da una parte i sistemi di intelligenza artificiale forniscono un'elaborazione parziale della realtà, filtrandola attraverso il *data-set* d'ingresso⁶⁵, dall'altra è la soggettività del giudice a fungere da filtro del reale, condizionando la ricostruzione dei fatti di causa⁶⁶. E dunque il filtro fallace della soggettività, così come il velo opaco dell'algoritmo, conduce ineluttabilmente all'indebolimento della certezza del diritto⁶⁷, che si mostra nella sua pretesa illusoria di dare un ordine prevedibile al continuo divenire della vita.

Tra le righe di questa riflessione, può leggersi un perfetto esempio di come il rapporto tra uomo e tecnologia sia segnato da un reciproco necessitarsi. Di fronte all'incertezza del giudizio umano si invoca infatti il ricorso ai calcolatori per un'applicazione più oggettiva delle norme giuridiche⁶⁸; per converso, dinnanzi alla prospettiva sempre più realistica di processi condotti da freddi "giudici-robot", l'unico porto sicuro è il volto umano della giustizia.

5. L'umanità dello *ius dicere*

La *iurisdictio*, nella sua dimensione del "fare giustizia", appare quindi inscindibile dall'orizzonte umano, del quale si alimenta e si rende massima espressione⁶⁹. Tuttavia, è proprio il volto umano della giustizia a nascondere il rischio di errori, di pregiudizi e di altre mancanze che caratterizzano l'uomo in quanto creatura imperfetta e fallibile. Come si è visto, gli ideali di razionalità ed impersonalità incarnati dal "giudice-macchina" illuministico sono stati superati da modelli più aderenti alla realtà processuale, non più orientati alla spersonalizzazione meccanizzante, ma ad una rinnovata valorizzazione della componente umana del giudizio⁷⁰. Se si accorda a quest'ultima – e non più alla logica formale del sillogismo – una valenza garantistica, occorre però chiarire quale sia il reale significato e quale lo spazio riservato all'umanità nella fisiologia del processo.

In effetti, a un primo sguardo, la rigida griglia procedurale che scandisce il rituale delle aule di giustizia lascia ben poco spazio all'umanità del decisore: l'intuito e le emozioni non trovano alcuno spazio e,

⁶⁵ La digitalizzazione, riducendo la realtà a numeri, inevitabilmente la deforma e la rappresenta in maniera incompleta, come sottolinea A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 38 ss.

⁶⁶ Per usare le parole di J. FRANK, *Courts on trial*, cit., 23, «The trial court's fact are not "data", not something that is given; they are not waiting somewhere, ready made, for the court to discover, to "find"». Se i fatti processuali non sono semplici "dati", l'oggettività della ricostruzione fattuale è illusoria, così come la pretesa di ridurre la decisione giudiziale a mera applicazione delle "legal rules".

⁶⁷ Ivi, 153 ss. La componente personalistica del singolo giudice si riflette anche sui fatti, filtrando in ogni aspetto del processo; di conseguenza, le decisioni giudiziali non possono essere standardizzate per effettuare previsioni sugli esiti delle controversie. Ciò segna la crisi della certezza del diritto intesa come prevedibilità delle decisioni dei Tribunali, su cui v. V. MARZOCCO, *op. cit.*, 228 ss.

⁶⁸ V. anche C. COSTANZI, *op. cit.*, 187 ss.

⁶⁹ Come notava F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 212, «bisogna capire gli uomini per capire il diritto». In generale, L. VAGNI, *The Role of Human Judge in Judicial Decisions. Preliminary Remarks in the Age of Artificial Intelligence*, in E. CALZOLAIO, *op. cit.*, 185-202.

⁷⁰ *Ibid.* Il superamento del formalismo positivista ha spinto l'orizzonte decisionale al di là del mero dato normativo, valorizzando gli aspetti culturali, psicologici e, come si dirà *infra*, valoriali dell'attività giurisdizionale.

anzi, l’obiettivo della procedura sembra proprio quello di espungere la sfera personale di chi giudica⁷¹. Non sembra infatti che l’umanità della decisione – parametro che per sua natura mal si presta ad essere schematizzato – trovi riconoscimento nella freddezza delle norme procedurali. Mai si è prospettata, in sede di impugnazione di una decisione, l’idea di sottoporre la stessa ad un «controllo di umanità»⁷², che sarebbe tanto assurda quanto impraticabile. Eppure, la componente umana del giudizio è un dato ineludibile che, come sottolineato dalla riflessione giusrealista, si insinua inevitabilmente nei rigidi schematismi processuali.

5.1. Emozioni e giudizi valoriali

Come dimostra lo smascheramento del giudice-macchina, i meccanismi decisionali – giudiziali e non solo – hanno una significativa componente psicologica ed emotiva⁷³. All’oggettività del giudice-automa, si contrappone la soggettività del giudice emotivo⁷⁴, è il processo è costantemente animato dalla tensione fra la proceduralizzazione disumanizzante e i rischi dell’arbitrio della soggettività. Da un lato, infatti, una decisione che indulge troppo all’emotività apre il processo alla massima incertezza e rischia di ledere irrimediabilmente l’affidamento degli interessati; dall’altro, un giudizio scevro da qualsivoglia connotazione emotiva potrebbe risultare distorto proprio a causa dell’eccessivo distacco rispetto al suo oggetto, che altro non è se non la vita umana nelle sue molteplici sfumature⁷⁵.

È dunque nella dimensione emotiva che può individuarsi il *quid pluris* del giudizio umano rispetto a quello automatizzato? A ben vedere si tratta di una dimensione strutturalmente preclusa all’intelligenza artificiale e, sebbene non manchino proposte di riconoscere alle macchine una qualche capacità empatica⁷⁶, sotto questo profilo la distanza fra giudice algoritmico e giudice umano sembra per ora incolmabile.

Inoltre, l’umanità del giudicare si lega profondamente alla portata assiologica sottesa alle decisioni dei giudici, che grazie al loro apporto interpretativo divengono veicolo di valori e di significati⁷⁷. Anche

⁷¹ Come evidenzia A. PUNZI, *Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l’umanità del giudicare?*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 322, a partire dall’Età Moderna il tentativo di garantire la giustizia della decisione si è avvalso proprio della proceduralizzazione (o «macchinizzazione», come suggerisce l’Autore) del processo decisionale, finalizzata a rendere la decisione «quanto più asettica possibile».

⁷² F. FALATO, *op. cit.*

⁷³ Già J. FRANK, *Courts on trial*, cit., 405-415, trad. it. in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI, *op. cit.*, 375-388. Per il ruolo della componente emotiva nel ragionamento, si rinvia in generale a A. DAMASIO, *Descartes’ Error. Emotion, Reason and the Human Brain*, 1994, trad. it. a cura di F. MACALUSO, *L’Errore di Cartesio*, Milano, 1995. Cfr. anche A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMINATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017; E. JEULAND, *Le juge et l’émotion*, 2020, documento di lavoro consultabile online, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790855v2/document> (ultimo accesso: 18.03.21).

⁷⁴ A. FARANO, *op. cit.*, 431-432.

⁷⁵ Lo sottolineava già F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 211-212. In quest’ottica si comprende meglio perché sia ormai superata la prospettiva tesa ad eliminare ad ogni costo la componente emotiva dalla decisione giudiziale. Al contrario, le emozioni appaiono strumento indispensabile nell’euristica processuale e vanno pertanto ricollocate nella dimensione fisiologica dei processi decisionali. Sul punto, J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*, 40-44; cfr. anche A. FARANO, *op. cit.*, 438-440.

⁷⁶ Si pensi agli sviluppi nel campo del cd. “*affecting computing*”, un ramo dell’intelligenza artificiale incentrato sulla programmazione di macchine che siano in grado di riconoscere le reazioni emotive degli utilizzatori. Più approfonditamente, v. P. MORO, *Macchine come noi*, cit., 56-58.

⁷⁷ L. DE RENZIS, *op. cit.*, 155-157.



sotto questo profilo, dunque, non può che riconoscersi l'inadeguatezza del giudice artificiale, che, soprattutto di fronte alle decisioni con un più ampio margine di discrezionalità, è destinato a scontrarsi con la dimensione incalcolabile della giustizia⁷⁸.

5.2. Giustizia certa o giustizia umana?

Ad uno sguardo attento, risulterà chiaro come i due protagonisti della contesa – il giudice e l'algoritmo – finiscano in realtà per incarnare le due "anime" della giustizia. Da un lato, una giustizia certa, formale, calcolabile, che trova espressione negli algoritmi predittivi e nell'automatizzazione delle decisioni; dall'altro, una giustizia sostanziale e umana, che abbraccia l'emotività come componente del ragionamento e si fa carico di una dimensione valoriale, ben distante dal rigore matematico della macchina. L'aspirazione alla computabilità del diritto fatica a conciliarsi con l'incertezza connaturata al giudizio umano, senza la quale rischierebbe però di compromettere l'orizzonte delle garanzie giurisdizionali. Ciò posto, è innegabile che l'efficienza del giudice artificiale continui a rappresentare una prospettiva allettante: massima espressione di terzietà e imparzialità, l'algoritmo giudicante potrebbe porre rimedio alla fallibilità umana, divenendo la perfetta incarnazione del giudice naturale costituzionalmente garantito⁷⁹.

In fondo, l'avvento dell'intelligenza artificiale non ha fatto altro che accentuare tensioni già esistenti – e forse ineliminabili – nel panorama del diritto, riattualizzando antichi problemi e prospettando la necessità di riordinare le diverse istanze entro un quadro normativo compatibile con il progresso tecnologico. Nella conflittualità del binomio certezza-umanità, nessuno dei due volti della giustizia sembra destinato a prevalere sull'altro, essendo entrambe dimensioni ineludibili del fenomeno giuridico. Più che in contrapposizione, le due componenti vanno dunque rilette nell'ambito di una cornice unitaria ed armonizzante, che sappia esaltarle entrambe in vista del fine ultimo che è la tutela dei diritti fondamentali. In questo senso, le proposte di regolamentazione dell'intelligenza artificiale nel processo dovranno poggiare sulla costruzione di un delicato equilibrio fatto di interazione e valorizzazione reciproca.

6. Giudici e algoritmi: timori e prospettive

Nella complessità del sistema-justizia, l'ingresso dei sistemi intelligenti apre a scenari incerti, a tratti allarmanti. Infatti, l'utilizzo degli algoritmi decisori nelle aule giudiziarie, oltre ai problemi legati agli aspetti tecnologico-strutturali di tali sistemi⁸⁰, suscita perplessità e critiche in relazione alle possibili influenze cui il giudice-uomo potrebbe essere assoggettato ove vi facesse ricorso al momento della decisione. Si denuncia in particolare il rischio di alterare il ragionamento del giudice, inducendolo a sospendere il proprio giudizio perchè condizionato dal suo "collega" algoritmico. Ciò comprometterebbe l'indipendenza del magistrato, con il rischio di deresponsabilizzarlo rispetto alle decisioni

⁷⁸ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 23-27, individua 4 tipi di decisione, ordinandoli secondo il loro grado di calcolabilità, che risulta ridotta al minimo proprio quando si tratta di «decidere secondo valori»; cfr. anche A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, cit., 50-58.

⁷⁹ Così C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale*, cit., 718.

⁸⁰ V. *supra*, par. 3.

assunte⁸¹. Inoltre, i meccanismi della giustizia predittiva potrebbero esasperare gli errori in cui già incorrono i giudicanti, primo fra tutti il cd. “*bias della conferma*”, cioè «quell’insieme di effetti attraverso i quali le convinzioni preesistenti dell’individuo, le aspettative e il contesto situazionale influenzano la raccolta, la percezione e l’interpretazione delle prove»⁸². Gli algoritmi predittivi funzionano infatti essi stessi come «*confirmation bias machines*»⁸³, che inducono l’utente a conformarsi passivamente all’ipotesi iniziale anziché verificarla.

Sulla scorta di queste prospettazioni critiche, l’applicazione dell’intelligenza artificiale alla giustizia si tradurrebbe nella messa a repentaglio dei principi del giusto processo, alterando le dinamiche del contraddittorio e l’imparzialità del giudice⁸⁴.

Sono timori questi che, seppur non ingiustificati, non possono però impedire di cogliere le opportunità rappresentate da un’efficiente collaborazione uomo-macchina. L’intelligenza artificiale nel processo, al di là degli incontestabili vantaggi in termini di quantità e velocità di elaborazione dei dati, si presta infatti ad essere valorizzata nel momento decisivo come fattore propulsivo per suscitare negli organi giudicanti una maggiore consapevolezza rispetto alle reali dinamiche motivazionali⁸⁵, a partire dai profili strettamente logico-argomentativi giungendo fino agli aspetti inconsci che costituiscono il sostrato umano (talvolta «troppo umano»⁸⁶) della decisione.

Superata l’iniziale diffidenza di fronte all’entrata in scena di un nuovo protagonista artificiale nel processo, può cogliersi l’occasione per riflettere sul significato della funzione giurisdizionale e, più in generale, sul modello di giustizia da perseguire nel quadro dei principi del nostro ordinamento. È quindi opportuno rifuggire approcci polarizzanti che si risolvano in un eccesso di delegazione alle macchine con conseguente messa da parte dell’uomo o che, viceversa, osteggino l’elemento tecnologico in nome della rivendicata superiorità del decisore umano⁸⁷. La soluzione auspicabile passa attraverso l’implementazione di una cooperazione virtuosa, che combini intelligenza umana e intelligenza artificiale e, controbilanciandone pregi e difetti, le ponga a tutela dei diritti della persona. In quest’ottica sono

⁸¹ Fra i rischi connessi alla giustizia predittiva, si evidenzia infatti quello di un deresponsabilizzante conformismo, il cosiddetto «*effet moutonnier*» (letteralmente, “effetto gregge”) di cui parlano A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *op. cit.*, 239.

⁸² A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMINATI, *op. cit.*, 150 ss.

⁸³ M. PALMIRANI, *op. cit.*, 79.

⁸⁴ In argomento, J. NIEVA-FENOLL, *op. cit.*, 117-143. In generale, per i profili del giusto processo, cfr. C. CASTELLI, D. PIANA, *op. cit.*

⁸⁵ Come rileva C. CANULLO, *Chi decide? Intelligenza artificiale e trasformazioni del soggetto nella riflessione filosofica*, in E. CALZOLAIO, *op. cit.*, 36, trovandosi a interagire con l’intelligenza artificiale al momento della decisione, «il soggetto si trasforma non perché si dis-umanizza, come vorrebbero i profeti dell’anti-intelligenza artificiale, ma perché appare chiaramente che 1- esso si concretizza quando decide e che 2- la consapevolezza di sé si acquisisce e cresce decidendosi “davanti alle” sfide che gli vengono dalla realtà (di cui anche l’intelligenza artificiale fa parte)».

⁸⁶ Il riferimento è chiaramente al titolo dell’opera di Friedrich Nietzsche.

⁸⁷ Nella discussione su algoritmi e giustizia, la lettura in chiave collaborativa sembra oggi maggioritaria e passa per la valorizzazione dell’intelligenza artificiale come elemento positivo all’interno dei processi decisionali. Così già G. SARTOR, *Le applicazioni giuridiche dell’Intelligenza Artificiale*, cit., 310 ss. Da ultimo, G. TUZET, *L’algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 1, 2020, <http://www.medialaws.eu/rivista/lalgoritmo-come-pastore-del-giudice-diritto-tecnologie-prova-scientifica/> (ultima consultazione: 13.01.21); cfr. anche E. VINCENTI, *op. cit.*, 123.





diverse le proposte già avanzate per conformare l'intelligenza artificiale alle garanzie processuali, così da integrare elemento umano e tecnologico nel miglioramento della funzione giurisdizionale⁸⁸. Se – come già emergeva dalla critica condotta dal realismo americano più estremo – nella mente del giudice albergano pregiudizi e preferenze, la tecnologia potrebbe introdurre un elemento di controllo esterno rispetto alla sua decisione. Come una sorta di «grillo parlante digitale»⁸⁹, l'intelligenza artificiale potrebbe così vigilare sulla correttezza del ragionamento giudiziale, aiutando a rivelarne i meccanismi e gli eventuali difetti⁹⁰. Il giudice umano, emotivo e fallibile proprio in ragione della sua umanità, troverebbe quindi supporto e assistenza nel giudice algoritmico, il quale a sua volta ha bisogno dell'uomo per avvicinarsi al significato del “fare giustizia”⁹¹.

La nuova tappa che si profila nel rapporto tra uomo e macchina appare dunque segnata dalla complementarità e il processo, non più solo teatro della giustizia umana, assurge a banco di prova per questa nuova collaborazione. Si tratta allora di demarcare le rispettive sfere di competenza, compito questo non facile che ad oggi rappresenta una grande sfida per il diritto, chiamato a edificare un quadro normativo che coniughi l'enorme potenziale delle nuove tecnologie con la tutela e la valorizzazione dell'essere umano. Di qui l'importanza di affiancare alla cornice giuridica una solida base etica, come del resto dimostra lo sforzo di elaborazione a livello europeo e sovranazionale volto a fornire le linee guida per un utilizzo etico dell'intelligenza artificiale⁹².

Quelli intrapresi sono solo i primi passi verso una nuova configurazione dell'intelligenza artificiale, per trasformarla da «macchina che inquieta»⁹³ a macchina che sostiene, corregge e – perché no – esalta l'umanità.

⁸⁸ Ad esempio, in riferimento al processo penale, V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO, *op. cit.*, 564 ss. suggerisce la possibilità di «assegnare all'output prodotto dall'IA valenza di mero indizio, bisognoso di essere corroborato con altri elementi di prova» e ipotizza di utilizzare i software predittivi come «strumento di *double check*, a valle dunque della valutazione del giudice».

⁸⁹ L'espressione è ripresa da A. PUNZI, *Judge in the Machine*, cit., 328, per cui la macchina diviene «una sorta di alter ego del giudice», «un novello Socrate» che accompagna il giudice verso una maggiore consapevolezza del processo decisionale, promuovendo così la giustizia e la correttezza della decisione stessa.

⁹⁰ In questo senso i rilievi di C. SUNSTEIN, *Algorithms, Correcting Biases*, in *Social Research: An International Quarterly*, 86(2), 2019, 499-511.

⁹¹ Così L. DE RENZIS, *op. cit.*, 157-158.

⁹² Al momento si tratta di strumenti di *soft law*, fra cui i già richiamati *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, insieme alla *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*. Per un approfondimento, si rinvia a S. QUINTARELLI et al., *AI: profili etici. Una prospettiva etica sull'Intelligenza Artificiale: principi, diritti e raccomandazioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 183-204.

⁹³ A. PUNZI, *Judge in the Machine*, cit., 319.



Oltre gli atti *muti*: gli atti *neuronali*. I *Brain's Acts* a contenuto non patrimoniale, l'uomo postumano e la sua *custodia*

Laura Tafaro*

BEYOND THE MUTE ACTS: THE BRAIN'S ACTS. NON-PATRIMONIAL BRAIN'S ACTS, POST-HUMAN MAN AND THE CUSTODY OF THE HUMAN

ABSTRACT: Brain Computer Interface-spellers allow people with physical disabilities to communicate. The implementation of the full development of people with serious, purely physical disabilities and of the principles of equality and social justice require, in the current legal system, to promote such weak subjects considering legally relevant the will expressed through BCI-speller, suitable to allow the direct exercise of legal situations, first of all the right to self-determination with reference to non-patrimonial legal transactions. For post-human man the "custody" of the human is needed.

KEYWORDS: Mute Law; Brain Computer Interface Spellers; Brain's Acts; Non-patrimonial Brain's Acts; Custody of the Human.

SOMMARIO: 1. Gli atti giuridici «muti» nelle passate e nella presente esperienza giuridica – 2. La comunicazione attraverso *Brain Computer Interfaces* – 3. La volontà manifestata attraverso *BCI-spellers* e il diritto alla «comunicazione non verbale» – 4. Dagli atti «muti» ai *Brain's Acts* – 5. *Brain's Acts* a contenuto non patrimoniale: il caso paradigmatico delle scelte relative ai trattamenti sanitari – 6. La manifestazione di volontà con *BCI* in ordine alla donazione degli organi – 7. L'uomo postumano e la *custodia* dell'umano.

1. Gli atti giuridici «muti» nelle passate e nella presente esperienza giuridica

La riflessione sulla rilevanza giuridica della volontà manifestata attraverso le nuove tecnologie di tipo comunicativo prende le mosse da una constatazione: il diritto scritto (o, comunque, non verbalizzato) non racchiude tutte le espressioni della giuridicità¹. Nelle esperienze giuridiche di ogni tempo, invero, sussistono forme di diritto non scritto e non verbale.

* *Professoressa associata di diritto privato, Università degli studi di Bari Aldo Moro. Mail: laura.tafaro@uniba.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ Il tema è fin troppo noto e dibattuto ed è impossibile, in questa sede, dare conto, neppure sommariamente, della sterminata bibliografia sul punto. Ci si limita, pertanto, ad evidenziare che la non coincidenza del Diritto con l'intero *Jus*, comprensivo di ogni manifestazione della giuridicità era chiara nel diritto romano, nel quale vi era la distinzione tra il diritto proclamato dal popolo in assemblea (la *lex*) e quello prodotto dal comportamento dei *patres familias* (lo *ius* costituito dai *mores maiorum*), ossia fra il diritto legislativo e quello consuetudinario. A partire dal IV-V secolo comparve la bipartizione *leges-iura*, attraverso la quale si distinse il diritto di produzione politica da quello elaborato attraverso l'*interpretatio* espressa dai *responsa prudentium* e dallo *ius honorarium*. In argomento v., per tutti, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017, 332 ss.; P. BIANCHI, *Iura-Leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano 2007, 83 ss. Sulla «legolatria» derivante dal «monismo» della legge statutale, considerata l'espressione esclusiva della giuridicità, la quale impedisce una visione dell'esperienza giuridica in grado di coglierne la molteplicità e la complessità,

Laura Tafaro



Poiché, presumibilmente, il linguaggio nacque con la comparsa dell'*homo sapiens*², deve ritenersi che forme di diritto non verbale – con efficace espressione definito «muto»³ – siano state presenti nelle società dell'età della pietra. In tali società arcaiche – per l'assenza del linguaggio verbale – il diritto era «muto» per necessità⁴ e, sempre per via della mancanza di tale linguaggio in questa fase dell'evoluzione storica, erano «muti» anche gli atti giuridici⁵, per lo più consistenti in comportamenti attuativi ed esecutivi dei rapporti giuridici⁶.

Gli atti «muti», invero, sembrano corrispondere ad una modalità primordiale ed immediata di comunicazione esistente anche nel regno animale; per esso, in corrispondenza del linguaggio (non verbale) adoperato⁷, è stata ipotizzata la sussistenza di embrionali (mute) forme regolative dei reciproci rapporti, quali, ad es., l'atto, tipico dei mammiferi, di marcare il territorio, che in tal modo delimitano lo spazio e ne impongono il rispetto agli animali della stessa specie⁸.

non si possono non ricordare le appassionante pagine di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, 15 ss. ID., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 46 ss.; ID., *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, 1 ss.

² Sul punto v. S. PINKER, *The Language Instinct: How the Mind Creates Language*, New York, 2015, 13 ss.

³ La teoria del diritto muto si deve a R. SACCO, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, 689 ss.; ID., *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, 183-192 e 295 ss.; ID., *Il diritto muto, Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, 9 ss. L'A. precisa che il sintagma «diritto muto» indica il diritto «praticato e non verbalizzato» (R. SACCO, *Il diritto muto, Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, cit., 9; ID., *Il diritto muto*, cit., 51). In senso critico v., da ultimo, M.Q. SILVI, *Diritto muto?*, in *Riv. filos. dir.*, 2020, 197-217.

⁴ Nella prospettiva della macrostoria si evidenzia che per ben due milioni e mezzo di anni l'uomo è vissuto senza diritto scritto e che quest'ultimo accompagna la storia dell'umanità solamente da cinquemilacinquecento anni, così R. SACCO, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1999, 46.

⁵ Sul punto v. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, 296. Secondo l'A. costituirebbero esempi di atti muti, nelle società arcaiche, l'appropriazione dei frutti del raccolto mediante apprensione, la loro cessione mediante consegna (silenziosa), la divisione e distribuzione del bottino della caccia, i gesti rituali con i quali si costituiscono i rapporti interpersonali e, nelle società attuali, l'occupazione delle *res nullius*, il possesso o l'abbandono della cosa, la consegna e l'accettazione tacita di eredità e, più in generale, tutti gli atti in cui, per la genesi stessa del fenomeno giuridico, è importante «l'atto di esercizio del diritto», ossia il «fatto materiale», *ex se* «muto» (R. SACCO, *Il diritto muto, Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, cit., 54).

⁶ Il comportamento costituirebbe l'esecuzione dell'atto in questione, così R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 700.

⁷ Sul linguaggio degli animali cfr., da ultimo, i saggi raccolti in *La voce e il logos. Filosofie dell'animalità nella storia delle idee*, S. GENSINI (a cura di), Pisa, 2020; S. GENSINI, *Aspects of the ongoing debate on animal communication. (Zoo)semiotics and cognitive ethology*, in A. PENNISI, A. FALZONE (a cura di), *The extended theory of cognitive creativity*, Switzerland, 2020, 199-216; ID., *Simbolicità e emotività negli animali non umani: un tema attuale con radici lontane*, in *Riv. it. filosofia del linguaggio*, 2020, 230-241; ID., *Linguaggio animale e linguaggio umano nei dibattiti del XVII secolo*, in *La voce e il logos. Filosofie dell'animalità nella storia delle idee*, cit., 139-171; ID., *Dalla zoosemiotica all'etologia cognitiva in La voce e il logos. Filosofie dell'animalità nella storia delle idee*, cit., 273-300; ID., *La centralità del linguaggio verbale*, in *La vita scolastica*; 2017, 8-11; ID., *Comunicazione animale e "soglia" semiotica: un tema da ripensare?*, in *Syzetesis*, 2019, 341-361; ID., *"E io in Napoli vidi un cane polacco": ancora sui linguaggi animali, da Gesner a Campanella*, in *Bruniana & campanelliana*, 2016, 639-649. Per gli aspetti giuridici, spunti già in C. GORETTI, *L'animale quale soggetto di diritto*, in *Riv. di filosofia*, 19, 1928, 348 ss., il quale riprende le riflessioni contenute nel saggio del 1920 del filosofo Marinetti, ora in P. MARINETTI, *Pietà verso gli animali*, Genova, 1999.

⁸ Così R. SACCO, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, 694.



Questa realtà fattuale della dimensione giuridica sembra essere stata successivamente «sommersa» dal diritto scritto⁹. Occorre però rilevare che espressioni di diritto «muto» e di atti giuridici «muti» sembrano rinvenibili anche nell'esperienza giuridica attuale; in essa rivestono rilevanza giuridica, oltre agli atti linguistici, anche atti gestuali¹⁰, nei quali la comunicazione avviene – questa volta non per necessità, ma per precisa scelta – mediante strumenti diversi dal linguaggio verbale e, precisamente, attraverso gesti¹¹, ossia fatti materiali, comportamenti significanti pur senza alcuna proposizione linguistica, costituenti «atti comunicativi totalmente muti»¹².

Invero, nel sistema ordinamentale attuale, è giuridicamente rilevante e validamente espressa la volontà manifestata non solamente attraverso il linguaggio verbale, ma anche mediante il linguaggio gestuale, ossia attraverso atti giuridici non-parlati – ma non per questo «non-segnici»¹³ – aventi una propria identità e una propria natura¹⁴.

Occorre al riguardo tenere presente che il linguaggio non è esclusivamente quello verbale, come da più prospettive si evidenzia¹⁵; ciò vale anche per il diritto, in cui il linguaggio verbale non esaurisce il

⁹ Così R. SACCO, *Il diritto muto, Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, cit., 54. L'A. rileva che, pur avendo il diritto scritto «sommerso» il diritto muto, quest'ultimo «non è stato soppresso» e non può essere cancellato. Sulla necessità del recupero della «fattualità», conseguente alla separazione tra «fatti e diritto», ossia di quei «fatti, di per sé, connotati di effettività e pertanto emergenti per loro intrinseca forza al livello del diritto»: P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, cit., 117.

¹⁰ In questo senso v. G. LORINI, *Semiotica dell'atto muto*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli, 2009, 129. L'A. riprende il paradigma del comportamento *mimico* vs. comportamento *fonico* riportato da A.G. CONTE, *Erlebnisrecht. Diritto vissuto/esperienziale nell'antropologia filosofica di Rodolfo Sacco*, in *Riv. internaz. filosofia del diritto*, 2008, 405-424, spec. 413. Discorre di «*droit gestuel* [...] che si manifesta senza fonte parlata, mediante l'ottemperanza silenziosa della comunità» R. SACCO, *Id.*, *Il diritto muto, Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, cit., 15 s.

¹¹ Così R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., 190. L'A. rileva che «il gesto ha più dello scritto che del parlato. Può realizzare immagini (come lo scritto realizza pittografie) [...] fiorisce anche presso l'uomo che ricorre al linguaggio articolato, e in molti ambienti viene utilizzato come un integratore utilissimo del discorso per suoni».

¹² K. BÜHLER, *Teoria del linguaggio: la funzione rappresentativa del linguaggio* (trad. it. a cura di S. CATTARUZZA DEROSI), Roma, 1983, 157 ss. L'A. porta ad esempio la richiesta di acquisto di un biglietto del tram, manifestata sull'automezzo dal viaggiatore sollevando il braccio, col denaro in mano, davanti al bigliettaio. Va evidenziato che la riflessione sugli atti giuridici gestuali, produttivi di effetti giuridici senza l'utilizzazione del linguaggio verbale, è risalente. In argomento, v. P. DI LUCIA, *Il linguaggio dell'atto muto*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli, 2009, 123. Nello specifico, prima dell'elaborazione della categoria degli atti muti, era stata individuata la categoria delle «azioni giuridiche materiali», comprendente gli atti giuridici che la dottrina successiva definirà «muti» e, nello specifico, la presa di possesso, la specificazione, il ritrovamento del tesoro o della cosa smarrita, la derelizione, la percezione dei frutti, la fissazione del domicilio (S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 5 s.).

¹³ Così G. LORINI, *Semiotica dell'atto muto*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, cit., 135. Secondo l'A., l'atto muto presuppone un sistema di segni, ossia un codice semiotico comune fra i soggetti della relazione comunicativa, per quanto rudimentale. Si è difatti osservato che «rantoli, battiti di mani o denti, urla prodotte dall'uomo in stato di stress in virtù del sistema limbico» sono suoni che, pur non in grado di esprimere un numero elevatissimo di stati d'animo, «possono pur sempre dar luogo a una lingua» (R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., 189). In argomento, cfr. altresì L. PASSERINI GLAZEL, *Decriptare criptòtipi*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, cit., 139 s.

¹⁴ G. LORINI, *op. cit.*, 136.

¹⁵ Lo studio del rapporto tra comunicazione e linguaggio verbale è stato affrontato da diverse prospettive. La letteratura in argomento è sterminata ed è impossibile darne conto in questa sede. Tuttavia, per la distinzione tra linguaggio e lingua, si veda, in particolare, G. GRAFFI e S. SCALISE, *Le lingue e il linguaggio*, Bologna, 2002, 24 ss.,





linguaggio giuridico¹⁶. Anzi, soprattutto in conseguenza delle nuove tecnologie, sembrano esservi linguaggi giuridici che «annientano la “parola” come consustanziale al pensare ed al “pensiero”»¹⁷; in definitiva, può affermarsi che indubbiamente il diritto è linguaggio, ma non solo e non sempre linguaggio verbale¹⁸.

Sta di fatto che il sistema attuale «conosce la fonte parlata e la fonte muta, l’atto parlato (il negozio giuridico) e l’atto muto (l’atto semplice o non negoziale, il fatto concludente)»¹⁹.

Ciò non toglie che il paradigma di riferimento sia costituito dalla dichiarazione verbale, al punto che la nozione e, persino, la definizione dell’atto «muto» sono state ricavate da quelle dell’atto «parlato», posto che il comportamento (con il quale si manifesta la volontà) è considerato pur sempre una dichiarazione, seppure tacita, di volontà²⁰. Per fare un esempio, per la costruzione della categoria del contratto si è fatto riferimento al solo atto «parlato», senza considerare che, accanto al contratto che si costituisce mediante l’incontro tra le dichiarazioni di volontà, l’accordo può sorgere anche senza

M. DARDANO, *Manualetto di linguistica italiana*, Bologna, 1996, 7 ss. Nello specifico, nel distinguere tra linguaggio e parola, si sottolinea che la parola è «ciò che innerva il pensiero, secondo la struttura teoretica che costituisce la figura antica e classica del *Logos*», mentre il linguaggio è «altra cosa» (B. MONTANARI, *La figura del giurista al tempo del “post-pensiero”*, in *Europa e diritto privato*, 2020, 423 ss.).

¹⁶ Sui molteplici rapporti tra diritto e linguaggio si vedano, in particolare, le riflessioni contenute nei saggi raccolti in U. SCARPELLI e P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994. Nell’introduzione del volume (P. DI LUCIA, *Tre opposizioni per lo studio dei rapporti tra diritto e linguaggio*, 9 ss.) si evidenzia che, storicamente, lo studio del rapporto tra diritto e linguaggio è stato affrontato per lo più con riferimento al diritto consuetudinario e si segnala, in particolare, la concezione secondo la quale «consuetudine e lingua parlata, in quanto hanno cominciamento con la formazione e la stabilizzazione delle pratiche, non sono in sé e per sé che dei fatti: “fatti normativi” entrambi, dai quali “*oritur jus*” e rispettivamente il complesso delle regole cui obbedisce il linguaggio» (S. ROMANO, *Consuetudine*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 1953, 41-45). Sulla concezione (della scuola analitica di filosofia del diritto del XX secolo) del diritto come linguaggio v. F. OPPENHEIM, *Outline of Logical Analysis of Law*, 1944; U. SCARPELLI, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1948; ID., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, 1953; N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1950. Con riferimento al linguaggio giuridico cfr., in particolare, A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1994, 21-31; P. FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, 2008, 18-20; M.L. PIERUCCI, *Introduzione alla lingua del diritto*, in S. CAVAGNOLI, E. IORATTI FERRARI, *Tradurre il diritto. Nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Padova, 2009; A. ROSS, “TÙ-TÙ”, in U. SCARPELLI, P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, cit., 126.

¹⁷ B. MONTANARI, *op. cit.*

¹⁸ L’opinione non è pacifica, al punto che si afferma esservi un «rapporto funzionale tra lingua e diritto», in quanto «la conoscenza del diritto, il diritto stesso hanno bisogno della lingua»: R. SACCO, *Lingua e diritto*, in *Ars interpretandi*, 5, 2000, 119. Ancora più forte la tesi di chi identifica il diritto con il linguaggio verbale in base al rilievo che «il diritto è fatto di lingua»: F. PALAZZO, *Dimensione linguistica del diritto e ruolo dell’avvocato*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Milano, 2003, 113 ss. Secondo l’A. il diritto è linguaggio «nel senso che oggi la forma del diritto è pressoché totalmente verbalizzata». In argomento cfr., altresì, R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2006, p. 7; M. AINIS, *Forma e comunicazione delle regole giuridiche*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, cit., 104.

¹⁹ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 699.

²⁰ Così R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 700.



alcuno scambio comunicativo²¹: in esso le volontà dei contraenti sono implicate e manifestate da un comportamento²² e non attraverso dichiarazioni di volontà²³.

La diffusa convinzione che la volontà tanto più facilmente produce effetti quanto più puntualmente (attraverso il linguaggio verbale) venga espressa²⁴ ha condotto a privilegiare l'atto linguistico verbale e, di conseguenza, ha determinato «l'oscuramento dell'atto semplice»²⁵ e l'instaurazione, in tutte le attuali esperienze giuridiche, delle relazioni giuridiche «mediante lo strumento "parola"»²⁶.

Oggi, tuttavia, sembra in atto un procedimento di segno esattamente inverso. Esso pare condurre ad un ritorno – in contrapposizione all'*omega* della macrostoria giuridica, ossia al diritto scritto di provenienza statale – all'*alpha* del diritto, ossia al diritto muto²⁷. Quest'ultimo troverebbe espressione in modalità diverse rispetto al passato come, ad es., avviene nelle attuali modalità di contrattazione utilizzate dalle imprese²⁸ – con la ipotizzata sussistenza di scambi senza accordo²⁹ – e, più in generale, nel

²¹ In questo senso R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 699.

²² In argomento, tra i tanti, da ultimo v. L. TUMMOLINI, *L'armonia del silenzio: verso una teoria degli accordi taciti*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, cit., 147 ss. L'A. rileva che «esiste un tipo di accordo che non è basato su alcuna forma di comunicazione [...] Gli accordi taciti sono accordi senza comunicazione».

²³ La bibliografia in argomento è amplissima e non è possibile darne conto in questa sede. Non si possono però non richiamare le significative riflessioni sul negozio di attuazione (nel quale la volontà non viene dichiarata, bensì attuata e la cui caratteristica è quella di realizzare con immediatezza la volontà del soggetto, esaurendone l'intento, senza che l'agente si ponga in relazione con altri soggetti) e sul fatto concludente, di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine del diritto civile*, Napoli, 1997, 136; L. CAMPAGNA, *I "Negozii di attuazione" e la manifestazione dell'interesse negoziale*, Milano, 1958; L. CARIOTA FERRARA, *Volontà, manifestazione, negozio giuridico*, in *Ann. dir. comp.*, 1945, 385 ss.; A. FALZEA, *Comportamento* in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 135 ss.; ID., *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 442 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 778 ss.; G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 148 ss.; E. FERRERO, «Dichiarazione espressa», «dichiarazione tacita» e autonomia privata, Torino, 1974.

²⁴ In questo senso, v. M. GRAZIADEI, *op. cit.*, 55.

²⁵ P. DI LUCIA, *Il linguaggio dell'atto muto*, cit., 119.

²⁶ R. SACCO, *Parola e diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VIII, Torino, 2013, 467 ss.

²⁷ Così R. SACCO, *op. ult. cit.*, pp. 82 e 114. L'A. rileva che, comunque, «il diritto razionale dell'illuminista non è l'omega di nulla. È la più nobile di tutte le illusioni; è una tappa cui altre, imprevedibilissime, seguiranno».

²⁸ La bibliografia sul punto è copiosa; per tutti, v., da ultimo: E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Persona e mercato*, 2017, 133 ss. L'a. evidenzia che alle modalità tradizionali di contrattazione si sono progressivamente sostituite procedure di contrattazione «automatiche» (la definizione è di A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, 162 ss. ed è ripresa da C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in Aa.Vv., *Il contratto telematico*, a cura di V. RICCIUTO, N. ZORZI, in *Tratt. dir. comm.*, Galgano, Padova, 2002, 11).

²⁹ L'affascinante dibattito al riguardo è noto. L'identificazione dell'accordo con il dialogo tra le parti ha condotto ad escludere l'accordo in mancanza di tale dialogo, per questa posizione v. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 353 ss., secondo il quale «l'accordo descritto nei codici civili, nasce dal dialogo: è il risultato discorsivo e conoscitivo, che media i punti di vista delle parti, e risolve in unità la loro discorde dualità». *Contra*: G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1998, 525 ss. (poi in ID., *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000, 191 ss.); per la relativa replica v. N. IRTI, «È vero, ma...» (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, I, 1999, 273 ss. Vivace il dibattito successivo, per il quale cfr., in particolare, G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 701 ss. (ora in *Eur. dir. priv.*, 1999, 137 ss.); ID., *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, in Aa.Vv., *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, 75 ss.; A. BORTOLUZZI, *Umanizzazione del contratto?*, in *Vita not.*, 1999, 1618 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, 43 s., (al quale ribatte N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim.*, 2000,



settore dell'autonomia privata, in cui si moltiplicano le ipotesi nelle quali essa viene esercitata attraverso comportamenti fattuali, ossia mediante atti di esercizio dell'autonomia «che si estrinsecano non già nel dichiarare e consentire, ma nell'esercitare il diritto che si vuol creare»³⁰.

2. La comunicazione attraverso *Brain-Computer Interfaces*

Va rilevato che tutti gli atti giuridici, anche quelli «muti», costituiscono il frutto della «sfera del comportamento cosciente, in cui la volontà è diretta al perseguimento di finalità determinate»³¹. La circostanza è rilevante, come si vedrà, per l'attribuzione della rilevanza giuridica agli atti giuridici «neuro-nali», definibili, in prima approssimazione, quali atti giuridici – giuridicamente rilevanti – posti in essere attraverso *Brain-Computer Interfaces* di tipo comunicativo.

Per comprendere il *quid novi* di tali atti giuridici, occorre premettere che essi sono realizzati mediante la combinazione di tecniche di *imaging* cerebrale³² – le quali rendono oggi possibile la visualizzazione cerebrale e la conoscenza, oltre che delle caratteristiche strutturali e anatomiche del cervello (mediante il *neuroimaging* morfologico), anche del funzionamento di esso durante l'esecuzione di attività motorie e cognitive (attraverso il *neuroimaging* funzionale) – con un'interfaccia cervello-computer (*Brain-Computer Interface*, indicata con l'acronimo *BCI*³³).

601 ss.); ID., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, 1120 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 12 ss., 79 s., nota 120, 144 ss.; F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2002, 655 ss.

³⁰ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 695.

³¹ M. GRAZIADEI, *La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli, 2009, 49. Nel senso che anche gli atti muti presuppongono a monte un atto di volontà (del fatto che determina gli effetti giuridici): R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, cit., 89-103.

³² Le principali tecniche di *imaging* cerebrale, come noto, sono: l'elettroencefalogramma (EEG), la PET (*Positron emission tomography*) e la fMRI (*Functional magnetic resonance imaging*). L'elettroencefalogramma (EEG) consente di analizzare il funzionamento (normale o patologico) della corteccia cerebrale e di registrare e trascrivere (su carta) i tracciati che rappresentano l'attività elettrica del cervello; esso può essere utilizzato anche unitamente alla somministrazione di stimoli sensoriali o cognitivi (EP -*Evoked potentials* - o di ERP - *Event related potentials*), in modo da analizzare la capacità di elaborazione delle informazioni e di risposta di un soggetto, oppure a tecniche e metodi radiologici (TAC -Tomografia assiale computerizzata e RM - Risonanza magnetica) utilizzati per lo studio delle condizioni morfologiche e dello sviluppo anatomico del cervello e per la rilevazione e localizzazione di lesioni cerebrali di qualsiasi tipo quali, ad es., ictus, tumori o traumi meccanici. La PET (*Positron emission tomography*) e la fMRI (*Functional magnetic resonance imaging*) costituiscono, invece, metodi radiologici di *neuroimaging* funzionale che rendono possibile la localizzazione cerebrale delle funzioni cognitive e motorie superiori.

³³ È opportuno evidenziare che le *BCIs*, in relazione alle modalità con cui l'attività cerebrale viene registrata, si classificano in invasive e non invasive. Le *BCIs* non invasive utilizzano elettrodi posizionati sulla superficie dello scalpo (attualmente sono le più diffuse, anche se la qualità del segnale non è eccezionale per via del rumore di fondo causato dagli strati interposti fra gli elettrodi e l'origine del segnale), mentre le *BCIs* invasive – che indubbiamente consentono una maggiore qualità dei segnali (cerebrali) monitorati – funzionano attraverso l'impianto di microelettrodi all'interno della scatola cranica e, a differenza delle *BCI* parzialmente invasive, le quali utilizzano elettrodi impiantati al sotto della scatola cranica, sono a contatto con la corteccia cerebrale. Le *BCI* si distinguono altresì in sincrone ed asincrone a seconda che siano o meno previste finestre temporali di rilevazione ed elaborazione dei segnali cerebrali in ingresso (e, correlativamente, di output), ossia in base alla circostanza che il



Tali tecnologie consentono di rilevare e, per così dire, interpretare l'attività cerebrale, rendendo di conseguenza possibile la comunicazione – realizzata mediante l'invio di segnali bioelettrici cerebrali – anche diretta (ossia senza l'uso di nervi o muscoli) tra un cervello umano ed una periferica esterna (un cervello elettronico), in tal modo consentendo il controllo di dispositivi di *output* quali, ad es., un *computer*, una sedia a rotelle, un apparecchio di neuroprotesi o un *software* per la sintesi vocale (sintetizzatore vocale).

Si prefigura la possibilità di utilizzare le conoscenze del funzionamento dell'attività neuronale mentale anche ai fini di una maggiore tutela e promozione di alcuni soggetti deboli³⁴, segnatamente delle persone con gravi disabilità meramente fisiche che, pur affette da patologie neuromuscolari determinanti la progressiva perdita dell'uso volontario dei muscoli (e, con essa, man mano che la malattia progredisce, della possibilità di interagire con l'esterno), conservano integre le capacità cognitive e volitive, attraverso tecnologie che, rendendo possibile l'interazione con l'ambiente esterno anche senza l'uso dei muscoli periferici, consentono di restituire a tali persone la capacità materiale di comunicare³⁵.

Tutto questo è possibile perché, semplificando all'estremo il complesso funzionamento dell'attività cerebrale, si è riscontrato che il pensiero di compiere un'azione precisa determina variazioni (rispetto a quella di base) dell'attività neurologica cerebrale; ciò consente l'associazione di segnali cerebrali determinati – i quali riflettono l'attività (elettrofisiologica) dei neuroni dell'encefalo in corso – a specifici pensieri di azioni puntuali, rilevabili nei tracciati elettroencefalografici (EEG) e trasmissibili ad un dispositivo esterno³⁶.

In tal modo, si permette al soggetto con gravi disabilità fisiche con una compromessa o inesistente capacità di movimento muscolare, la comunicazione con l'ambiente esterno mediante tecnologie idonee a rilevare e trasmettere il segnale cerebrale captato ad un dispositivo esterno, sfruttando talvolta l'unica via di espressione rimasta a persone che, in ragione di gravi disabilità neuromuscolari, sono prive dei canali di *output* ordinari quali nervi e muscoli periferici³⁷.

sistema sia attivo solo in determinati momenti oppure sempre, in una interazione continua e più naturale con il soggetto. In argomento v., in particolare, J.R. WOLPAW, N. BIRBAUMER, D.J. MCFARLAND, G. PFURTSCHELLER, T.M. VAUGHAN, *Brain-computer interface for communication and control*, in *Clinical neurophysiology*, 113, 6, 2002, 767-91; C. GUGER, N. MRECHACZ-KERSTING, B.Z. ALLISON, *Brain-Computer Interface Research. A State of the Art*, in *Springer Briefs in Electrical and Computer Engineering*, 2019, Summary 7.

³⁴ Sui soggetti deboli dell'ordinamento, cfr., da ultimo, le riflessioni di D. POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, Ann., VII, Milano, 2014, 962 ss. L'A., dopo aver evidenziato la, per così dire, fluidità del concetto di debolezza, individua debolezze nuove ed ulteriori rispetto a quelle tradizionali. Deve ritenersi che la condizione del soggetto fisicamente disabile in grado di comunicare esclusivamente attraverso una *BCI* sia oggi da annoverare tra le nuove situazioni di debolezza meritevoli di tutela nell'ordinamento.

³⁵ Sul punto v., in particolare, F.G. PIZZETTI, *Brain-Computer Interfaces and the Protection of the Fundamental Rights of the Vulnerable Persons*, in A. D'ALOIA M.C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience and Law. Complicated crossings and new perspectives*, Cham, 2020, 291 ss. Sulle problematiche giuridiche sottese ai sistemi di Interfaccia Cervello Computer (*BCIs*) v., da ultimo, C. ERRIGO, *Neuroscienze, tecnologia e diritti: problemi nuovi e ipotesi di tutela*, in *Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2020*, 215 ss., spec. 227 ss.

³⁶ In argomento, precisa e dettagliata la ricostruzione di F.G. PIZZETTI, *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 34.

³⁷ Occorre rilevare che le *BCIs*, a seconda che le (normali) attività di nervi e muscoli periferici siano o meno coinvolte per generare l'attività cerebrale, si distinguono in dipendenti ed indipendenti. Nelle *BCIs* dipendenti, matrici di lettere vengono fatte lampeggiare una alla volta e il soggetto ne seleziona una con lo sguardo (ossia attraverso





Va evidenziato che i progressi registrati in tale settore hanno condotto ad estendere l'ambito di applicazione di tali tecnologie ben oltre il ristretto campo (dell'analisi clinica) per il quale esso è sorto, al punto che oggi esse vengono utilizzate, oltre che per scopi diagnostici e riabilitativi, anche per attività di tipo ricreativo e di intrattenimento – ad es. per controllare il joystick dei videogiochi o per dipingere immagini su uno schermo mediante l'attività cerebrale (il c.d. *Brain Painting*)³⁸ – e per consentire un canale comunicativo alternativo alle persone disabili con abilità motorie parzialmente o del tutto compromesse.

Al riguardo, occorre premettere che, tra le *BCIs*, quelle di tipo comunicativo (le *BCI-spellers*), realizzano sistemi di scrittura anche senza il coinvolgimento di processi motori³⁹. Tali dispositivi sono costituiti da interfacce neurali che realizzano la comunicazione diretta tra un cervello umano ed un *computer* mediante un segnale – conseguente alla variazione dell'attività elettrica o metabolica di determinate aree dell'encefalo – che viene rilevato, elaborato ed utilizzato dal *computer*⁴⁰.

Nelle *BCI-spellers* viene sottoposta all'attenzione del soggetto un'interfaccia grafica-utente (*Graphical User Interface* indicata con l'acronimo *GUI*) – utilizzabile anche in associazione ad *output* audio quali i sistemi per la sintesi vocale – nella quale sono rappresentati (graficamente o tramite video) lettere, simboli, caratteri e numeri e si è in grado di rilevare, captando, mediante misurazione elettroencefalografica, il segnale cerebrale conseguente allo stimolo dell'interfaccia grafica, se l'attenzione si incentra su uno di essi mentre viene presentato, illuminato o fatto lampeggiare ad una certa frequenza e,

i muscoli extraoculari e i nervi cranici che li attivano), mentre nelle *BCIs* indipendenti queste vie periferiche che non sono in alcun modo coinvolte nell'attività cerebrale. Anche in una *BCI* indipendente le lettere vengono fatte lampeggiare una alla volta, ma il soggetto ne seleziona una producendo, quando la lettera si illumina, un potenziale evocato (P300) generato esclusivamente dal pensiero. Vengono così decodificati e rilevati, mediante la registrazione elettroencefalografica, i fenomeni elettrofisiologici del cervello. In argomento cfr., in particolare, AA.Vv., *Combining Movement-Related Cortical Potentials and Event-Related Desynchronization to Study Movement Preparation and Execution*, in *Frontiers in Neurology*, 2018.

³⁸ Sul punto v., per tutti, J.I. MÜNBINGER, S. HALDER, S.C. KLEIH, A. FURDEA, V. RACO, A. HÖSLE, A. KÜBLER, *Brain painting: First evaluation of a new brain-computer interface application with ALS-patients and healthy volunteers*, in *Frontiers in Neuroscience*, November 2010, <https://doi.org/10.3389/fnins.2010.00182>.

³⁹ Per la letteratura in argomento, sebbene non giuridica ma utile per la comprensione del fenomeno, cfr., in particolare, H. CECOTTI, *Spelling with non-invasive brain-computer interfaces - current and future trends*, in *Journal of Physiology, Paris Jan-Jun 2011*, 106-14 e bibliografia *ivi* riportata, in *doi: 10.1016/j.jphysparis.2011.08.003*; F. MASOOD, M. HAYAT, T. MURTAZA, A. IRFAN, *A Review of Brain Computer Interface Spellers*, in *International Conference on Emerging Trends in Smart Technologies (ICETST)*, Karachi, Pakistan, 2020, 1 ss., in *doi: 10.1109/ICETST49965.2020.9080743*; A. REZEIKA, M. BENDA, P. STAWICKI, F. GEMBLER, A. SABOOR, I. VOLOSYAK, *Brain-Computer Interface Spellers, A Review*, in *Brain Sciences*, 4, 2018, 57 ss., in <https://doi.org/10.3390/brain-sci8040057>; D.J. MCFARLAND, J.R. WOLPAW, *Brain-computer interfaces for communication and control*, in *Communications of the ACM*, 2011, 60 ss., in *doi:10.1145/1941487.1941506*; H. CECOTTI, *Spelling with non-invasive Brain-Computer Interfaces-Current and future trends*, in *Journal of Physiology-Paris*, 2011, 106 ss., in *doi: 10.1016/j.jphysparis.2011.08.003*; J. HÖHNE, M. TANGERMANN, *Towards user-friendly spelling with an auditory brain-computer interface: The charstreamer paradigm*, in *PLoS ONE*, 9, 6:e98322, June 2014, *doi:10.1371/journal.pone.0098322*.

⁴⁰ In argomento v. F.G. PIZZETTI, *Recenti sviluppi delle neuroscienze e nuove questioni per il diritto: la manifestazione di volontà mediante "interfaccia cervello-computer" fra promozione e protezione della persona con (gravissima) menomazione*, in *Astrid Rassegna*, 127, 22, 2010, December 22, 3, spec. note 8 e 9; *Id.*, *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, cit., 30 s.





dunque, di identificare il carattere sul quale, selezionandolo (in modo da comporre frasi), il soggetto ha focalizzato la propria attenzione. L'attività cerebrale è così tradotta in comandi da utilizzare per il controllo di un dispositivo esterno anche senza l'utilizzo volontario di muscoli.

In buona sostanza, a differenza delle tastiere normali nelle quali il soggetto seleziona una lettera premendola fisicamente, in alcuni dispositivi di *BCI-spelling* – basati sull'*eyetracking*⁴¹ – il simbolo viene selezionato tramite un cursore posto su una tastiera virtuale con lo sguardo (o altre modalità sensoriali), ovvero sfruttando un movimento muscolare che il soggetto è in grado di compiere, mentre in altri si riesce persino a prescindere da qualsivoglia movimento muscolare volontario e la comunicazione avviene esclusivamente attraverso l'attività neuronale cerebrale.

È di tutta evidenza l'utilità di tali dispositivi medici per le persone affette da patologie neuromuscolari – quali la sclerosi laterale amiotrofica (SLA) – che, pur determinando progressivamente la compromissione di qualsiasi forma di movimento volontario (incluso quello oculare o palpebrale), lasciano integre le funzioni cognitive.

Per di più, va rilevato che una *Brain-Computer Interface* può essere utilizzata in associazione con un dispositivo di Stimolazione Magnetica Transcranica (TMS), il quale stimola i neuroni nel cervello (la corteccia motoria) tramite induzione elettromagnetica, rendendo in tal modo possibile la trasformazione dei segnali elettrici del cervello in *input* per un secondo cervello, mediante la realizzazione di una comunicazione bi-direzionale tra cervello e computer o finanche tra due cervelli. La vicenda è stata oggetto di recente studio con riferimento alla trasmissione di un comando da una persona posta di fronte ad un *videogame* e indossante un dispositivo BCI e ad un'altra, situata in una diversa stanza e indossante un dispositivo TMS. La prima, pensando di premere il bottone per sparare, ha trasferito alla seconda – che non aveva dinanzi a sé lo schermo – il comando di muovere il dito e premere il bottone per sparare, così interpretando l'intenzione del movimento della prima e realizzando una sorta di processo telepatico – mediato dalla tecnologia – da un cervello ad un altro, mediante la combinazione di una *BCI* basata sull'Elettroencefalografia (EEG) e di una TMS⁴².

Tali avveniristiche tecnologie pongono interrogativi pregnanti sulla rilevanza giuridica della volontà manifestata attraverso le *BCI-spellers* e sull'idoneità di tali strumenti tecnologici alla rimozione di una discriminazione fondata su una condizione personale di menomazione meramente fisica.

3. La volontà manifestata attraverso *Brain Computer Interface-spellers* e il «diritto alla comunicazione non verbale»

Le *BCIs* offrono un aiuto prezioso ai fini della promozione delle persone con disabilità, in quanto rendono ad esse possibile, nel caso di disabilità fisica, l'espletamento di funzioni motorie (consentendo il controllo di apparecchiature collegate quali, ad es., sedie a rotelle elettriche o protesi artificiali) e, nel caso di disabilità comportante la parziale compromissione delle facoltà mentali in ragione di aree

⁴¹ In argomento v., per tutti, A. DUCHOWSKI, *Eye Tracking Methodology: Theory and Practice*, 2007, in doi: [10.1007/978-1-84628-609-4](https://doi.org/10.1007/978-1-84628-609-4).

⁴² Sul punto v., in particolare, R. FOLGIERI, *Brain Computer Interface and Transcranial Magnetic Stimulation in legal practice*, in A. D'ALOIA, M.C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience and Law. Complicated crossings and new perspectives*, cit., 280 ss.; C. ERRIGO, *Neuroscienze, tecnologia e diritti: problemi nuovi e ipotesi di tutela*, cit., 227 ss.; R. FAZEL-REZAI, *Recent advances in brain-computer interface systems*, 2011.





cerebrali lesionate o parzialmente inattive a livello sinaptico, alcune funzionalità cerebrali. È tuttavia sul fronte delle funzioni comunicative che le *BCIs* mostrano la loro portata rivoluzionaria, prefigurando la possibilità di restituire capacità (materiale) di espressione alle persone con piena capacità (legale e naturale) ma fisicamente disabili e, pertanto, non in grado di esprimersi con i linguaggi tradizionali, i quali richiedono l'uso, anche minimale, dei muscoli.

L'interfaccia cervello-*computer*, come detto, consente difatti la comunicazione finanche senza la fonazione o il compimento di un atto di tipo motorio⁴³: il soggetto si limita ad immaginare di compiere una determinata azione e, in tal modo, attiva la parte del cervello corrispondente a tale azione⁴⁴; attraverso la rilevazione dell'attività cerebrale compiuta si riesce a comprendere quanto il soggetto ha inteso comunicare. Ad es., qualora si sia con questi convenuta la corrispondenza di un segnale neuronale alla risposta affermativa (o negativa), si può rilevare la risposta fornita ad una specifica domanda oppure, nelle modalità indicate, si possono individuare le lettere o i gruppi di lettere che il soggetto ha selezionato in modo da formare parole e frasi intere.

Le prospettive dischiuse dalle *Brain Computer Interfaces* di tipo comunicativo, com'è evidente, sono di enorme portata per la promozione delle persone con grave disabilità di tipo meramente fisico con una ridottissima motilità muscolare o del tutto impossibilitate ad esprimersi verbalmente o in qualunque altra maniera (attraverso, sia pure impercettibili, movimenti muscolari), ma che tuttavia abbiano integre le capacità intellettive e cognitive. Esso possono ricorrere a tali tecnologie a fini comunicativi e così manifestare una volontà giuridicamente rilevante attraverso un, sia pur minimale (si pensi al battito delle ciglia o al muscolo della guancia, utilizzato dall'astrofisico Hawking), atto motorio o anche unicamente con una mera attività neuronale (attraverso il segnale biometrico cerebrale modulato in maniera consapevole e volontaria).

Va evidenziato che, oltre che per consentire l'interazione con l'ambiente esterno alle persone con disabilità meramente fisica, le tecniche di *imaging* cerebrale in associazione ad una *BCI* sono impiegate per finalità diagnostiche o, comunque, al fine di verificare l'eventuale compromissione di aree encefaliche e rilevare l'esistenza o meno, nel soggetto, delle capacità intellettive e volitive. Per tale ragione, occorre distinguere l'ipotesi in cui tali tecnologie siano adoperate a fini diagnostici da quella in cui esse siano utilizzate a fini comunicativi. Nel secondo caso, si rende possibile al soggetto il recupero della capacità (materiale) di espressione, consentendogli la manifestazione in via autonoma della propria volontà (liberamente e consapevolmente formata) e, di conseguenza, l'esercizio diretto – ossia senza che sia necessario azionare uno degli istituti di protezione previsti per i soggetti in tutto o in parte privi di autonomia – delle situazioni giuridiche di cui è titolare.

⁴³ Così F.G. PIZZETTI, *Recenti sviluppi delle neuroscienze e nuove questioni per il diritto: la manifestazione di volontà mediante "interfaccia cervello-computer" fra promozione e protezione della persona con (gravissima) menomazione*, cit., 6 ss.; ID., *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, cit., 33 e, *ivi*, ampia bibliografia.

⁴⁴ Si rileva che con tali tecnologie il soggetto «sulla base delle indicazioni ricevute e di un apposito allenamento, si limita a *pensare* a determinati movimenti, l'«attivazione» del cervello corrispondente a questa «*performance mentale*» viene rilevata mediante visualizzazione cerebrale funzionale o registrazione elettroencefalica» (F.G. PIZZETTI, *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, cit.).





L'ipotesi suscita interrogativi in merito alla rilevanza giuridica attribuibile alla volontà così manifestata, soprattutto in riferimento all'ipotesi in cui la volontà sia manifestata attraverso un'attività di tipo comunicativo puramente neuronale – ossia mediante atti «di tipo esclusivamente mentale»⁴⁵ – basata sulla «pura e semplice modulazione neurale volontaria, non automaticamente riflessa»⁴⁶, non accompagnata da alcun movimento esteriore.

Ai quesiti sorti inizia a dare risposta la giurisprudenza⁴⁷, allo stato esclusivamente con riferimento alle *BCIs* basate sul movimento muscolare oculare. In una significativa decisione, ad esempio, con riferimento ad una persona perfettamente vigile e cosciente, con disabilità di tipo meramente fisico (SLA), in grado di muovere solamente i muscoli oculari e, pertanto, di comunicare esclusivamente attraverso un comunicatore oculare, è stato considerato valido il testamento olografo di quest'ultimo, redatto e sottoscritto dall'amministratore di sostegno in nome e per conto del testatore-beneficiario⁴⁸. Nello specifico, il soggetto aveva manifestato all'amministratore di sostegno, tramite una *BCI* costituita da un puntatore oculare e un sintetizzatore vocale, la propria volontà testamentaria e l'amministratore di sostegno l'aveva raccolta, messa per iscritto e sottoscritta in nome e per conto del beneficiario. Il testamento olografo così confezionato è stato considerato valido in base al rilievo che, secondo i giudici, gli artt. 2 e 3 Cost. non consentono di distinguere l'accesso ai diritti costituzionali «in base alla capacità o meno di poter scrivere o muoversi, soprattutto se il disponente sia pienamente capace di intendere e volere»⁴⁹ ed è pertanto necessario consentire all'amministratore di sostegno, in sostituzione del beneficiario con disabilità meramente fisiche, l'esercizio dei diritti (e degli atti personalissimi) di quest'ultimo, in modo da non decretarne, di fatto e in concreto, la perdita – e, nello specifico, della facoltà di testare – a causa della mancanza della possibilità (materiale) del loro esercizio⁵⁰.

⁴⁵ Così li definisce F.G. PIZZETTI, *Recenti sviluppi delle neuroscienze e nuove questioni per il diritto: la manifestazione di volontà mediante "interfaccia cervello-computer" fra promozione e protezione della persona con (gravissima) menomazione*, cit., 23; ID. *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, cit., 42.

⁴⁶ F.G. PIZZETTI, *Recenti sviluppi delle neuroscienze e nuove questioni per il diritto: la manifestazione di volontà mediante "interfaccia cervello-computer" fra promozione e protezione della persona con (gravissima) menomazione*, cit., 22.

⁴⁷ Sul punto, sia consentito rinviare a L. TAFARO, *Il diritto alla «comunicazione non verbale» mediante Brain-Computer Interface-Spelling: gli atti neurali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, 307-324.

⁴⁸ Trib. Varese, decr. 12 marzo 2012, in *Giur. merito*, 2012, 2282 ss.

⁴⁹ Trib. Varese, decr. 12 marzo 2012, cit.

⁵⁰ Va evidenziato che, in riferimento alla capacità di donare del beneficiario della misura di protezione dell'amministrazione di sostegno, la Corte Costituzionale ha affermato che «deve escludersi che la persona beneficiaria di amministrazione di sostegno possa essere privata della capacità di donare fuori dai casi espressamente stabiliti dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 411, quarto comma, primo periodo, cod. civ. restando tale capacità integra in mancanza di diversa espressa indicazione» (Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114, in *De Jure on line*). In tal modo la Corte Costituzionale ha stabilito che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno conserva la capacità di donare – direttamente, con l'assistenza o tramite l'amministratore di sostegno – salvo che il giudice tutelare lo privi di essa ai sensi dell'art. 411, comma 4, cod. civ. La Corte Costituzionale ha peraltro evidenziato che tale ricostruzione «oltre che conforme al diritto vivente» è «aderente ai principi dell'istituto dell'amministrazione di sostegno», connotato, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, da un consapevole e ponderato «bilanciamento tra esigenze protettive» e «rispetto dell'autonomia individuale» (Corte Cass., sezione prima civile, ordinanza 28 febbraio 2018, n. 4709, in *De Jure on line*). Alla medesima conclusione è giunta la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale il giudice tutelare può escludere la capacità di donare solamente «in presenza di situazioni di eccezionale gravità, tali da indurre a ritenere che il processo di formazione e manifestazione della





La decisione, invero, si innesta nel tentativo, operato dalla prassi, di attualizzare il concetto di «comunicazione non verbale» con riferimento alle innovazioni tecnologiche nel campo della comunicazione; le quali oggi offrono alle persone malate di SLA – nell'impossibilità di comunicare con i canali ordinari, ma con capacità intellettive e volitive integre – un sistema di comunicazione alternativo rappresentato dal comunicatore a puntamento oculare, in grado di sfruttare l'unico movimento (quello oculare) possibile per il soggetto, così consentendogli di esprimersi autonomamente e di partecipare direttamente alla contrattazione giuridica⁵¹.

L'attribuzione, alla persona malata di SLA, del diritto «alla comunicazione non verbale» esercitabile mediante l'utilizzo di un comunicatore a puntamento oculare consente di evitare la perdita della capacità di testare a causa della mera malattia fisica e di dar luogo ad una irragionevole discriminazione fondata sulla mera disabilità fisica⁵².

La volontà manifestata al notaio direttamente, seppure attraverso il puntatore oculare ed il sintetizzatore vocale, dalla persona affetta da SLA è pertanto considerata valida da una parte della giurisprudenza di merito. In tal senso, anche il notariato milanese si è espresso in favore della rilevanza giuridica della volontà manifestata dalle persone affette da SLA o con patologie dai sintomi simili mediante il puntatore oculare ed il sintetizzatore vocale, accedendo ad un'interpretazione evolutiva degli artt. 56 e 57 della legge 16 febbraio 1913, n. 89. Questi ultimi prevedono la necessaria partecipazione agli atti pubblici notarili dell'interprete per tradurre e decodificare il linguaggio (di segni e gesti) adoperato da muti e sordomuti e, secondo il Consiglio Notarile di Milano, non sono applicabili per analogia alle persone con disabilità fisiche; le quali, pur non potendo comunicare con la parola e nemmeno con segni e gesti, sono tuttavia in grado di farlo attraverso un puntatore oculare e un sintetizzatore vocale, in tal modo manifestando direttamente la propria volontà⁵³.

L'interpretazione e la configurazione nel senso indicato del diritto alla «comunicazione non verbale» sono accolte da una successiva giurisprudenza di merito, secondo la quale non è necessario ricorrere alla nomina dell'interprete per il malato di SLA che sia in grado di comunicare attraverso il puntatore oculare, sulla base della considerazione che «non vi è alcun problema a comprendere il valore del significante e svelare il significato»⁵⁴ della volontà manifestata attraverso la «comunicazione non verbale» realizzata mediante *BCI*.

Nello specifico, con riferimento alla stipula di un contratto di mutuo per l'acquisto di un immobile da parte di due coniugi, dei quali uno affetto da SLA ed in grado di comunicare esclusivamente con un dispositivo di comunicazione costituito da un puntatore oculare e da un sintetizzatore vocale, il

volontà possa andare incontro a turbamenti per l'incidenza di fattori endogeni o di agenti esterni» (Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 21 maggio 2018, n. 12460, in *De Jure on line*).

⁵¹ Per tali aspetti v. L. TAFARO, *Il diritto alla «comunicazione non verbale» mediante Brain-Computer Interface-Spelling : gli atti neurali*, cit., 315 ss.

⁵² Così Trib. Milano, decr. 26 febbraio 2015, n.11965, <https://aisla.it/wp-content/uploads/2018/05/Giudice-Tutelare-Milano-SLA.pdf>.

⁵³ Nel 2015, in occasione del 50° Congresso Nazionale del Notariato (*"Il valore economico della sicurezza giuridica: quale diritto per lo sviluppo?"*), il Consiglio Notarile di Milano e l' AISLA hanno presentato la proposta di garantire alle persone affette da SLA o con patologie simili di esercitare il diritto di comunicare attraverso la tecnologia dell'*eye-tracking*.

⁵⁴ Trib. Venezia, sez. II, decr. 11 aprile 2017, n. 3150, <https://www.personaedanno.it/dA/64f3ed18bd/alle-gato/decreto%20Tribunale%20di%20Venezia.pdf>.





giudicante ha riconosciuto piena validità al consenso così espresso da quest'ultimo, ribadendo che gli artt. 56 e 57 della legge n. 89/1913 non sono applicabili per analogia, difettandone l'identità di *ratio*: il soggetto affetto da sclerosi laterale amiotrofica, invero, è perfettamente in grado di manifestare la propria volontà, sia pure tramite il sintetizzatore vocale, direttamente e autonomamente e non occorre nominare un interprete per la comprensione e la traduzione della sua volontà⁵⁵.

Tutto questo porta a considerare il dispositivo di comunicazione basato sulla *BCI-spelling* uno strumento tecnico idoneo a consentire la partecipazione diretta alla stipula degli atti notarili delle persone affette da SLA non in grado di comunicare verbalmente, pervenendo, di conseguenza, a rimuovere una discriminazione irragionevole, fondata su una condizione personale di menomazione meramente fisica.

4. Dagli atti «muti» ai *Brain's Acts*

Gli atti, per così dire, neurali posti in essere attraverso l'interfaccia cervello-*computer* sono stati efficacemente definiti «atti immoti»⁵⁶. La proposta qualificatoria trae spunto dalla esaminata teoria del diritto e degli atti «muti» e distingue gli atti «immoti» dagli atti «muti» in base alla circostanza che i primi sono privi anche della gestualità, oltre che del linguaggio⁵⁷.

La contrapposizione non convince. Gli atti realizzati mediante una *BCI* presentano peculiarità loro proprie e solamente *cum grano salis* possono essere accostati, per essere ad essi contrapposti, agli atti «muti». È necessario cogliere l'assoluta originalità degli atti «neurali». Non si tratta solamente di atti giuridici caratterizzati dall'assenza, oltre che della dichiarazione di volontà, anche del movimento; per essi si è in presenza di un modo di manifestare la volontà – consentito dall'evoluzione tecnologica – assolutamente nuovo e non equiparabile alle modalità di espressione della volontà note e tradizionali.

Negli atti «neurali» il volere del soggetto non si esterna né verbalmente, né attraverso comportamenti esteriormente percepibili quali manifestazioni di volontà, bensì attraverso il segnale neuronale captato dalla *BCI* e, per così dire, tradotto dal sintetizzatore vocale. Per tali atti si attribuisce rilevanza all'unico canale di comunicazione (con l'ambiente esterno) rimasto possibile alla persona (dalle facoltà intellettive e volitive integre) con disabilità meramente fisiche per le quali non vi è – né vi può essere – un'altra, tangibile e percepibile con i sensi, modalità di manifestazione della volontà sulla quale fare affidamento. A poter essere realizzato, percepito e decifrato all'esterno è esclusivamente il segnale della corteccia cerebrale, unica e ultima via di comunicazione rimasta al soggetto versante in tale terribile condizione esistenziale.

⁵⁵ Trib. Venezia, sez. II, decr. 11 aprile 2017, cit.

⁵⁶ F.G. PIZZETTI, *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, cit., 2011, 42.

⁵⁷ Così F.G. PIZZETTI, *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, cit., 43, nota 30. L'A. rileva che «la modulazione del pensiero, che costituisce lo strumento per la manifestazione di volontà resa possibile dalle «BCI», è [...] tale da non implicare [...] il compimento di alcun movimento. Ne consegue la difficoltà di qualificare gli atti in questione *soltanto* come «muti» e il conseguente bisogno di indicarli *anche* come «immoti» proprio al fine di meglio mettere in risalto tale loro peculiare caratteristica».



Ammettere la rilevanza giuridica della volontà così manifestata consente di promuovere le residuali capacità materiali di espressione di tale persona con disabilità e, di conseguenza, la sua autodeterminazione. Per essa, in considerazione della impossibilità di manifestare verbalmente la propria volontà, gli atti «neuronal» conducono alla trasformazione, attraverso le tecnologie *BCI*, del linguaggio, per così dire, neuronale in linguaggio verbale.

Va evidenziato che gli atti «neuronal» presuppongono la coscienza e la volontà, a differenza degli atti «muti» delle società arcaiche⁵⁸ – da taluni considerati il risultato immediato dell'attività «neuronal»⁵⁹, frutto dell'istinto e dell'intuito⁶⁰ – ed il loro *quid novi* è costituito dalla modalità (inedita nell'esperienza giuridica) della manifestazione della volontà attraverso il linguaggio «neuronal» captato e tradotto in linguaggio verbale grazie allo strumento tecnologico della *BCI*.

Per ironia della sorte le neuroscienze, le quali conducono ad una visione olistica della persona (considerata in maniera unitaria e senza contrapposizioni tra la sfera cognitiva-razionale e quella emotiva) ed al superamento in via definitiva del dualismo cartesiano mente/corpo⁶¹, riassegnano centralità alla *res cogitans* e, per la persona con disabilità meramente fisiche in grado di comunicare con l'ambiente esterno solo attraverso una *BCI*, determinano una sorta di ritorno al *cogito ergo sum* anche esso di cartesiana memoria.

In assenza degli atti «neuronal» realizzati attraverso una *BCI*, la volontà e il pensiero stesso della persona con gravi disabilità fisiche rimarrebbero nella sua mente, non potendosi tradurre in comportamenti esteriormente percepibili.

Invero, tutti gli atti giuridici costituiscono il «frutto del pensiero»⁶² che si è tradotto «nella “manifestazione di volontà”»⁶³, sulla base di quello specifico elemento «che presiede alla sua formazione, al suo sviluppo e al suo cristallizzarsi nella forma dell'azione» rappresentato dalla ragione⁶⁴. È quest'ultima, in definitiva, a determinarne la giuridicità⁶⁵.

La specificità degli atti «neuronal» consiste nel fatto che essi sono il frutto del pensiero che, però, non si è tradotto in una manifestazione di volontà attraverso l'azione. In essi la ragione ne determina la giuridicità *ex se*, senza passare dal linguaggio verbale o estrinsecarsi in un comportamento. Sono il

⁵⁸ Tali atti sarebbero realizzati dagli appartenenti alla comunità in modo inconscio e intuitivo; in essi la comunicazione era realizzata «solo sulla base del *sistema limbico*, scaricando le proprie emozioni con grida inarticolate, gemiti, singhiozzi, risate [...]»: R. SACCO, *Il diritto muto, Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, cit., 56.

⁵⁹ A. GUSMAI, *Le neuroscienze come strumento di “emersione” del diritto muto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 20.

⁶⁰ R. SACCO, *Parola e diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VIII, Torino, 2013, 467 ss. L'A. osserva che gli antenati, un bambino di tre anni e un analfabeta parlavano e parlano senza errori, essi «mettono al posto giusto i suffissi [...], graduano la sonorità e l'aspirazione delle consonanti, realizzano quel dato grado di apertura e di nasalità delle vocali, [...] chiamano persone e cose con il termine dovuto», alla stessa maniera delle persone colte e dotte le quali non formulano mentalmente le regole linguistiche che utilizzano ogni volta che parlano.

⁶¹ Al riguardo si rileva, opportunamente, che «la razionalità in quanto tale è emotiva, il pensiero logico dell'uomo che pensa, vuole e sceglie è incarnato» (C. CAPPELLETTO, *Neuroestetica. L'arte del cervello*, Roma-Bari, 2009, 5). Sul punto v. A.R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, 1995, 10; ID., *Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello*, Milano, 2003, *passim*.

⁶² G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nel sistema delle fonti*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 2010, 106.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ In questo senso G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nel sistema delle fonti*, cit.



risultato, per così dire, diretto della ragione. La peculiarità della comunicazione attraverso *BCI* risiede difatti nella circostanza che, per natura, gli atti «neuronali» sono non verbali e non-gestuali, ossia privi di parola e di qualsivoglia movimento, a differenza degli atti «muti»; i quali, pur non essendo espressi attraverso il linguaggio verbale, si estrinsecano pur sempre nel compimento di gesti esteriormente percepibili.

Essi sono inoltre privi di parola e di movimento per necessità, a differenza degli atti «muti», per i quali è proposta la classificazione, a seconda che siano o meno sostituibili da atti verbali per la produzione dei relativi effetti, in atti essenzialmente oppure accidentalmente muti⁶⁶.

Occorre evidenziare, da un lato, che gli atti «neuronali», pur non utilizzando né il linguaggio verbale né il linguaggio gestuale, si inscrivono comunque all'interno di un codice comunicativo prestabilito⁶⁷, in quanto anche per essi si addivene all'adozione di un linguaggio convenzionale al fine di instaurare (e di correttamente interpretare) una modalità comunicativa attraverso la *BCI* e, dall'altro, in prospettiva più generale, che tutte le tecnologie comunicative più moderne mostrano un rapporto di proporzionalità inversa tra il linguaggio verbale e gli altri linguaggi comunicativi, al punto che, come si osserva, «più si assottiglia la “parola”, come luogo di concretizzazione del pensiero, più si accresce la forza suggestiva dei linguaggi»⁶⁸. Esse finiscono spesso con l'operare esclusivamente attraverso il linguaggio non verbale e con il dare vita a «linguaggi sempre più suggestivamente efficaci, che annientano la “parola” come consustanziale al pensare ed al “pensiero”»⁶⁹.

La circostanza, tuttavia, non comporta, come pure è stato affermato, che «al diritto dell'uomo dell'informatica soggiace il diritto dell'uomo delle origini»⁷⁰, né la considerazione delle neuroscienze quali terreno d'elezione per l'emersione del diritto muto⁷¹; le applicazioni tecnologiche neuroscientifiche, semmai, conducono all'emersione, nel senso in questa sede proposto, del diritto «neuronale».

5. *Brain's Acts* a contenuto non patrimoniale: il caso paradigmatico delle scelte relative ai trattamenti sanitari

Dalla ammessa rilevanza giuridica della volontà manifestata dalla persona con disabilità fisiche attraverso una *BCI* consegue che quest'ultima – attraverso tale modalità comunicativa – possa esercitare direttamente, ossia senza il rappresentante legale, l'autonomia privata, con riferimento agli atti a contenuto sia patrimoniale, sia non patrimoniale.

Tra questi ultimi, rivestono valenza paradigmatica le scelte relative ai trattamenti sanitari. Esse rientrano in quella peculiare categoria di atti personalissimi⁷² per i quali si è da tempo evidenziato che

⁶⁶ Così P. DI LUCIA, *Il linguaggio dell'atto muto*, cit., 119 ss.

⁶⁷ In argomento cfr. G. LORINI, *Semiotica dell'atto muto*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, cit., 129 ss.

⁶⁸ B. MONTANARI, *La figura del giurista al tempo del “post-pensiero”*, in *Europa e diritto privato*, 2020, 423 ss.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., 195.

⁷¹ *Ivi*, 16; A. GUSMAI, *Le neuroscienze come strumento di “emersione” del diritto muto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 7 ss.; F.G. PIZZETTI, *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, cit., 2011, 42 s., nota 30.

⁷² Sugli atti personalissimi e sulle situazioni giuridiche esistenziali, v. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., 139 e, successivamente, in particolare, F. RUSCELLO, *Potestà genitoriale e capacità dei figli*



l'attribuzione della mera titolarità risulterebbe svuotata di senso e significato qualora non fosse accompagnata dalla contestuale effettiva possibilità di esercizio diretto⁷³.

Il diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica (ai sensi degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.)⁷⁴ deve pertanto essere esercitato direttamente – attraverso il dispositivo di comunicazione basato su una BCI – dalla persona con disabilità fisica la quale, con tale strumento, è in grado di comunicare le proprie scelte e determinazioni in ordine ai trattamenti sanitari che la riguardano, manifestando direttamente la volontà, ad esempio, di accedere alle cure palliative o alla terapia del dolore (disciplinate dalla l. n. 38/2010) o di richiedere, in associazione alla terapia del dolore, la sedazione palliativa profonda continua (art. 2, comma 2, l. n. 219/2017), così come potrebbe esprimere con tale strumento il

minori: dalla soggezione all'autonomia, in *Vita not.*, I, 2000, 58 s. L'A. precisa che le situazioni esistenziali sono «riferibili a situazioni di particolare rilevanza e prioritariamente tutelate dall'ordinamento perché espressione di valori reputati preminenti nella scala gerarchica dallo stesso ordinamento predisposta» (F. RUSCELLO, *op. cit.*, 62). Da ultimo, rileva che le situazioni «esistenziali» costituiscono una *species* del *genus* degli atti personalissimi e che, per esse, la rigida dicotomia capacità/incapacità si rivela ancora più inadeguata, I. PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Napoli, 2018, 111. In diversa prospettiva, sugli atti «personalissimi», cfr. E. BETTI FERRAMOSCHE, *La nuova disciplina della capacità di agire. Il problema degli "atti personalissimi"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 121 ss., la quale considera la onnicomprensiva categoria degli atti personalissimi costituita dagli atti di autodeterminazione di natura esistenziale attinenti alla gestione di rapporti di diritto familiare o di tipo strettamente personale, espressivi delle libertà individuali più intime ed insopprimibili della persona, manifestazioni della sua personalità, finalizzate ad assicurarne lo sviluppo e garantirne la libertà di autodeterminazione.

⁷³ Nel senso che, per le situazioni esistenziali, disgiungere la titolarità dall'esercizio significa negare di fatto la loro attribuzione P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, 139, 249 s.

⁷⁴ Per una riflessione a tutto tondo sul concetto di autodeterminazione terapeutica v., da ultimo e per tutti, L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, *passim*. L'A. ha sviluppato idee presenti, *in nuce*, in *Id.*, *Il diritto all'autodeterminazione del malato terminale: tecniche di interpretazione di un valore costituzionale*, in *Aa.Vv.*, *Testamento biologico e libertà di coscienza*, Accademia Nazionale dei Lincei (a cura di), Roma, 2013, 137 e ss. Sull'autodeterminazione in ambito medico quale «espressione particolare di un generale potere di disposizione del proprio corpo che, originariamente affermato dall'art. 5 del codice civile con importanti limitazioni, si è poi via via liberato di tutte quelle imposizioni sociali che non resistevano all'applicazione in ambito giuridico del principio consequenzialista di John Stuart Mill, secondo il quale una limitazione della libertà individuale è giustificata solo se l'esercizio di quella libertà arreca danno a terzi»: A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2016, 113. Nel senso di conciliare la prospettiva «individualistica-libertaria» dell'autodeterminazione con quella «eterocentrico-altruistica» che si esprime nel principio di solidarietà, entrambe a fondamento del costituzionalismo contemporaneo, A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Pol. dir.*, 2014, 403 ss. Si noti che si continua a dubitare della copertura costituzionale del diritto all'autodeterminazione; in questo senso, sebbene con prospettive diverse, v. S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*; L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO, *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Milano, 2012, 11 ss.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 27 ss. Per il collegamento del diritto all'autodeterminazione con il valore normativo della dignità umana v., in particolare, da ultimo, F. D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1071 ss.; M. MELI, *Dignità della persona e diritto all'autodeterminazione: l'incidenza del diritto sovranazionale sul diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 10 ss.; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014, 106 ss. Con più generale riferimento alla dignità quale fondamento dei diritti costituzionali, cfr. V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Dirittifondamentali.it*, 2013, 8 ss.

consenso o il rifiuto all'inizio o alla prosecuzione di trattamenti sanitari, anche qualora si tratti di trattamenti salvavita quali l'alimentazione, l'idratazione o la respirazione artificiale (art. 1, comma 5, l. n. 219/2017).

Per i trattamenti sanitari, invero, la possibilità, per la persona con disabilità, di manifestare la volontà in ordine ad essi attraverso le nuove tecnologie di tipo comunicativo è stata riconosciuta dal legislatore all'art. 1, comma 4, l. n. 219/2017, il quale sembra fare riferimento ai dispositivi di comunicazione basati sull'interfaccia cervello-*computer* laddove prescrive che il consenso informato – senza il quale «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito» (art. 1, comma 1, l. n. 219/2017) – acquisito «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente», per la persona con disabilità, è documentato «attraverso dispositivi che le consentano di comunicare»⁷⁵.

Questa interpretazione del dettato normativo è seguita da una parte della giurisprudenza. Appare al riguardo indicativa una pronuncia della giurisprudenza di merito relativa ad un soggetto legalmente capace, dotato di integre capacità di intendere e di volere, ma con grave disabilità fisica (affetto da SLA all'ultimo stadio che lo aveva privato di tutti movimenti muscolari, ad eccezione della motilità oculare) ed in grado di comunicare esclusivamente attraverso una *BCI* basata su un puntatore oculare ed un sintetizzatore vocale. I giudici hanno respinto la sua richiesta di nomina del coniuge quale amministratore di sostegno al fine di provvedere, oltre che alla gestione degli affari patrimoniali, anche – tra le attività (ordinarie e straordinarie) relative alla cura della persona – alla trasmissione all'esterno della volontà di rifiutare il respiratore artificiale manifestata dal malato attraverso il comunicatore oculare e il sintetizzatore vocale⁷⁶. La decisione è basata sulla considerazione che il soggetto, pur deficitario della capacità «materiale» di espressione (in ragione della patologia), in astratto è pienamente titolare, senza alcun affievolimento, della libertà di autodeterminarsi anche con riferimento alle personalissime scelte di natura sanitaria e, pertanto, la nomina dell'amministratore di sostegno (con la conseguente preclusione dell'esercizio diretto del diritto all'autodeterminazione, costituzionalmente garantito dagli artt. 2, 13 e 32 cost.) lo priverebbe, in concreto, di tale diritto⁷⁷.

Va evidenziato che la persona con disabilità in questione aveva da tempo pubblicamente reso note – tramite puntatore oculare e sintetizzatore vocale – le proprie convinzioni rispetto al fine-vita e la volontà di rifiutare il ventilatore automatico; la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno era finalizzata, per così dire, ad assicurarsi in ogni caso – da chiunque fosse stata espressa (direttamente o tramite amministratore di sostegno) – il rispetto della volontà di rifiutare il respiratore artificiale.

I giudici ritengono che, al soggetto dotato di integre capacità intellettive e volitive ed in grado di manifestare la propria volontà direttamente – tramite puntatore oculare e sintetizzatore vocale – non

⁷⁵ Tra tali dispositivi deve ritenersi che rientrino i sistemi di comunicazione basati su una *BCI*. In questo senso, tra i pochi che si sono occupati della questione, R. MASONI, *Rifiuto di trattamento medico e scelte di fine vita nella l. n. 219/17: l'ultima tappa di un lungo percorso*, in *Dir. fam. e persone*, 2018, 1144, nota 29, secondo il quale il legislatore, con il riferimento ai dispositivi che consentono alla persona di comunicare, «ha fatto tesoro della prassi che permette ai malati terminali, impediti ad esprimersi naturalmente, di comunicare tramite i più diversificati dispositivi elettronici, quali il sintetizzatore vocale, ovvero, il puntatore oculare, etc.».

⁷⁶ Trib. Sassari, decr. 14 luglio 2007, in *Giur. merito*, 5, 2008, 1260 e in *Foro it.*, I, 2007, 3025. In dottrina, sull'uso del sintetizzatore vocale quale strumento per la manifestazione della volontà con riferimento a diritti personalissimi, v. F. MAZZA GALANTI, *Il sintetizzatore vocale e la manifestazione di volontà del malato*, in *Giur. mer.*, 2008, 1264 ss.

⁷⁷ Trib. Sassari, decr. 14 luglio 2007, cit.





debba essere nominato un amministratore di sostegno per esprimere una volontà che il beneficiario ha mostrato «di sapere e di volere esprimere in prima persona»⁷⁸.

Secondo la decisione segnalata, la volontà di staccare il ventilatore automatico manifestata tramite il sintetizzatore vocale è giuridicamente rilevante e validamente espressa; ne consegue che il dispositivo di comunicazione basato su una *BCI* può essere ritenuto una «misura efficace e idonea a tutelare l'inviolabile dignità della persona interessata e a garantire il godimento, non meramente astratto, dei diritti soggettivi che la stessa Repubblica riconosce al soggetto»⁷⁹.

Deve tuttavia segnalarsi che, a distanza di circa dieci anni, in un caso analogo relativo ad una persona affetta da SLA, priva quasi del tutto (ad eccezione del movimento oculare) dei movimenti muscolari e in grado di interagire con l'esterno esclusivamente attraverso un dispositivo di comunicazione assistita basato sul puntamento oculare, i giudici hanno nominato un amministratore di sostegno per esprimere al posto del beneficiario – ancorché quest'ultimo fosse in grado, seppure con il dispositivo medico, di esprimere direttamente le proprie determinazioni – la volontà di staccare il respiratore artificiale⁸⁰.

Nonostante le oscillazioni della giurisprudenza, deve ritenersi, in base ad un'interpretazione sistematica ed assiologica⁸¹ oltre che letterale, che il puntatore oculare e il sintetizzatore vocale costituiscano dispositivi di comunicazione – legislativamente riconosciuti alla persona con disabilità per esprimere il consenso informato ai trattamenti sanitari dall'art. 1, comma 4, l. n. 219/2017 – idonei a consentire alla persona con disabilità fisica di manifestare direttamente la propria volontà e le proprie scelte in ordine ai trattamenti sanitari, senza ricorrere alla rappresentanza esclusiva o all'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno⁸². La *BCI*, pertanto, rappresenta uno strumento tecnico atto a rendere

⁷⁸ Trib. Sassari, decr. 14 luglio 2007, cit. Secondo i giudici, avendo il consulente tecnico verificato la corretta funzionalità dell'apparecchiatura e la riconducibilità al soggetto della volontà espressa mediante il dispositivo, se essa è espressa alla presenza di due persone maggiori di età che ne attestino la provenienza, al suono prodotto dal sintetizzatore vocale va attribuito il valore di valida manifestazione di volontà.

⁷⁹ F.G. PIZZETTI, *op. loc. ult. cit*

⁸⁰ Trib. Cagliari, decr. 16 luglio 2016, in *Foro it.*, I, 2016, 3982 ss. Per completezza, occorre evidenziare che, nel caso di specie, la richiesta di staccare il respiratore in caso di sopravvenuta incapacità era stata avanzata dapprima personalmente – a mezzo di puntatore oculare e sintetizzatore vocale – dalla persona disabile, la quale aveva più volte rinnovato tale volontà e, successivamente, dall'amministratore di sostegno.

⁸¹ Per un approccio metodologico sistematico-assiologico, v. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 990 ss., ora in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 275 ss.; *Id.*, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *AA.Vv.*, *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, P. FEMIA (a cura di), Napoli 2006, 1 ss.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 433 ss., 580 ss.; *Id.*, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 497 ss.; *Id.*, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 164 ss., ora in *Id.*, *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, 73-110.

⁸² Deve segnalarsi che, con riferimento all'autodeterminazione terapeutica del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5, della l. n. 219/2017, proposte, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, rilevando che «la dichiarazione di rifiuto delle cure è costituita di due momenti essenziali: quello concernente la formazione dell'intimo convincimento, intrasferibile in capo a terzi, e quello rappresentato dalla manifestazione di volontà, cedibile invece ad altri». Ne consegue che l'amministratore di sostegno non deve decidere né «al posto dell'incapace, né per l'incapace», può solamente manifestare per il beneficiario il consenso o il rifiuto ai trattamenti





possibile alla persona con disabilità meramente fisica di manifestare autonomamente e direttamente la volontà in ordine ai trattamenti sanitari e, per tale via, consente di rimuovere un ostacolo che si frappone al pieno sviluppo ed all'eguaglianza della persona con disabilità fisica rispetto a quanti possono invece esprimersi con le parole o con i gesti⁸³.

L'esercizio diretto (tramite dispositivo basato su una *BCI*) del diritto all'autodeterminazione terapeutica consente di evitare sia la sostituzione – per un atto personalissimo (che, in quanto tale, non ammette rappresentanza) – della volontà dell'amministratore di sostegno a quella del beneficiario pienamente capace (legalmente e naturalisticamente), ma privo della mera capacità materiale di espressione, sia l'assistenza dell'amministratore di sostegno al fine di manifestare la volontà in ordine ad un trattamento sanitario del beneficiario con disabilità meramente fisica, però in grado di comunicare direttamente, sia pure attraverso un dispositivo basato su una *BCI*, le sue scelte

La persona con disabilità in grado di comunicare attraverso una *BCI*, in astratto titolare del diritto all'autodeterminazione terapeutica, sarebbe in concreto spogliata di tale diritto qualora la si privasse dell'esercizio diretto di esso.

Va infine segnalato che, con specifico riferimento alla pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico – relativamente «all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta» (ai sensi dell'art. 5 l. n. 219/2017) – e al consenso o al rifiuto di accertamenti diagnostici o di scelte terapeutiche o di singoli trattamenti sanitari «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi» (ai sensi dell'art. 4, comma 1, l. n. 219/2017), il legislatore ha riconosciuto la possibilità di manifestare la volontà mediante *BCI-spelling* «nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non [...] consentano» di utilizzare i linguaggi e i canali di comunicazione, per così dire, ordinari. Difatti, gli artt., 5, comma 4, l. n. 219/2017 (per la pianificazione condivisa delle cure) e 4, comma 6, l. n. 219/2017 (per le DAT) fanno riferimento ai «dispositivi che consentano alla persona disabile di comunicare», tra i quali devono annoverarsi, come detto, i dispositivi di comunicazione basati su una *BCI*.

Si può pertanto affermare che, a conclusione del richiamato *iter* legislativo e giurisprudenziale, il sistema ordinamentale ammette, qualora le condizioni fisiche non consentano di utilizzare le ordinarie forme di comunicazione, la rilevanza giuridica della volontà manifestata direttamente ed autonomamente, in ordine ai trattamenti sanitari, mediante *Brain's Atcs*.

sanitari qualora a ciò specificamente autorizzato dal giudice tutelare e non in virtù della mera attribuzione della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario. (Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144 in *De Jure on line*). In argomento v., in particolare, A. GORGONI, *L'autodeterminazione nelle scelte di fine vita tra capacità e incapacità, disposizioni anticipate di trattamento e aiuto al suicidio*, in *Persona e mercato*, 2020, 77 ss.; ID., *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 547 ss.; P. SANNA, *L'amministrazione di sostegno, tra successi e criticità ermeneutiche, nella stagione della « positivizzazione » del consenso alle cure e delle dat ex lege n. 219/2017*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 612 ss.; I. PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Napoli, 2018, p. 107 ss.; M. PICCINNI, U. ROMA, *Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 728 ss.; M. BETTI, *Il consenso agli atti sanitari dell'amministratore di sostegno, le decisioni del Giudice Tutelare*, in *Fam. e dir.*, 2013, 777; M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno pro futuro e direttive anticipate di trattamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1023 ss.; C. PARDINI, *Scelte di fine vita e amministrazione di sostegno: problemi aperti*, in *La nuova giur. civ. comm.*, IV, 2017, 513 ss.

⁸³ In questo senso Trib. Sassari, decr. 14 luglio 2007, cit.



6. La manifestazione di volontà con BCI in ordine alla donazione degli organi

Assodato che la persona con disabilità fisica in grado di comunicare esclusivamente con un dispositivo di comunicazione basato su una BCI deve manifestare, tramite un *Brain's Act*, direttamente e personalmente la propria volontà in ordine agli atti personalissimi e non deve essere privata dell'esercizio (diretto) dei relativi diritti, come visto nel caso emblematico delle scelte relative ai trattamenti sanitari, particolare menzione deve essere fatta, tra gli atti personalissimi, a quei particolari atti dispositivi a contenuto non patrimoniale costituiti dalla donazione del sangue⁸⁴ e degli organi⁸⁵.

Nello specifico, riguardo alla donazione degli organi⁸⁶, sulla cui natura giuridica si è incentrato un interessante dibattito⁸⁷, va evidenziato che essa sembra riconducibile alla cd. cultura del dono⁸⁸, ossia ad

⁸⁴ Le attività trasfusionali e produzione di emoderivati sono disciplinate dalla l. n. 219/2005 contenente la disciplina della donazione del sangue, degli emocomponenti e il prelievo di cellule staminali.

⁸⁵ Il trapianto rene è disciplinato dalla l. n. 458/1967, il trapianto fegato dalla l. n. 483/1999, mentre la più recente l. n. 167/2012 disciplina il trapianto di parti di polmone, pancreas e intestino.

⁸⁶ Sulla donazione degli organi v., in particolare, V. RIZZO, *Atti di "disposizione" del corpo e tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 618 ss.; D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, III, Roma, 1998, 1 ss.; M. DOGLIOTTI, *Organo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 181 ss.; P.M. VECCHI, *Trapianti e trasfusioni*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.* Treccani, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; G. GIACOBBE, *Trapianti*, in *Enc.dir.*, XLIV, Milano, 1992, 892 ss.; F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Nss. D.I., App.*, VII, Torino, 1987, 793 ss.; M. PESANTE, *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 653 ss.; F. SANTOSUOSSO, *Trapianti*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino, 1957, 507 ss.

⁸⁷ Sulla natura giuridica di tali atti il dibattito evidenzia, nelle diverse ipotesi ricostruttive, la molteplicità delle concezioni etiche ad esso sottese. Occorre segnalare che, pur nella varietà delle posizioni espresse, si esclude, nonostante la terminologia legislativa adoperata, che l'atto sia assimilabile in senso tecnico al contratto di donazione (disciplinato dagli artt. 769 ss. c.c.) in base al rilievo che la cessione dell'organo è espressione di un regolamento d'interessi di matrice esistenziale, a differenza del contratto di donazione che, invece, ha un contenuto patrimoniale, essendo finalizzato all'arricchimento patrimoniale della sfera giuridica del beneficiario mediante l'attribuzione di un diritto o l'assunzione di un obbligo. Si rileva che «donazione e testamento sono categorie [...] sviluppatesi nell'ambito della tematica relativa alla circolazione dei diritti di contenuto patrimoniale; e mal si adattano alle situazioni giuridiche di carattere tipicamente esistenziale tra le quali certamente vi entra il potere di disposizione del proprio corpo» (G. GIACOBBE, *Trapianti*, cit., 899). Deve pertanto ritenersi che l'utilizzo del termine «donazione» nella l. n. 458 del 1967 sia atecnico e dettato dall'intento di evidenziare la natura gratuita della fattispecie.

⁸⁸ Per qualche riflessione sulla cd. logica del dono, in contrapposizione alla logica di mercato (che ha come protagonista l'*homo oeconomicus*), negli studi filosofici e socio-economici v., in particolare, A. CAILLÉ, *Critica della ragione utilitaria*, Torino, 1991, *passim*; ID., *Il terzo paradigma: antropologia filosofica del dono*, Torino, 1998, *passim*; ID., *Critica dell'uomo economico. Per una teoria anti-utilitaristica dell'azione*, Genova, 2009, *passim*; P. GRASSELLI, C. MONTESI, *Dall'individualismo dell'"homo oeconomicus" alla razionalità relazionale della differenza di genere*, in *Obiettivo Impresa*, 2004, pp. 31-41; F. FISTETTI, *La svolta culturale dell'Occidente. Dall'etica del riconoscimento al paradigma del dono*, Perugia, 2010, *passim*; A. SALSANO, *Il dono nel mondo dell'utile*, Torino, 2008, *passim*; S. ZAMAGNI, *L'economia delle relazioni umane: verso il superamento dell'individualismo assiologico*, in *AA.Vv., Complessità razionale e comportamento economico*, a cura di P.L. SACCO, S. ZAMAGNI, Bologna, 2002, 67 ss.; AA.Vv., *Oltre la società degli individui. Teoria ed etica del dono*, a cura di F. BREZZI, M.T. RUSSO, Torino, 2011, 224; R. MANCINI, *La logica del dono. Meditazioni sulla società che credeva d'essere un mercato*, Padova, 2011, *passim*; J.T. GODBOUT, *Lo spirito del dono*, tr. it. di A. SALSANO, Torino, 2002, II ed., spec. 175 e 239; ID., *Il linguaggio del dono*, Torino 1998, 81 ss.; J.L. MARION, *Dato che. Saggio per una fenomenologia della donazione*, Torino, 2001, *passim*; M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino, 2002, *passim*. Sulla logica del dono e la razionalità giuridica, v.: N. LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1 ss.; G. RESTA, *Gratuità e solidarietà, fondamenti emotivi e «irrazionali»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 25 ss.; A. GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 205 ss., R. SENIGAGLIA, *Per*

un paradigma di relazioni umane alternativo a quello mercantile (fondato sullo scambio)⁸⁹, nel quale l'uomo non agisce sempre spinto esclusivamente da *self interest* ma è mosso anche da altruismo o da altri moti dell'animo non meno determinanti delle sue scelte.

Va al riguardo precisato che, dell'esistenza della cd. logica del dono pure nel diritto, si è acquisita consapevolezza anche grazie agli studi di economia comportamentale⁹⁰; essi mettono in discussione l'idea del soggetto del diritto privato quale razionale *homo oeconomicus* che agisce sempre all'unico fine di massimizzare il proprio profitto⁹¹ e consentono la considerazione giuridica dei comportamenti umani sorretti da moti altruistici e solidaristici⁹².

Tra questi comportamenti umani rientra la donazione degli organi. Essa, variamente considerata – da «atto gratuito non donativo»⁹³ a *species* del *genus* del «dono non patrimoniale»⁹⁴ – è una scelta che appartiene al nucleo identitario più profondo della persona e ne riflette le più intime convinzioni, al pari delle scelte relative ai trattamenti sanitari.

un'ermeneutica del concetto di causa": solidarietà "orizzontale" e contratto, in *Jus civile*, 2016, 507-532. La dottrina ha individuato i cc.dd. atti neutri i quali, per la loro natura, non si prestano ad essere catalogati né fra gli acquisti a titolo oneroso né fra gli acquisti a titolo gratuito, sul punto, cfr. già: R. CASULLI, *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 40.

⁸⁹ Si rileva che il mercato «evoca concetti quali appropriazione, scopo di lucro, spirito egoistico, individualismo possessivo, che si pongono in completa antitesi all'etica del dono che presuppone a contrario una visione "etica" dei rapporti sociali ed individuali improntati sulla donazione, sull'altruismo, sullo spirito di liberalità e solidarietà» (A. Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., 19).

⁹⁰ Per tali studi v., in particolare, A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, G. ROJAS ELGUETA, NOAH VARDI (a cura di), Roma, 2014, in <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/oltre/article/view/75/74>, 12.

⁹¹ Ciò porta alla consapevolezza che «l'*homo oeconomicus* è solo un mito»: A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013, 1105 ss., ora in AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, cit., 75.

⁹² Più in generale, sulla polisemia semantica del termine solidarietà v. N. LIPARI, *"Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 9 ss. e, sul valore della solidarietà nel sistema ordinamentale, cfr. F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente"*, oggi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 413 ss.; G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1994, 371 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2016.

⁹³ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 322; V. RIZZO, *Atti di "disposizione" del corpo e tecniche legislative*, cit., 638; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 131 ss.

⁹⁴ G. RESTA, *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 514 il quale evidenzia «la sussistenza di una discontinuità netta rispetto allo schema della donazione di cui all'art. 769 c.c.» e fa rientrare nel *genus* del «dono non patrimoniale» tutte le destinazioni solidaristiche del corpo.





La volontà in ordine a tale personalissimo atto dispositivo a contenuto non patrimoniale⁹⁵, normativamente caratterizzato dalla gratuità⁹⁶ e dai più considerato sorretto da finalità solidaristiche⁹⁷ (al punto da essere ritenuta una prestazione «superetica»⁹⁸), deve essere manifestata personalmente dal soggetto – legalmente e naturalmente capace – in grado di comunicare attraverso un dispositivo che utilizza una BCI. Anche tale *Brain's Act* deve essere realizzato con un direttamente e personalmente, pure qualora riguardi il tempo successivo alla propria vita⁹⁹.

6 L'uomo postumano e la custodia dell'umano

Alla luce delle considerazioni svolte, deve ritenersi che le BCI costituiscano uno strumento tecnico idoneo a rimuovere un ostacolo che si frappone al pieno sviluppo della persona con gravi disabilità

⁹⁵ Sull'atto negoziale a contenuto non patrimoniale v. L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000. Secondo l'A. uno dei campi paradigmatici di applicazione della categoria è costituito dagli atti di disposizione del corpo, rispetto ai quali «nel contenuto non patrimoniale e nella conseguente funzione personalistica e solidaristica che qualifica e caratterizza questi negozi trova [...] fondamento l'operatività di [...] principi che sono alternativi rispetto a quelli dell'autonomia contrattuale e che pertanto escludono l'automatica ed acritica applicazione degli schemi e delle regole modellate sul contratto» (p. 232).

⁹⁶ L'art. 3 della Carta di Nizza sancisce espressamente «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro» e, correlativamente, l'art. 21 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (la c.d. Convenzione di Oviedo del 1997) afferma che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto». In argomento v., in particolare, G. RESTA, *Doni non patrimoniali*, cit., 528 ss. L'A. evidenzia «una profonda trasformazione nell'approccio complessivo al tema della gratuità. Se i codici civili classici riflettevano una vera e propria filosofia del sospetto nei confronti degli atti estranei alla logica dello scambio corrispettivo, la disciplina dei doni non patrimoniali [...] appare caratterizzata da un'attitudine notevolmente diversa. L'atteggiamento prevalente è di favore e supporto [...] In ciò può leggersi un rilevante mutamento delle coordinate socio-economiche di riferimento [...] oggi [...]prevalgono] logiche non mercantili ed alternative a quelle del "glaciale calcolo utilitaristico"». La gratuità della donazione degli organi va collegata al principio della dignità della persona e all'assoluta intangibilità del corpo, in tal senso v., per tutti, L. D'AVACK, *Trapianto da vivente crossover: aspetti etici e giuridici*, in *Dir. fam. e persone*, 1511 ss.

⁹⁷ Sulla solidarietà a fondamento della donazione degli organi cfr., in particolare, M. CICORIA, *Il dono. Gratuità e diffidenza negli atti di destinazione solidaristica*, Napoli, 2012, 82 ss.; L. D'AVACK, *Trapianto da vivente crossover: aspetti etici e giuridici*, cit., 1509 ss. D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazioni e consenso*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Tratt. di Biodiritto*, t. I, Milano, 2011, 1120; D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi nella disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 197 ss.; C.M. MAZZONI, *Etica del dono e donazioni di organi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 39 ss.

⁹⁸ In questo senso v. M.G. SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Milano 2007, 531 ss.; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in AA.VV., *Diritto Privato, 1999-2000*, V-VI, *L'invalidità degli atti privati*, Padova, 2001, 357, 451 ss.; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di dir. civ.*, Torino, 2000, 1 ss.; G. COLACINO, *Le donazioni d'organi c.d. "samaritane", tra esigenze allocative e difficoltà ricostruttive*, in *Giust. civ.*, 2018, 791.

⁹⁹ Al riguardo, è opportuno evidenziare che nella donazione degli organi per il tempo successivo alla vita, in essa prevale, in assenza di una persona in vita, l'istanza solidaristica. Sui trapianti *ex mortuo* cfr., in particolare, P. STANZIONE (a cura di), *La disciplina giuridica dei trapianti. Legge 1 aprile 1999, n. 9*, Milano, 2000; F. GIUFFRÈ, *La legge n. 91 del 1999: notazioni intorno al rilievo giuridico dell'etica del dono*, in *Quad. cost.*, 2000, 607 ss.



fisiche, in attuazione della legalità costituzionale¹⁰⁰ ed europea¹⁰¹, oltre che dei principi e dei diritti fondamentali riconosciuti e tutelati nell'ordinamento internazionale e, in particolare, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, del 2006¹⁰²; la quale impegna gli Stati contraenti a promuovere e proteggere le persone con disabilità, anche assicurando loro la comunicazione mediante «le modalità, i mezzi ed i formati comunicativi alternativi e accrescitivi, comprese le tecnologie accessibili della comunicazione e dell'informazione» (art. 2).

¹⁰⁰ Gli artt. 2 e 3 della Costituzione mettono al centro del sistema la persona umana e il suo pieno sviluppo. Così, autorevolmente, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 12, 175 e 189 s.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 3 ss., 12 ss., 137 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 433 ss. Con specifico riferimento alle persone con disabilità, in attuazione del disegno costituzionale, l'art. 1 della legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate (la legge 5 febbraio 1992, n. 104) indica quali finalità del provvedimento normativo, in particolare, la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, nonché la promozione della sua piena integrazione (lett. a); la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali (lett. b); il perseguimento del recupero funzionale e sociale (lett. c) e la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale (lett. d) della persona disabile.

¹⁰¹ Nell'ordinamento europeo è stato positivizzato il valore normativo – di rilevanza sovraordinata – della dignità umana. Nello specifico, l'art. 2 T.U.E. riconosce che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana [...]», mentre l'art. 21 T.U.E. sancisce che «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi [...] del rispetto della dignità umana, dei principi di uguaglianza e di solidarietà [...]» e l'art. 10 T.F.U.E. afferma che l'Unione «mira a combattere le discriminazioni fondate [...] sulla disabilità [...]», mentre nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si afferma che «L'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana [...], dell'uguaglianza e della solidarietà [...] Pone la persona al centro della sua azione». La Carta di Nizza, inoltre, all'art. 1, proclama: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata», mentre all'art. 21 vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, [...] [su] gli handicap, [...]» e, all'art. 26, afferma che «L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità».

¹⁰² La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata il 13 dicembre 2006 a New York dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e ratificata in Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18 impegna gli Stati contraenti, nei confronti delle persone con disabilità, a «promuovere, proteggere e assicurare il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali [...]» (art. 1, comma 1), «senza discriminazioni di alcun tipo basate sulla disabilità» (art. 4) e nel rispetto della dignità, dell'autonomia individuale e dell'indipendenza e dei principi della non-discriminazione, della piena ed effettiva partecipazione e inclusione all'interno della società (art. 3). La Convenzione impegna altresì gli Stati firmatari, in particolare, a promuovere «la ricerca e lo sviluppo di beni, servizi, apparecchiature e attrezzature» e «la disponibilità e l'uso di nuove tecnologie, incluse tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ausili alla mobilità, dispositivi e tecnologie di ausilio, adatti alle persone con disabilità» (art. 4) nonché ad adottare «tutte le misure appropriate per assicurare che le persone con disabilità possano esercitare il diritto alla libertà di espressione e di opinione» e, nello specifico, «ogni altro mezzo, modalità e sistema di comunicazione accessibile di loro scelta» (art. 21).





Va, infine, evidenziato che le BCIs di tipo comunicativo conducono ad una sorta di «integrazione» fra corpo umano e macchina¹⁰³; quest'ultimo viene a trasformarsi in uno spazio nel quale confluiscono biologia e informatica¹⁰⁴ e tra uomo e macchina viene a crearsi «un continuum»¹⁰⁵.

In una riflessione di più ampia portata sul futuro dell'umanità, tutto questo porta una parte della speculazione filosofica ad ipotizzare la fine dell'umanesimo¹⁰⁶ e l'avvento, attraverso il passaggio dal transumano¹⁰⁷, dell'uomo c.d. postumano¹⁰⁸ e dell'uomo c.d. neuronale¹⁰⁹, descrivibile e spiegabile nei termini dell'accadere di operazioni funzionali del sé sinaptico¹¹⁰. Questa visione ha spinto a prospettare derive nichiliste anche nel campo del diritto¹¹¹, ipotizzando che tutto ciò «rende privo di senso il fenomeno diritto»¹¹².

Tuttavia, va evidenziato che proprio siffatto compimento del nichilismo nel postumanesimo consente di intravedere prospettive diverse¹¹³ anche giuridiche. Al giurista spetta il compito di individuarle e

¹⁰³ Così F.G. PIZZETTI, *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, cit., 57.

¹⁰⁴ Sul punto v. B. ROMANO, *Senienza ed alterità tecno-informatica: sensi e sensori. Dal diritto dell'uomo ai diritti della senienza*, in *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo «noia» globalizzazione, Lezioni 2003-2004*, Torino, 2004, 104. Il corpo verrebbe così a costituire un «luogo di transizioni e trasformazioni che portano a concepire l'uomo come una "neuro-bio-info-nano machine"»: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 75.

¹⁰⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 75. L'A. evidenzia che i diritti umani «non sono perduti in una eventuale transizione verso il postumano o il transumano [...] Il diritto si affaccia su questi nuovi territori e da essi non può distogliere lo sguardo»: S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 87.

¹⁰⁶ In argomento v., in particolare, B. ROMANO, *op. cit.*, 88, secondo il quale se, finora, la fine dell'umanesimo (e il compimento del nichilismo) era stata solamente annunciata, è nella condizione contemporanea che «si avvia ad essere una fine compiuta nella concretezza del coesistere, perché viene proposta in una spiegazione biologico-macchinale dell'uomo e del diritto».

¹⁰⁷ Il principale teorizzatore di questa visione è Nick Bostrom, filosofo svedese esperto di Intelligenza Artificiale, attualmente docente presso la Facoltà di Filosofia dell'Università di Oxford e direttore del *Future of Humanity Institute* della stessa Università. Va rilevato che i fautori del movimento del transumanesimo, pur partendo da posizioni culturali ed etiche molto diverse, convergono nel ritenere sussistente, a seguito delle conoscenze scientifiche, un vero e proprio dovere morale di migliorare «le capacità fisiche e cognitive della specie umana e di applicare le nuove tecnologie all'uomo, affinché si possano eliminare aspetti non desiderati e non necessari della condizione umana» (N. BOSTROM, *Intensive Seminar on Transhumanism*, Yale University, 26 June 2003).

¹⁰⁸ Di esso non si specifica se o in che proporzione sia naturale o artificiale, in argomento v., B. ROMANO, *Le tesi*, in *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo «noia» globalizzazione*, cit., 18.

¹⁰⁹ La definizione è di J.P. CHANGEUX, P. RICOEUR, *La natura e la regola. Alle radici del pensiero*, Milano, 1999, 141.

¹¹⁰ In questo senso B. ROMANO, *Senienza ed alterità tecno-informatica: sensi e sensori. Dal diritto dell'uomo ai diritti della senienza*, in *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo «noia» globalizzazione*, cit., 93.

¹¹¹ Sul nichilismo giuridico è d'obbligo il riferimento a N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, *passim*. Sul punto, cfr. B. ROMANO, *Spiegazione biologico-macchinale dell'uomo. Estinzione del senso del diritto*, in ID., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo «noia» globalizzazione*, cit., 88.

¹¹² B. ROMANO, *Le tesi*, in ID., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo «noia» globalizzazione*, cit., 10 s. Sulla cd. fine del diritto, cfr., in particolare, la premessa di P. ROSSI ai saggi raccolti in AA.VV., *Fine del diritto?*, P. ROSSI (a cura di), Bologna, 2009.

¹¹³ Così B. ROMANO, «Dove è il pericolo cresce anche ciò che salva», in *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo «noia» globalizzazione*, cit., 481. L'A. ritiene possibile il superamento del postumanesimo in quanto è quest'ultimo a svelare che la sua genesi «non è postumana, ma è nella libertà dell'uomo» e indica quale strada percorribile per tale superamento quella di «usare il linguaggio numerico-digitale delle reti





proprie, con la consapevolezza che, nell'attuale sistema ordinamentale (con la sua assiologia), occorre riapprodare alla «politica dell'umano»¹¹⁴ e assumere l'umano, e la sua custodia¹¹⁵ quali rinnovate colonne d'Ercole dell'esperienza giuridica, riassegnando alla persona – anche ibridata con la tecnologia – ed alla sua tutela centralità nell'ordine giuridico¹¹⁶, in una rinnovata concezione del diritto *hominum causa constitutum*¹¹⁷.

I principi di dignità umana, uguaglianza e giustizia sostanziale¹¹⁸ richiedono un utilizzo delle nuove tecnologie funzionale alla persona concreta dell'ordinamento, nella condizione esistenziale che si trova a vivere e con gli specifici bisogni di protezione e promozione che manifesta.

per costruire e garantire a chiunque ed ovunque la ripresa del *linguaggio disnumerico*, dove la parola di ogni parlante è in condizione di reciprocità con quella di ogni altro» (B. ROMANO, *Globalizzazione e monarchie mediatriche nei diritti della senienza*, in *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo «noia» globalizzazione*, cit., 498), ossia «custodendo [...] l'accrescimento dei sistemi biologici e dei sistemi informatici, non cancellando quanto con essi si è costruito per l'uomo, ma avviando quella direzione del coesistere dove l'ortonomia (diritto dell'uomo) libera i parlanti dall'essere assoggettati alla senzionomia (diritti della senienza)».

¹¹⁴ S. RODOTÀ, *Così l'umano può difendersi dal postumano*, da *Repubblica*, 28 aprile 2015, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/cosi-l%E2%80%99umano-puo-difendersi-dal-postumano/>. Secondo l'A. «non è impresa da poco, né di pochi. Esige un mutamento culturale, un'attenzione civile diffusa, una coerente azione pubblica. Parlare di una politica dell'umano, allora, è esattamente l'opposto di pratiche che vogliono appropriarsi d'ogni aspetto del vivente».

¹¹⁵ S. RODOTÀ, *Così l'umano può difendersi dal postumano*, da *Repubblica*, 28 aprile 2015, cit. L'A. precisa: «l'umano, e la sua custodia, si rivelano allora non come una resistenza al nuovo, al timore del cambiamento o come una sottovalutazione dei suoi benefici», ma come consapevolezza che l'attuale transizione «non può essere separata da principi nei quali l'umano continua a riconoscersi»

¹¹⁶ Così P. STANZIONE, *Biodiritto, postumano e diritti fondamentali*, in http://www.comparazioneDiritti.it/prova/files/stanzione_biodiritto.pdf.

¹¹⁷ Il giurista Ermogeniano affermò che «*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris*» (D. 1. 5. 2, Hermog. l. 1). Anche Giustiniano, nelle Istituzioni, sottolinea la centralità della persona: «*Ac prius de personis videamus. Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur*» (Inst. lust. 1. 2. 12), in tal modo considerando tutto il diritto in funzione delle persone. La consapevolezza della centralità della persona nell'ordinamento si rifletté anche nelle sistematiche dei giuristi romani, i quali iniziavano le loro opere partendo proprio dalle *personae*. Al riguardo emblematico è il manuale istituzionale di Gaio, il quale nel primo commentario dichiarava: «*Et prius videamus de personis*» (Gai. 1. 8). Sul punto, osserva acutamente che, attraverso la sistematica gaiana, «la persona viene così ad occupare un posto di preminenza, di centralità nell'ordinamento; è l'asse attorno al quale gravita il *ius*, l'intera costruzione giuridica [...] È una prospettiva che tende ad orientare il diritto verso il suo destinatario naturale, l'uomo, nel cui interesse «*statutum est*»: R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura* 37, 1986, 1 s. In argomento v. S. TAFARO, *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli, 2009, *passim*.

¹¹⁸ In questo senso P. STANZIONE, *Biodiritto, postumano e diritti fondamentali*, cit.

