

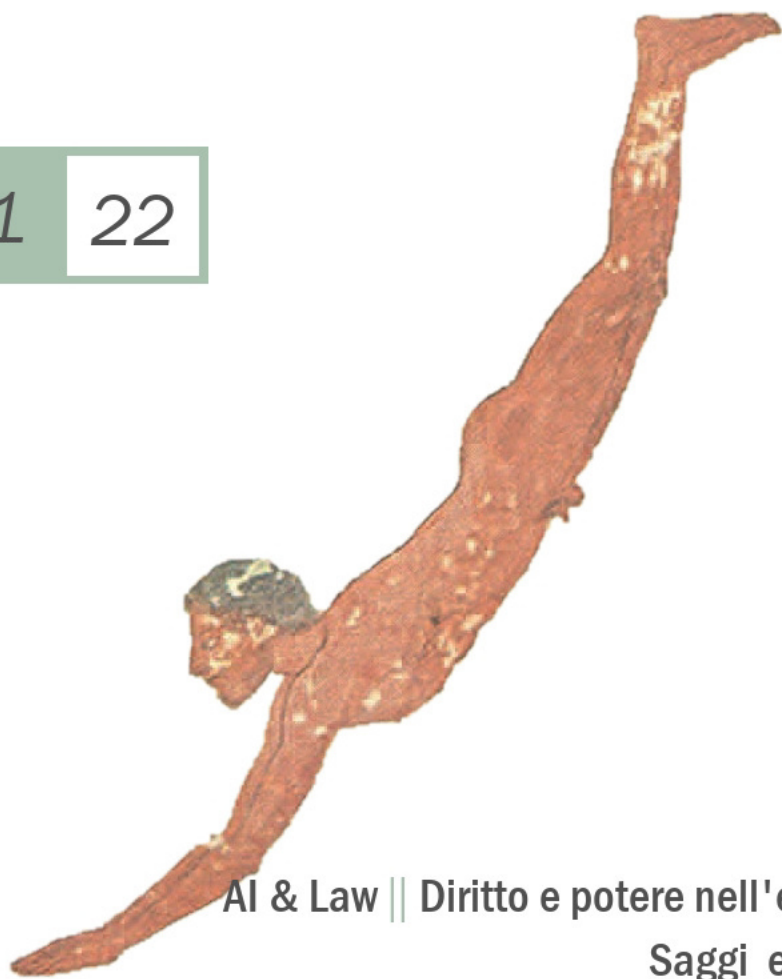


BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto

1

22



AI & Law || Diritto e potere nell'era digitale
Saggi e commenti

The online Journal about law and life sciences

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Editor in chief: Carlo Casonato

Steering Committee: Roberto Bin, Antonio D'Aloia, Alessandro Pajno

Scientific Committee:

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

Associate Editors: Lucia Busatta and Marta Tomasi

Editorial Boards:

Trento: Lucia Busatta, Marta Fasan, 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 Manfredi, Ferdinando Menga, Franca Meola, Andrea Patroni Griffi, Virginia Zambrano.

E-mail: 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.

March 2022

ISSN 2284-4503

© Copyright 2022



UNIVERSITY
OF TRENTO - Italy

Università degli Studi di Trento
Via Calepina, 14 – 38122 Trento

Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

In collaborazione con



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

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto n. 1/2022

Table of contents

«Se questo è un uomo» e il cantiere senza sosta del biodiritto	1
<i>Lucia Busatta</i>	
ESSAYS – SAGGI	
<i>You never get a second chance to make a first impression. La Competenza consultiva della corte Edu nella prima (e forse ultima?) advisory opinion sulla Convenzione di Oviedo</i>	9
<i>Benedetta Vimercati</i>	
<i>Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto</i>	49
<i>Angelo Schillaci</i>	
Protezione dei dati personali e ricerca scientifica: un rapporto controverso ma necessario	71
<i>Francesco Di Tano</i>	
Donazione mitocondriale: recenti sviluppi, problematiche etiche attorno al concetto di “identità” dei nati e impieghi non terapeutici. Perché le <i>Mitochondrial Replacement Techniques</i> sono ancora un capitolo aperto nel grande libro della fecondazione assistita	99
<i>Tullia Penna</i>	
COMMENTARIES – NOTE A SENTENZA	
Conseil constitutionnel (2021-821 DC du 29 juillet 2021). Recherches sur l’embryon, droit, éthique	119
<i>Franck Laffaille</i>	
Assisted Suicide in Austria – the new legal framework	135
<i>Lamiss Khakzadeh</i>	
ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW - PERSPECTIVES	
Diritto e potere nell’era digitale. Cybersociety, cybercommunity, cyberstate, cyberspace. Tredici tesi	145
<i>Luciano Violante</i>	
ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW – ESSAYS	
L’orizzonte giuridico dell’Intelligenza artificiale	155
<i>Tommaso Edoardo Frosini</i>	

Intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità ... <i>Edoardo C. Raffiotta, Massimiliano Baroni</i>	165
Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria <i>Carlotta De Menech</i>	181
L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche <i>Alessandro Pajno</i>	205
ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW – COMMENTARIES	
Discriminazioni algoritmiche e tutela dei lavoratori: riflessioni a partire dall'Ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020 <i>Matteo Borzaga, Michele Mazzetti</i>	225
ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW – FOCUS ON	
Smart cities e Amministrazioni centrali di fronte all'intelligenza artificiale: esperienze a confronto <i>Edoardo Chiti, Barbara Marchetti, Nicoletta Rangone</i>	251
Rapporto 3/2022 – SMART cities e intelligenza artificiale <i>Francesco Meneghetti, Carlo Rossi Chauvenet, Giacomo Fioroni</i>	253
Rapporto 4/2022 – Intelligenza artificiale e amministrazioni centrali <i>Giuseppe Buono, Pierpaolo Bonanni, Giovanna Del Mondo, Antonella Ciriello</i>	261



«Se questo è un uomo» e il cantiere senza sosta del biodiritto

Lucia Busatta

Questo fascicolo, il trentesimo di *BioLaw Journal*, va “in stampa” in un frangente particolare.

I venti di guerra che soffiano da Est, purtroppo, sono molto preoccupanti e da oltre un mese, ormai, lo scenario va di ora in ora peggiorando. Per la nostra Rivista, il tema del rispetto dei diritti della persona è sempre stato al centro di un progetto culturale, prima che editoriale. Immagini e cronache che descrivono macerie ovunque, corpi abbandonati, sale della tortura, spregio di civili in fuga e bombardamenti sui corridoi umanitari ci riportano alla mente scenari che speravamo di aver relegato al passato. Eppure è tutto qui: tremendamente vicino, incredibilmente vivido e feroce.

«É avvenuto, quindi può accadere di nuovo: questo è il nocciolo di quanto abbiamo da dire. Può accadere, e dappertutto»¹.

Primo Levi ci aveva ammoniti: la violenza serpeggia e, quando esplode, colpisce la dignità. Quel principio sul quale si fonda il costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra e che ci impone di riportare la persona sempre “al centro” di ogni azione, di ogni politica, di ogni scelta.

Il rispetto della dignità della persona costituisce il principio cardine di ogni riflessione giuridica che intersechi il rapporto tra la tutela dei diritti, l'avanzamento scientifico e i valori morali. Quella stessa dignità umana invocata, talvolta anche attribuendo ad essa divergenti significati, nei dibattiti sul fine vita o sull'inizio vita, richiamata

¹ P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 1986, 151.

frequentemente quale limite ultimo della libertà di ricerca scientifica.

La dignità umana, «architrate dei principi costituzionali», come ci ha ricordato Roberto Bin, in un editoriale pubblicato in questa Rivista qualche anno fa², non può che rappresentare un tema ricorrente quando ci si occupa di biodiritto, perché nulla è più intimamente e profondamente connesso con la definizione (non solo) giuridica della vita umana e della sua essenza.

Ciononostante, la dignità solo in apparenza è un principio condiviso. Come efficacemente sottolinea Carlo Casonato, «[t]alvolta l'ampiezza dell'accordo su determinati concetti può essere strettamente dipendente dalla loro vaghezza»³. Il biodiritto ne è il terreno di prova privilegiato.

Quanto si rivela divisivo e, tutto sommato, poco efficace a risolvere i contrasti, il richiamo al concetto di dignità umana quando lo si richiama, ad esempio, in riferimento alle scelte di fine vita? Quanto, ancora, viene invocato da ogni lato in riferimento alla gestazione per altri?

Nel cantiere sempre in movimento del biodiritto, la dignità umana si colloca sovente al centro del dibattito, non solo come elemento divisivo, ma spesso, come perno (e motore) del dibattito. La necessità di discuterne i contorni e i confini, insomma, stimola le discussioni, sprona ad approfondire un tema, a sviscerarne le complessità⁴.

In questo frangente in continua evoluzione, la pubblicazione di questo fascicolo si accompagna ad alcune significative novità che si intersecano con le tematiche di interesse della Rivista e che

² R. BIN, *Dignità umana e biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 2, 2017, 1.

³ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 47.

⁴ Ne ha affrontato le molteplici dimensioni, fra i molti, C. PICCOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013.

saranno oggetto di approfondimento anche nei prossimi numeri.

Anzi tutto, nel nostro ordinamento, la riforma costituzionale. Per la prima volta nella storia della Repubblica, le Camere hanno approvato una revisione della Costituzione che tocca i principi fondamentali, modificando l'articolo 9. La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, che si declina ora nell'interesse delle future generazioni, e la tutela degli animali appaiono come approdi necessari e non più procrastinabili, anche se – secondo alcuni – sono già talmente intrisi nel tessuto costituzionale da rendere la riforma del testo costituzionale quasi pleonastica. Il prossimo fascicolo di *Bio-Law Journal* ospiterà una call dedicata a questo tema e, senza voler anticipare le riflessioni che saranno in quella sede sviluppate, non possiamo che rilevare come, inevitabilmente, sarà l'interpretazione che gemmerà dal nuovo testo degli articoli 9 e 41 Cost. a descrivere del suo impatto effettivo sull'ordinamento giuridico.

Frattanto, con decreto-legge del 24 marzo 2022, n. 24, è stata dichiarata la cessazione dello stato di emergenza per la pandemia, che ci ha accompagnato negli ultimi due anni e che ha offerto sconfinato materiale per la riflessione giuridica. Si apre, ora, una nuova fase che, con ogni probabilità, vedrà una graduale e progressiva sostituzione delle misure emergenziali per favorire il ritorno di quelle ordinarie. Molto spazio ha già dedicato la nostra Rivista a queste tematiche e tanto ancora ne dedicherà: il segno lasciato dalla pandemia resterà sicuramente a lungo impresso, ma ciò che più ora conta è l'impulso al cambiamento di cui questa emergenza sanitaria si è fatta catalizzatrice. Il rapporto con le tecnologie, il ruolo giocato dall'intelligenza artificiale e l'evoluzione dell'organizzazione sanitaria sono gli ambiti principali nei quali questa transizione è visibile e palpabile; rappre-

sentano settori altamente sensibili per la tutela e la promozione dei diritti della persona e, anche per questo motivo, la nostra Rivista rinnova il proprio interesse a coltivare un filone di ricerca e approfondimento su tali questioni.

Sulla scena internazionale, poi, temi classici come quello dell'obiezione di coscienza tornano ad animare le discussioni. Ad esempio, nelle più recenti linee guida sull'aborto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità⁵, pubblicate l'8 marzo 2022, tra le varie questioni affrontate, si punta l'attenzione proprio su questo istituto. Nelle raccomandazioni espresse nel documento, l'OMS esorta gli ordinamenti che prevedono la possibilità di sollevare obiezione di coscienza per il personale sanitario potenzialmente coinvolto negli interventi di interruzione della gravidanza ad assicurare che ciò non precluda né rallenti in nessun modo il diritto della donna ad interrompere la gravidanza. La priorità consiste sempre nella tutela della libertà e della salute della donna.

Sempre in materia di diritti riproduttivi, con sentenza del 21 febbraio 2022⁶, la Corte costituzionale colombiana ha depenalizzato l'aborto compiuto entro la ventiquattresima settimana di gestazione. Si tratta di una pronuncia storica, non soltanto poiché ascrive il Paese sudamericano ad un modello decisamente aperto di disciplina delle scelte di fine vita, ma anche perché affronta questioni e nodi centrali del biodiritto contemporaneo, che spaziano dalla funzione repressiva e preventiva del diritto al penale, alla tutela del principio di eguaglianza.

⁵ Organizzazione Mondiale della Sanità, *Abortion Care Guidelines*, pubblicate l'8 marzo 2022 e disponibili a questo link: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240039483>.

⁶ Corte costituzionale colombiana, Sentenza C-055-22, del 21 febbraio 2022.

Al contempo, non si può non evidenziare come, nell'emisfero settentrionale, la tenuta della garanzia dei diritti costituzionali della donna sembri vacillare. È infatti pendente dinanzi alla Corte suprema degli Stati Uniti la decisione nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, che riguarda la legittimità costituzionale di una legge del Mississippi (Gestational Age Act) che vieta gli aborti elettivi dopo la quindicesima settimana, ma prima della *viability* del feto. Come è noto, la composizione attualmente a maggioranza conservatrice della Corte Suprema ha offerto molto materiale alla riflessione giuridica, in riferimento proprio al rischio di arretramento nella tutela di alcuni diritti fondamentali⁷. La questione si arricchisce di profili di interesse, se si pensa che, proprio lo scorso febbraio, a seguito dell'annuncio del ritiro del giudice Breyer (estensore, come si ricorderà, di molte pronunce sui diritti riproduttivi, fra cui *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016) e la più recente *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. ____ (2020)), il Presidente degli Stati Uniti Biden ha annunciato la nomina di Ketanji Brown Jackson, già giudice federale. Con la conferma da parte del Senato statunitense, arrivata all'inizio di aprile, la Corte Suprema accoglie per la prima volta fra i suoi componenti una donna afroamericana.

Restando sempre in ambito statunitense, non si arrestano, poi, le iniziative legislative statali in tema di aborto. Dei giorni scorsi è la notizia dell'approvazione definitiva, in Oklahoma, di un disegno di legge che vieta l'aborto, con l'unica eccezione della necessità di salvare la vita della donna (SB 612), in evidente contrasto con principi affermati ormai quasi cinquant'anni fa dalla

Corte Suprema nella decisione resa in *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973). Noti sono i tentativi di una certa componente della politica statunitense di giungere ad un *overruling* di questo precedente, approfittando dell'attuale composizione a maggioranza conservatrice della Corte Suprema.

A tale filone va ascritto anche lo "[Unborn Child with Down Syndrome Protection and Education Act](#)", che entrerà in vigore a giugno, in Virginia. In base a questo testo normativo, ai medici è proibito interrompere una gravidanza, a motivo di una (anche solo presunta) disabilità del feto. Ciò che colpisce è che tale motivo non deve essere effettivamente comprovato da una diagnosi di un'anomalia fetale, ma può trattarsi anche soltanto di una presunzione: «"Because of a disability" means on account of the presence or presumed presence of a disability or diagnosis in a fetus including, but not limited to, chromosomal disorders or morphological malformations occurring as the result of atypical gene expressions». Alla donna che richiede l'aborto, la quale, nel testo normativo è indicata sempre con il termine «patient» è anche richiesto di attestare che la richiesta di interrompere la gravidanza non è correlata ad una disabilità.

Si tratta di una formulazione che desta più di qualche perplessità, anche perché potrebbe rappresentare un effettivo ostacolo eccessivo («undue burden», per utilizzare le consolidate parole della Corte Suprema) nell'accesso all'aborto per le donne della Virginia. Come le dinamiche statunitensi sulla tutela dei diritti ci hanno, negli anni, ormai insegnato, sarà il tempo (o forse le Corti) a parlare.

In terzo luogo, non possiamo non menzionare il dibattito sulle scelte di fine vita che continua, ora con una certa vivacità, nel nostro Paese (ma anche altrove: questo fascicolo ospita un com-

⁷ Si veda, ad esempio, S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 345.

mento alle recenti novità austriache in materia). Nei tre mesi che ci separano dalla pubblicazione del fascicolo precedente, la Corte costituzionale si è pronunciata, dichiarandone l'inammissibilità, sulla richiesta di referendum abrogativo sull'articolo 580 del codice penale (sentenza n. 50 del 2022). A distanza di pochi giorni, la Camera ha approvato in prima lettura il disegno di legge sulla morte volontaria medicalmente assistita e si attende ora di conoscere quale sarà il destino di questo progetto legislativo al Senato. La richiesta referendaria presentava, in effetti, qualche profilo di criticità, come l'esito del giudizio della Corte ha dimostrato. D'altro canto, non si può non rilevare il fatto che essa abbia avuto anche l'incontestabile merito di ridestare il dibattito sociale, prima ancora che politico, su queste tematiche.

Questa più recente pagina delle discussioni sulle scelte di fine vita, a cavallo tra assistenza al suicidio e intervento medico nel morire, ci pone dinanzi a un vero e proprio mutamento di paradigma, che interessa la medicina, la sua natura e le sue finalità. Si tratta – ed è anche questo che rende tanto complesso il dibattito su questi temi – di una vera e propria rivoluzione dello statuto ontologico della medicina che, dinanzi ai progressi che lo sviluppo scientifico ha reso possibile, è ora chiamata a ripensare una parte di sé⁸. Si tratta di un mutamento di paradigma che, per effetto della duplice pronuncia della Corte costituzionale sul caso di Marco Cappato e Fabiano Antoniani (ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019) è divenuto anche costituzionalmente necessario. La ragione di un tale cambiamento è stata collegata dai giudici

⁸ La sintesi imposta dall'editoriale non consente qui di ulteriormente approfondire questo concetto, per il quale sia consentito rinviare a L. BUSATTA, N. ZAMPERETTI, *Scelte di (fine) vita: cambia il diritto, può cambiare la medicina?*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2, 2020, 651 ss.

costituzionali stessi anche al progresso scientifico: «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»⁹.

Dinanzi a cambiamenti epocali come questo, dunque, la preconditione necessaria alla costruzione di un testo normativo equilibrato, realmente condiviso e, soprattutto, inclusivo delle diverse anime di cui il corpo sociale è formato consiste in una solida e sincera adesione ai principi su cui fondare una riforma. A questa non si può che arrivare maturando la costruzione del consenso all'interno di un dibattito costruttivo che coinvolga la società.

Sulla sentenza n. 50 del 2022 la nostra Rivista tornerà più diffusamente, nei prossimi fascicoli, nell'ottica di assicurare un pieno pluralismo di opinioni.

Per ora, ciò che, mi sembra, sia interessante evidenziare, riguarda la stretta connessione intessuta dalla Corte stessa, tra l'assistenza al suicidio e l'omicidio del consenziente, accostate come due lati della stessa medaglia. Nel decidere sull'ammissibilità del referendum sull'articolo 579 del codice penale, i giudici costituzionali hanno richiamato quanto già affermato nell'ordinanza n. 207 del 2018, sull'assistenza al suicidio e sulla necessità di preservare un livello minimo di tutela del diritto alla vita per la persona, pur a fronte dell'ormai conclamata e non più rinviabile necessità di riconoscere la libertà di autodeterminazione nelle scelte di fine vita. Nelle parole della Corte: «[q]uando viene in rilievo il bene della vita umana, dunque, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere

⁹ Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto 8 del considerato in diritto.

incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima»¹⁰.

Sulla scia di queste riflessioni, le ultime battute di questo editoriale non possono non dedicare alcune parole al disegno di legge sulla morte volontaria medicalmente assistita recentemente approvato dalla Camera e passato ora all'esame del Senato (S. n. 2553).

La storia che ha condotto al disegno di legge (mi riferisco alla pronuncia a due tempi della Corte costituzionale nel caso di Marco Cappato e Fabiano Antoniani) è nota e *BioLaw Journal* se ne è diffusamente occupata. Complessivamente, la prima approvazione del disegno di legge può essere salutata con favore perché rappresenta un (piccolo) passo nel cammino per il riconoscimento di una più ampia autodeterminazione nelle scelte di fine vita. I contenuti del disegno di legge suggeriscono, però, alcune riflessioni sulle implicazioni sottese a un intervento normativo della portata di cui si è detto sopra.

Gli elementi di riflessione, a riguardo, sarebbero molti e la dottrina giuridica se ne sta già variamente interessando. Anche per non trasgredire rispetto all'estensione contenutistica di un editoriale, non si può che rinviare a successivi approfondimenti per una trattazione più strutturata dei nodi problematici del disegno di legge. Nel frattempo, sia consentito comunque avanzare alcuni primi cenni in argomento, anche per stimolare i contributi che potranno pervenire per i prossimi fascicoli e alimentare, così, ulteriormente il dibattito.

Un primo elemento riguarda il ruolo del Servizio sanitario nazionale. Il disegno di legge, infatti, definisce la morte volontaria medicalmente assistita come «un atto autonomo con il quale [...]

si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, con il supporto e sotto il controllo del Servizio sanitario nazionale» (art. 2). Proprio in virtù della natura altamente divisiva dell'intervento normativo, è irrinunciabile (e lo aveva suggerito anche la Corte costituzionale, nell'ord. 207/2018: «l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale») che su di essa vi fosse la copertura del servizio sanitario pubblico. Il legislatore avrebbe, forse, potuto osare un pochino di più, ad esempio, qualificando la morte volontaria medicalmente assistita come prestazione sanitaria, per farla rientrare nei livelli essenziali delle prestazioni. Ciò, a parere di chi scrive, avrebbe impresso un segno, anche in termini egualitari, alla riforma e un riconoscimento alla funzione che il nostro servizio sanitario svolge per la garanzia di parità fra tutti gli utenti, in punto di accesso alle prestazioni sanitarie.

Un secondo aspetto di rilievo riguarda l'istituzione dei Comitati di Valutazione Clinica, istituiti per valutare l'esistenza dei presupposti e dei requisiti stabiliti dalla legge, per mezzo di un parere obbligatorio e vincolante, da rendersi nei tempi stabiliti dalla legge. Sebbene possa essere considerata positivamente la previsione di una composizione multidisciplinare di detti comitati, pensati come organismi autonomi e indipendenti, sembra che i ruoli ad essi riservati riguardino primariamente l'accertamento clinico e tecnico dei requisiti che legittimano la richiesta, dato che schiaccerebbe decisamente sui profili medico-clinici l'intervento di tale Comitato. Non viene, invece, prevista, né promossa, una valutazione bioetica del caso o della richiesta. Si tratta, invece, di un'attività che, in alcune Regioni, è da tempo già attribuita ai Comitati Etici per la Pratica Clinica (o Sanitaria) che, laddove operanti, contribuiscono fattiva-

¹⁰ Corte cost., sent. n. 50 del 2022, punto 5.3 del considerato in diritto.

mente alla buona costruzione e conduzione della bioetica clinica. Date le circostanze (e il richiamo che la Corte costituzionale stessa aveva voluto inserire nella sentenza n. 242 del 2019), si sarebbe forse potuta cogliere l'occasione per un richiamo all'esistenza di tali organismi o per stimolare e incentivare la loro costituzione nelle Regioni che ancora non ne dispongono.

Più problematico appare, su tutto, il rapporto tra morte volontaria medicalmente assistita e cure palliative. L'articolo 3 del disegno di legge prevede infatti che la persona che presenta siffatta richiesta debba essere stata «previamente coinvolta in un percorso di cure palliative al fine di alleviare il suo stato di sofferenza e le abbia esplicitamente rifiutate o le abbia volontariamente interrotte». Sembrerebbe, insomma, che ci sia un rapporto di antagonismo tra la richiesta di congedarsi con un aiuto medico dalla vita e le cure palliative, mentre a chi scrive pare che, sul versante pratico, l'una non escluda necessariamente l'altra.

Ben note sono le ragioni per cui si è evidentemente giunti a questa formulazione: è stata la Corte costituzionale stessa, nell'ordinanza n. 207 del 2018 ad affermare che «Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente». Sebbene non si possa che condividere tale assunto, non si veda perché la persona debba aver già rifiutato le cure palliative al momento della richiesta; peraltro, tale formulazione non giova in alcun modo alla garanzia di effettività di accesso a tali terapie che, come è noto, a distanza di oltre dieci dall'approvazione della legge n. 38 del 2010, soffrono purtroppo ancora un grave deficit di effettività sul territorio nazionale.

Accanto a ciò, da molte parti è già stata sollevata qualche perplessità riguardo alla definizione

dei requisiti per la richiesta (art. 3): la persona deve essere affetta da una condizione irreversibile che cagioni sofferenze fisiche e psicologiche intollerabili (lettera a) e, in modo concomitante, deve essere tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale (lettera b). Si tratta di una previsione che segna un arretramento perfino rispetto al *decisum* della Corte costituzione nel caso Cappato-Antoniani. In quell'occasione, infatti, la condizione irreversibile era indicata come fonte di sofferenze fisiche o psicologiche; la congiunzione, in questo caso, porta ad una differenza significativa nella descrizione delle condizioni che la persona deve soddisfare per poter avanzare la richiesta. Quanto al requisito dei trattamenti di sostegno vitale, poi, il legislatore non sembra nemmeno tenere in considerazione la giurisprudenza penale successiva alla decisione della Corte, segnatamente la sentenza della Corte d'Assise di Massa, confermata dalla Corte d'Assise d'Appello di Genova nel caso che ha visto imputati Marco Cappato e Mina Welby per aver prestato assistenza al suicidio di Davide Trentini. Quest'ultimo non era sottoposto a trattamenti di sostegno, come tradizionalmente intesi (per esempio, la nutrizione o la ventilazione artificiali); eppure, in entrambi i gradi del giudizio, gli imputati sono stati assolti perché si è ritenuto che il trattamento farmacologico cui Trentini era sottoposto fosse «per lui essenziale per la sopravvivenza»¹¹.

Altrettanto critica appare la formulazione della disposizione sull'obiezione di coscienza (art. 6), non tanto per il suo inserimento nel disegno di legge, ma per come essa è stata costruita. La formulazione è ripresa quasi letteralmente dall'articolo 9 della legge n. 194 del 1978, senza che il legislatore odierno sembri in alcun modo voler fare tesoro degli oltre quarant'anni di

¹¹ Corte d'Assise d'Appello di Genova, sentenza n. 1 del 2021.



esperienza nell'applicazione della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza e dei problemi applicativi che proprio quella disposizione ha generato in termini di effettività del diritto della donna all'aborto.

Anche su questo versante, insomma, il cantiere del biodiritto rimane aperto e, anzi, in fervente attività.

In un momento così drammatico, in cui la dignità umana è calpestata, si rinnova la necessità di mantenere viva l'attenzione intorno alla centralità della persona e dei suoi diritti.

You never get a second chance to make a first impression.
**La Competenza consultiva della corte Edu nella prima (e forse ultima?)
advisory opinion sulla Convenzione di Oviedo**

Benedetta Vimercati*

YOU NEVER GET A SECOND CHANCE TO MAKE A FIRST IMPRESSION. THE ADVISORY JURISDICTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE FIRST-EVER (PERHAPS THE LAST?) ADVISORY OPINION REQUEST ON THE OVIEDO CONVENTION

ABSTRACT: On September 2021, the ECtHR has delivered its first-ever decision on a request for an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention. The ECtHR has established – giving a strict interpretation of the limits of its advisory jurisdiction – that the request is not within its competence *ratione materiae*. The present paper aims at analyzing the decision deepening the theoretical framework the Court offered about its advisory jurisdiction, focusing on the similarities and differences among the ECHR's advisory opinion mechanisms, and providing food for thought about the contextualization of this decision within the ECtHR's constitutionalisation process.

KEYWORDS: Oviedo Convention; European Court of Human Rights; advisory opinion mechanisms; advisory and contentious jurisdiction; the constitutionalisation of the ECtHR

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una *roadmap* concettuale. – 3. La definizione della procedura applicabile e il respingimento delle critiche sul fondamento giuridico della competenza consultiva della CEDU su Oviedo – 4. La natura, lo scopo e i limiti della competenza consultiva *ex art. 29* Oviedo. – 4.1. Un preliminare affondo sulle limitazioni *ratione personae* e *ratione materiae* dell'*advisory opinion ex art. 47* CEDU – 4.2. L'incertezza sul perimetro della competenza consultiva della Corte Edu sulla Convenzione di Oviedo – 4.3. L'ampliamento della lettura dei limiti dell'art. 29 Oviedo tra interpretazione teleologica e interpretazione storica. – 4.3.1. L'interpretazione teleologica sulla *ratio* dei limiti delle competenze consultive pur nella diversa natura delle due Convenzioni. – 4.3.2. La storia redazionale della Convenzione di Oviedo e dell'art. 29 come strumento di comprensione della sfera di competenza consultiva della Corte Edu. – 5. Differenze e analogie con il meccanismo di *advisory opinion* di cui al Protocollo n. 16 – 6. Dal piano teorico al piano concreto – 7. L'iter di approvazione del Protocollo addizionale e l'interferenza della Corte Edu con l'esercizio di una attività di tipo politico/legislativo – 8. Il potenziale impatto del Protocollo Addizionale e della richiesta del DH-BIO sul piano costituzionale nazionale – 9. Riflessioni conclusive: l'*opinion* della Corte Edu nel percorso di costituzionalizzazione della CEDU.

* Ricercatrice di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: benedetta.vimercati@unimi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Introduzione

In uno dei suoi più famosi aforismi, Oscar Wilde sosteneva come «You never get a second chance to make a first impression». Tale massima si adatta perfettamente a quanto avvenuto alcuni mesi addietro nelle stanze del Palazzo dei diritti dell'Uomo a Strasburgo. È infatti datata 15 settembre la risposta offerta dalla Corte Edu alla prima richiesta di parere consultivo avanzata nel dicembre 2019 dal *Council of Europe's Committee on Bioethics* (d'ora in avanti DH-BIO), secondo quanto previsto dall'art. 29 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, nota anche come Convenzione di Oviedo¹.

Tale articolo istituisce un meccanismo di *advisory opinion* che consente di chiedere alla Corte Edu un apporto interpretativo su disposizioni della Convenzione di Oviedo. Pur presente nel testo della Convenzione dalla sua genesi e nonostante il suggerimento a favore dell'impiego dello strumento avanzato dalla stessa Corte Edu nel caso *Vo c. France*², questa competenza consultiva è però rimasta a lungo dormiente, dando ragione al pronostico maturato in parte della dottrina secondo la quale tale strumento sarebbe, con tutta probabilità, rimasto lettera morta³. Questo quanto accaduto fino alla recente richiesta del DH-BIO.

¹ CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention - Request for an advisory opinion under Article 29 of the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, 15 settembre 2021, disponibile sul portale <https://hudoc.echr.coe.int/> (ultimo accesso 12/10/2021).

² La Corte Edu non aveva infatti mancato di ricordare la possibilità di avvalersi di questo strumento, ritenuto particolarmente utile soprattutto laddove sia difficile rilevare un diffuso consenso su tematiche trasversali al sistema convenzionale europeo e a quello di Oviedo. Significative, in questo senso, sono le sollecitazioni presentate nel caso *Vo c. Francia* (CEDU, Grande Camera, *Vo c. France*, 53924/00 (8/7/2004), sentenza disponibile su <https://hudoc.echr.coe.int/>). Il caso riguardava la mancata qualificazione da parte delle autorità giurisdizionali francesi come omicidio colposo di un aborto subito dalla ricorrente per *malpractice*. Nell'affrontare la questione giuridici, i giudici avevano evidenziato la difficoltà nel ricavare una definizione scientifica e giuridica di inizio vita per verificare la violazione dell'art. 2 CEDU. Nella propria pronuncia, la Corte Edu fa riferimento alle ambiguità contenute nella Convenzione di Oviedo e nel Protocollo Addizionale che, relativamente ai limiti e ai divieti concernenti la ricerca biomedica e la clonazione umana, non definiscono, volutamente, il termine “everyone” né, tanto meno, quello di “human being”. La Grande Camera, quindi, pur ritenendo non desiderabile e finanche possibile allo stato dell'arte rispondere in astratto alla domanda se il nascituro possa essere considerato una persona umana, si era premurata di ricordare che «the Court may be requested under Article 29 of the Oviedo Convention to give advisory opinions on the interpretation of that instrument».

³ A. GIPI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione sulla biomedica*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 3, 1998, 719-735. Si pensi, innanzitutto, alla diffidenza con cui si guardava all'ampliamento della competenza consultiva della Corte Edu, non solo confinata a profili di carattere più marcatamente procedural/processuali ma estesa a norme sostanziali; in secondo luogo, analogamente in termini problematici era stata accolta la possibilità di fondare, per questa via, una competenza esterna diretta della Corte di Strasburgo in materie non espressamente ricomprese nell'ambito di intervento della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU) e capaci di muovere corde intimamente legate all'impronta culturale, storica ed etica del singolo ordinamento. Inoltre, sempre criticamente ci si approcciava alla potenziale apertura nell'interlocuzione con la Corte Edu di Stati parti della Convenzione di Oviedo ma non della CEDU. Problematica che, pur non essendosi ad oggi concretizzata dal momento che tutti gli Stati che hanno ratificato la Convenzione di Oviedo sono Parti del sistema convenzionale, non può dirsi del tutto sconosciuta. Qualora dovesse accadere che alla Convenzione di Oviedo decidano di aderire Stati che non sono parti

Diverse sono le ragioni che possono aver portato a sconfessare le previsioni di inattivazione del meccanismo. Tale primo passo potrebbe essere figlio del grande interesse suscitato dall'adozione del Protocollo n. 16 che ha contribuito a riaccendere i riflettori sui meccanismi di *advisory opinion* propri della Corte Edu. Anche se a questa motivazione di carattere generale si può probabilmente accompagnare una ragione maggiormente distintiva, legata al contenuto delle questioni giuridiche sottoposte all'attenzione della Corte Edu. Il DH-BIO ha infatti rivolto ai giudici di Strasburgo due quesiti tra loro interconnessi: innanzitutto, si chiedeva di definire quali fossero le "condizioni di protezione" previste dall'art. 7 Oviedo che ogni Stato membro dovrebbe prevedere per soddisfare i requisiti minimi di protezione funzionali a perseguire l'obiettivo di garantire a chiunque, senza discriminazioni, il rispetto della propria integrità⁴; in secondo luogo, la richiesta mirava a chiarire se tali condizioni dovessero applicarsi anche nel caso di trattamenti disposti su un paziente affetto da disturbo mentale allo scopo di proteggere soggetti terzi da un *serious harm*, ovverosia in una fattispecie che, sebbene non contemplata dall'art. 7 Oviedo, è tuttavia prevista dall'art. 26 Oviedo concernente la restrizione all'esercizio dei diritti⁵. L'ambito materiale su cui insistono i quesiti tocca un tema molto delicato che, almeno in parte, coincide con alcuni degli aspetti più dibattuti nel corso dell'*iter* di approvazione di un Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo rivolto alla protezione dei diritti di soggetti con disturbi mentali⁶.

Oltre che per questa ragione, la decisione era particolarmente attesa anche perché essa avrebbe potuto offrire agli interpreti la possibilità di cogliere la concreta estensione della competenza consultiva di cui all'art. 29 Oviedo. Dopo aver però circoscritto in maniera significativa la propria giurisdizione consultiva *ex art. 29 Oviedo*, la Corte Edu ha ritenuto i quesiti sottoposti al proprio apprezzamento estranei *rationae materiae* a tale sfera di competenza, rigettando – con una maggioranza di 13 voti contro 4 – la richiesta di *opinion*. Ciononostante, attraverso argomentazioni dal taglio marcatamente pedagogico, i giudici di Strasburgo hanno contribuito a far luce su alcune delle zone d'ombra proprie di questo strumento.

Ne è emerso quindi un parere lungo e articolato, idealmente suddivisibile in due parti che si vogliono rispecchiare nella struttura del presente contributo. Come avviene infatti nell'*opinion*, la prima parte

della CEDU, si porrebbe il problema della legittima estensione della giurisdizione della Corte Edu. Infine, un ulteriore elemento di preoccupazione ricomprendeva le zone grigie relative al valore giuridico attribuibile a tali pareri. Come per lo più accade nella giurisdizione consultiva dove si conferiscono a queste tipologie di pareri le controverse formule di "peso giuridico" e "autorità morale", essi dovrebbero essere presumibilmente reputati non vincolanti, senza però che tale aspetto fosse stato espressamente definito con riferimento alle *opinions* di cui all'art. 29 (sul punto si rimanda *infra* al par. 5).

⁴ Art. 7 Oviedo, Tutela delle persone che soffrono di un disturbo mentale: «La persona che soffre di un disturbo mentale grave non può essere sottoposta, senza il proprio consenso, a un intervento avente per oggetto il trattamento di questo disturbo se non quando l'assenza di un tale trattamento rischia di essere gravemente pregiudizievole alla sua salute e sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso».

⁵ Art. 26 Oviedo, Restrizione all'esercizio dei diritti: «L'esercizio dei diritti e le disposizioni di tutela contenute nella presente Convenzione non possono essere oggetto di altre restrizioni all'infuori di quelle che, previste dalla legge, costituiscono delle misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza pubblica, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute pubblica o alla protezione dei diritti e libertà altrui».

⁶ La bozza del Protocollo Addizionale, nella sua ultima versione del giugno 2018, è disponibile al link <https://rm.coe.int/inf-2018-7-psy-draft-prot-e/16808c58a3>.

del contributo sarà dedicata alla definizione della cornice teorica, approfondendo il funzionamento e la natura di questo *advisory opinion mechanism* e contestualizzandolo nel sistema convenzionale e, in particolare, nel rapporto con le ulteriori competenze consultive riconducibili alla Corte Edu. La seconda parte sarà invece focalizzata sulla attualizzazione della cornice teorica, entro la quale verrà calata la specifica questione sottoposta dal DH-BIO, alla ricerca dei fattori che hanno condotto al rigetto della richiesta.

Nelle battute conclusive del contributo, si offriranno infine alcune suggestioni e riflessioni sul ruolo della Corte Edu nella garanzia dei diritti e sul processo di costituzionalizzazione di cui, ormai da alcuni decenni, è protagonista. Secondo alcuni primi commenti, infatti, la richiesta di *advisory opinion* avanzata dal DH-BIO suggeriva «an acceleration of the process of “constitutionalisation” of the ECtHR’s role»⁷. Ciò su cui ci si interrogherà sarà, pertanto, se il *self-restraint* mostrato dalla Corte Edu nella delimitazione della propria competenza sia suscettibile di rappresentare una mancata accelerazione proprio nel progressivo affermarsi del suo ruolo di giudice costituzionale o para-costituzionale.

2. Una roadmap concettuale.

Nella parte iniziale dell’*opinion*, particolare meticolosità viene dedicata alla definizione delle “regole di ingaggio” e alla delineazione della struttura teorica della *advisory jurisdiction* prevista nella Convenzione di Oviedo. Tale operazione ricostruttiva è resa necessaria dalle scarse indicazioni ricavabili dal dato testuale dell’art. 29 Oviedo. Quest’ultimo, oltre alla delimitazione *ratione personae* del meccanismo⁸, stabilisce esclusivamente che la Corte Edu possa rilasciare, al di fuori di ogni lite concreta che si svolga davanti a una giurisdizione, pareri consultivi su questioni giuridiche concernenti l’interpretazione della Convenzione di Oviedo.

La disposizione null’altro prevede, né con riferimento alla procedura che la Corte Edu dovrebbe seguire per giungere all’emanazione del parere né in ordine alla sussistenza di eventuali ed ulteriori limiti. Per ovviare al vuoto procedimentale e per verificare l’effettiva estensione della competenza consultiva stabilita dalla Convenzione di Oviedo, viene quindi instaurato tra questa *advisory jurisdiction* e il primigenio *advisory opinion mechanism* di cui all’art. 47 CEDU un forte parallelismo, il quale assumerà un peso centrale in questa prima parte del contributo che sarà così strutturata: un preliminare e ineludibile passaggio, di cui ci si occuperà nel par. 3, è quello che riguarda la definizione della procedura da applicare e l’individuazione del fondamento giuridico e legale della competenza consultiva ai sensi dell’art. 29 Oviedo. Si procederà quindi, in un secondo momento, ad analizzare la natura, lo scopo e i limiti della *advisory jurisdiction* su Oviedo, dalle quali la Corte di Strasburgo ricava molteplici assonanze con l’art. 47 CEDU (par. 4). A tal proposito, si muoverà da un breve affondo sull’art. 47 CEDU, soffermandosi sulla sua delimitazione *ratione materiae*, anche alla luce della giurisprudenza convenzionale (par. 4.1). Funzionale alla comprensione delle problematiche giuridiche sottese alla stretta connessione instaurata tra art. 47 CEDU e art. 29 Oviedo, sarà poi una digressione sulle “incertezze” che accompagnano la definizione del perimetro applicativo di quest’ultimo, prendendo in considerazione

⁷ D. UTRILLA, *ECtHR’s advisory jurisdiction on the move: Bioethics Committee requests first-ever advisory opinion*, in *EU Law Live*, 2020, 1-4.

⁸ Sull’ambito *ratione personae* si rimanda *infra* al par. 4.2.

non solo il dato testuale ma anche alcuni rilevanti elementi di sistema (par. 4.2). Si dovranno pertanto affrontare gli argomenti che la Corte Edu sviluppa nel proprio *iter* argomentativo per prendere posizione di fronte a tali incertezze (par. 4.3) e, in particolare, l'individuazione della *ratio* che sostiene la necessaria enucleazione di stringenti limiti alle proprie competenze consultive (par. 4.3.1), estrapolata alla luce della ricostruzione della storia redazionale della Convenzione di Oviedo e dell'art. 29 (par. 4.3.2). Limiti che non ricorrono, invece, per lo strumento di competenza consultiva della Corte Edu da ultimo istituito con il Protocollo n. 16, su cui si concentrerà il paragrafo conclusivo di questa prima parte (par. 5).

3. La definizione della procedura applicabile e il respingimento delle critiche sul fondamento giuridico della competenza consultiva della Corte Edu su Oviedo

L'incompletezza di indicazioni sulla procedura applicabile in conseguenza dell'attivazione del meccanismo di cui all'art. 29 Oviedo viene agilmente risolta dalla Corte Edu attraverso un'estensione in via analogica a tale disposizione delle regole previste per l'*advisory opinion mechanism* dell'art. 47 CEDU. Così facendo, automatico è il rimando non solo agli artt. 47, 48 e 49 CEDU ma altresì al *Chapter IX* delle Regole sul funzionamento della Corte (*Rules* da 82 a 90), che articola una procedura bifasica composta di una fase istruttoria e di una fase di merito. In particolare, nel corso della fase istruttoria, le *Rules* 84 e 85 prevedono che, una volta resa nota da parte del cancelliere la richiesta di parere, alle Parti contraenti sarà consentito sottoporre commenti scritti entro i termini dettati dal Presidente della Corte Edu, i quali saranno poi resi circolarmente disponibili oltre che inviati ai membri della Corte Edu e al Comitato dei Ministri. Inoltre, ai sensi della *Rule* 86, alcune delle osservazioni scritte, previa selezione del Presidente della Corte Edu, potranno essere presentate in forma orale nel corso di una udienza *ad hoc*.

Esaurita tale fase e sulla base dei rilievi emersi, si apre quella di merito, che – in ottemperanza alla *Rule* 87 – vede protagonista la Grande Camera (nella composizione determinata ai sensi dell'art. 24§2 lett. f) Regolamento della Corte⁹), la quale è tenuta ad esprimere il parere o, in alternativa, a rigettare con decisione motivata la richiesta qualora la ritenga estranea alla propria sfera di competenza¹⁰.

In occasione della presentazione della richiesta di *opinion* in analisi è stata dunque attivata questa procedura bifasica che ha portato alla presentazione, da parte di diverse Alte Parti contraenti¹¹, di

⁹ La disposizione rimanda, a sua volta, al par. 2 lettere a) ed e) ove si afferma che fanno parte della Grande Camera il Presidente e i Vicepresidenti, nonché i Presidenti delle Sezioni eventualmente sostituiti dal Vicepresidente della Sezione interessata e che i giudici e i giudici supplenti che completano la Grande Camera vengono designati fra i rimanenti. La designazione viene effettuata dal Presidente della Corte attraverso estrazione a sorte, le cui modalità devono assicurare una composizione geograficamente equilibrata e rappresentativa dei diversi sistemi giuridici esistenti nelle Parti contraenti.

¹⁰ Ai sensi della *Rule* 88, la posizione della Corte è espressa a maggioranza dei voti con facoltà per i giudici di allegare semplice dichiarazione di dissenso oppure opinione separata, sia concordante che dissenziente.

¹¹ Nel caso in analisi, dando attuazione a queste disposizioni, nella prima fase della procedura, e in particolare circa sei mesi dopo la presentazione della richiesta di parere, il *Registrar* ha invitato le *contracting parties* a presentare le proprie osservazioni. Si sottolinei come, dandosi applicazione alle norme che regolamentano la procedura di cui all'art. 47 CEDU, le *contracting parties* invitate a presentare commenti scritti sono state tutte le parti

memorie volte a sottoporre ai giudici commenti sul merito della richiesta del DH-BIO, a mettere a disposizione informazioni sulla legislazione e sulle pratiche nazionali adottate nell'ambito tematico oggetto del parere nonché ad esporre osservazioni anche concernenti la giurisdizione della Corte Edu. Proprio su quest'ultimo profilo – identificato quale uno dei problemi lasciati aperti dalla definizione della competenza consultiva sulla Convenzione di Oviedo – si è soffermata una minoranza dei governi¹². Nella CEDU, così come nei suoi Protocolli e nel suo Regolamento, non si rinviene infatti alcun rimando né alla previsione né alla disciplina del meccanismo di *advisory opinion ex art. 29* Oviedo. A fronte di questo rilievo, alcune memorie hanno sollevato dubbi sull'integrazione di un'effettiva competenza della Corte Edu¹³, non ritenendosi sufficiente per determinare un ampliamento della sfera di competenza consultiva il mero nesso con un altro trattato internazionale. L'unica modalità per integrare le competenze della Corte consisterebbe in una modifica della CEDU oppure nell'eventuale adozione di un Protocollo aggiuntivo e nella modifica del Regolamento della Corte¹⁴. Sarebbero solo tali strumenti a garantire – in virtù dell'art. 34 della Convenzione di Vienna¹⁵ – una più circostanziata declinazione delle modalità procedurali sulle quali raccogliere il preliminare e indispensabile consenso di tutti gli Stati contraenti.

Nella propria *opinion*, la Corte affronta quindi in prima battuta queste critiche, leggendo il silenzio delle disposizioni convenzionali come non ostativo all'individuazione di un fondamento della propria giurisdizione consultiva. Nel discostarsi da quanto sostenuto da una parte dei Governi intervenienti, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto come tale competenza non necessiti di poggiare su una previsione esplicita contenuta all'interno della CEDU o in uno dei suoi Protocolli. Benché questa sia la prassi generalmente invalsa laddove Corti internazionali siano investite del potere di *advisory jurisdiction*, ciò non preclude che tale competenza possa essere attribuita alla Corte Edu anche attraverso fonti ulteriori, soprattutto qualora essa debba esercitarsi in relazione a trattati sui diritti umani che hanno ricevuto l'approvazione del *Committee of Ministers* del Consiglio d'Europa.

A conferma di ciò, la Corte evoca le disposizioni sull'interpretazione dei trattati internazionali e, in special modo, l'art. 31 della Convenzione di Vienna, in conformità del quale «Un trattato deve essere

contraenti della CEDU, tra le quali rientrano anche ordinamenti che non hanno sottoscritto o ultimato le procedure di ratifica della Convenzione di Oviedo su cui invece insistono le richieste interpretative avanzate dal DH-BIO.

¹² La maggior parte degli Stati non ha invece messo in discussione in astratto la giurisdizione della Corte Edu; la competenza del giudice sovranazionale troverebbe riscontro non solo sulla base della lettera dell'art. 29 ma, *a fortiori*, considerando la stretta interrelazione tra le due Convenzioni e l'ampio consenso raccolto in fase di redazione della Convenzione di Oviedo, proprio intorno all'art. 29 quale elemento di raccordo dei due sistemi di tutela dei diritti.

¹³ I Governi che si sono espressi in questo senso sono stati: Andorra, Azerbaijan, Polonia, Russia e Turchia.

¹⁴ Senza ritenere necessario per fondare la competenza della Corte Edu un Protocollo *ad hoc* o una disciplina all'interno della CEDU del meccanismo consultivo, secondo Gitti sarebbe stato preferibile seguire la strada di un Protocollo specifico per non svalutare l'art. 29 «a una mera dichiarazione di intenti», assicurandone così l'operatività. Qualora tale strada si fosse rivelata eccessivamente onerosa, l'Autore prospetta la conclusione di un'intesa giuridicamente non vincolante con cui tutti gli Stati parti della Convenzione di Oviedo avrebbero potuto consentire alla Corte Edu di divenire operativa in questa specifica sfera di giurisdizione consultiva (cfr. A. GITTI, *op.cit.*, 731-732).

¹⁵ Ai sensi dell'art. 34 della Convenzione di Vienna invocato in alcune memorie: «Un trattato non crea né obblighi né diritti per uno Stato terzo senza il consenso di quest'ultimo».

interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo». Il richiamo ad un'interpretazione di tipo sistematico è elemento ricorrente nella giurisprudenza convenzionale, ritenuta persino indispensabile laddove si consideri che «the Convention cannot be interpreted in a vacuum»¹⁶. Tale sistematicità, che dovrebbe connotare l'operazione interpretativa posta in essere dalla Corte Edu, richiede (e al contempo diviene strumentale a) una apertura alle fonti di diritto internazionale esterne. Non a caso, infatti, queste ultime sono ormai sempre più stabilmente divenute – nell'ampio *parterre* dello strumentario esegetico¹⁷ di cui usufruiscono i giudici di Strasburgo – uno degli ausili irrinunciabili per instaurare una relazione armonica con le altre regole di diritto internazionale, nel quadro di un generale potenziamento della lettura evolutiva delle disposizioni convenzionali favorita dal c.d. processo di “globalizzazione” nell'uso delle fonti¹⁸ inaugurato nel caso *Demir e Baykara c. Turchia* del 2008¹⁹. Come sottolineato da Arato, la Corte «claims the competence to consider, in the expansive and evolutionary interpretation of the Convention, what it perceives to be trends in international, regional, and domestic mores as evidenced by an array of hard and soft law, irrespective of whether states have agreed to be formally bound by those instruments or whether the instruments were even meant to be binding»²⁰.

Proprio questa finalizzazione dello stesso art. 31 della Convenzione di Vienna ha comportato che, nella prassi, il principio interpretativo tratto da tale disposizione sia stato ricondotto essenzialmente all'esegesi di norme sostanziali. Nel caso in esame, la Corte Edu ne offre però una più ampia lettura, sottolineando come esso non debba considerarsi privo di rilevanza per altri tipi di disposizioni, comprese quelle sulla sua giurisdizione. In questo modo, la Corte Edu riesce a superare l'assenza nell'intero sistema convenzionale di un fondamento positivo della propria giurisdizione consultiva sulla Convenzione di Oviedo. Essa assume come sufficiente quanto disposto nell'art. 29 Oviedo e fonda la propria facoltà di disciplinare questo specifico procedimento su una applicazione analogica dell'art. 25, lett. d), CEDU ove si riconduce alla stessa Corte il potere di adottare il proprio regolamento²¹.

¹⁶ Par. 42 CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit.

¹⁷ Si ricordi che la Corte, oltre a numerosissimi trattati internazionali e convenzioni, può avvantaggiarsi nella sua opera interpretativa anche degli atti emanati dalle istituzioni del Consiglio d'Europa tra cui risoluzioni e raccomandazioni della Assemblea Parlamentare e del Comitato dei Ministri, i documenti della Commissione di Venezia etc., così come dei principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili di cui all'art. 38 par. 1 dello Statuto internazionale della Corte di Giustizia (cfr. R.G. CONTI, *Ruggeri, i giudici comuni e l'interpretazione*, in *Giustizia Insieme*, 2019).

¹⁸ P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (eds.), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 121-156.

¹⁹ CEDU, *Demir et Baykara c. Turchia*, 34503/97 (12/11/2008). Sentenza disponibile su <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²⁰ J. ARATO, *Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg's Expansive Recourse to External Rules of International Law*, in *Brooklyn Journal of international law*, vol. 37, n. 2, 2012, 349-387: «Ultimately, the Court is here asserting a competence over and above the States Parties. It claims the competence to consider, in the expansive and evolutionary interpretation of the Convention». Cfr. altresì G. ULFSTEIN, *Evolutionary Interpretation in the Light of Other International Instruments*, in A. VAN AAKEN, I. MOTOC (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford, 2018, 83-94.

²¹ L'art. 25 CEDU prevede che «La Corte riunita in Assemblea plenaria (a) elegge per un periodo di tre anni il suo presidente e uno o due vice-presidenti; essi sono rieleggibili; (b) costituisce Camere per un periodo determinato;

4. La natura, lo scopo e i limiti della competenza consultiva ex art. 29 Oviedo

Chiarite queste due preliminari problematiche, i giudici internazionali si trovano a dover affrontare il nodo più spinoso concernente la competenza consultiva ex art. 29 Oviedo, ossia «*to determine the nature, the scope and the limits of that jurisdiction*». In questa prospettiva, quello svolto dalla Corte è un lavoro di fine tessitura. Essa intreccia i fili della storia redazionale della Convenzione di Oviedo per far emergere la profonda vicinanza tra quest'ultima e la CEDU e i fili che rappresentano le finalità insite nei due documenti internazionali e nella competenza consultiva su di essi attribuita alla Corte. La digressione sui limiti di cui all'art. 47 CEDU non rimane quindi un puro esercizio dogmatico ma ne costituisce un passaggio imprescindibile, tanto che la domanda di fondo che muove la Grande Camera è se sia possibile applicare anche all'art. 29 Oviedo i limiti sostanziali propri del meccanismo ex art. 47 CEDU.

4.1. Un preliminare affondo sulle limitazioni *ratione personae* e *ratione materiae* dell'*advisory opinion* ex art. 47 CEDU

Si proceda però con ordine. Prima di verificare come la Corte Edu abbia instaurato il parallelismo tra le due competenze consultive, è infatti opportuno rammentare in cosa consista e come sia disciplinata la competenza della Corte Edu in base all'art. 47 CEDU.

Quest'ultimo meccanismo, non contemplato nella versione originaria della CEDU, è stato introdotto nel sistema convenzionale attraverso l'adozione del Protocollo n. 2 entrato in vigore nel 1970, all'esito di una lunga e articolata riflessione favorita dalla Raccomandazione n. 232 del 1960 della Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (l'allora Assemblea Consultiva)²², ove si auspicava di aprire alla possibilità per la Corte Edu di sciogliere autoritativamente, grazie alla propria attività esegetica, dubbi giuridici rigorosamente estranei alla decisione di un caso concreto²³. Solo in un secondo momento,

(c) elegge i presidenti delle Camere della Corte che sono rieleggibili; (d) adotta il regolamento della Corte; (e) elegge il cancelliere e uno o più vice-cancellieri; (f) formula le richieste previste all'articolo 26§2».

²² Recommendation 232 (1960) *Extension of the competence of the European Court of Human Rights as regards the interpretation of the Convention on Human Rights*. Il testo della Raccomandazione è disponibile al link: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14269&lang=en> (ultima consultazione 12/10/2021). Tale Raccomandazione succedeva alla Recommendation 231 (1960) *Uniform interpretation of European treaties* (testo disponibile al link <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=14268&lang=en>, ultimo accesso 14/10/2021). Quest'ultima proponeva un'ampia competenza interpretativa della Corte che avrebbe coperto ogni convenzione conclusa nell'ambito del Consiglio d'Europa: «The High Contracting Parties shall recognise, in accordance with the provisions set out below, the competence of the European Court of Human Rights to interpret any convention concluded under the auspices of the Council of Europe (here inafter referred to as "European convention"), or any other international treaty concluded between two or more Member States of the Council of Europe, insofar as the provisions of those conventions or treaties are applicable by national courts. 2. The procedure for interpretation provided for in this Agreement shall not be applicable in respect of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed on 4th November 1950, or to its Protocol, signed on 20th March 1952». In dottrina si vedano A.H. ROBERTSON, J.G. MERRILLS, *Human Rights in Europe, A Study of the European Convention on Human Rights*, Manchester-New York, 1993.

²³ Come ricordato in P. PROLI, *op.cit.*, 766, questa competenza in capo alla Corte consentiva di integrare i cd. esercizi di compatibilità ovvero sia forme di controllo politico e di monitoraggio instaurati dal COE e presenti prima dell'adozione del Protocollo n. 2, che si sostanziavano in meccanismi definiti "latu sensu consultivi" e in

tramite il Protocollo n. 11, il meccanismo è stato incorporato nelle disposizioni della Convenzione dove si è esplicitata la competenza della Corte Edu a fornire pareri consultivi su questioni giuridiche concernenti l'interpretazione della CEDU e dei suoi Protocolli²⁴.

L'art. 47 CEDU prevede, nello specifico, una duplice limitazione: *ratione personae* e *ratione materiae*²⁵. Con riferimento all'ambito *ratione personae*, si individua espressamente nel Comitato dei Ministri²⁶ l'unico soggetto legittimato a presentare richiesta di *opinion*. Più articolata è invece la previsione dell'ambito *ratione materiae*: nel primo paragrafo, infatti, la disposizione esige che il parere verta su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli (art. 47§1) e, nel secondo paragrafo, si vincola la valutazione nel merito della questione da parte della Corte Edu ad interrogativi non inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della CEDU e nei Protocolli, né attinenti ad altre questioni su cui la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla CEDU (art. 47§2).

La preoccupazione che aveva spinto verso questa delimitazione era quella di assicurare che la competenza consultiva rimanesse residuale rispetto al primario compito dei giudici convenzionali e, quindi, rispetto alla competenza giurisdizionale vera e propria che definisce l'investitura originale della Corte Edu quale garante della giustiziabilità dei diritti racchiusi nella CEDU in presenza di violazioni poste in essere nei diversi ordinamenti contraenti²⁷.

Il fermo proposito di evitare il rischio di una sovrapposizione tra competenza giurisdizionale e *advisory jurisdiction* si apprezza ancor più analizzando l'*Explanatory report* del Protocollo n. 2, nel quale si forniscono alcune dettagliate indicazioni che consentono di cogliere la dimensione concreta di tali limitazioni, successivamente riprese dalla stessa giurisprudenza della Corte Edu: anzitutto, si sottolinea come la questione su cui si richiede il parere debba possedere *a legal character*. Attribuendo alla connotazione il medesimo significato rinvenibile in altre simili convenzioni internazionali, due sono le conseguenze che derivano: in primo luogo, che debbano ritenersi escluse dalla competenza consultiva di

procedure di prevenzione volte ad evitare violazioni sistematiche dovute ad incompatibilità strutturali dei sistemi nazionali con la CEDU. Sul punto si veda altresì A. DRZEMCZEWSKI, J. GAUGHAN, *Implementing Strasbourg Court Judgments: The Parliamentary Dimension*, in W. BENEDEK, W. KARL, A. MIHR, M. NOWAK (eds.), *European Yearbook on Human Rights*, Vienna, 2010, 233-244: «“Strasbourg vetting” of draft legislation is necessary, irrelevant of whether the bill has been introduced in response to an adverse judgment of the Court. Verification of draft legislation is a principal preventative measure in seeking to avoid unjustified infringement of the Convention guarantees».

²⁴ Il Protocollo n. 11 ha apportato due modifiche alle disposizioni del Protocollo n. 2. In particolare, il *quorum* previsto per sollecitare il parere è stato portato da 2/3 alla maggioranza dei voti e, in secondo luogo, se inizialmente la competenza ad esprimersi in merito al parere spettava alla assemblea plenaria della Corte, ora essa è attribuita alla Grande Camera.

²⁵ Sono infatti esclusi sia tutti i soggetti che possiedono legittimazione attiva per sollevare una procedura contenziosa sia altri organi del Consiglio d'Europa (Segretario generale e Assemblea Parlamentare), i quali possono però proporre al Comitato proposte di domande di parere, come avvenuto in due delle tre decisioni nell'ambito della competenza consultiva della Corte Edu ex art. 47 (cfr. P. PROLI, *op.cit.*, 766).

²⁶ L'art. 47 precisa, inoltre, che «la decisione del Comitato dei Ministri di chiedere un parere alla Corte è adottata con un voto della maggioranza dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato».

²⁷ È il carattere della residualità a marcare il *discrimen* con la competenza principale della Corte Edu ossia quella contenziosa (cfr. P. PROLI, Art. 47-49, in V. ZAGREBELSKY, P. DE SENA, S. BARTOLE (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2012, 766).

Strasburgo tutte le questioni che eccedano il perimetro della mera interpretazione spingendo, surrettiziamente, verso l'introduzione di integrazioni, migliorie e correzioni capaci di incidere sul portato sostanziale della disposizione. In secondo luogo, che siano parimenti da rigettare questioni la cui soluzione coinvolga *matters of policy* e, pertanto, un apprezzamento dell'opportunità politica da parte del giudice internazionale²⁸. Il *Report* fornisce, infine, una specificazione sulla locuzione utilizzata nell'art. 47§2 CEDU, ove si fa riferimento alla preclusione dettata dalla possibilità che sulla questione la Corte Edu debba doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso; sul punto, l'*Explanatory Report* sottolinea come le questioni giuridiche escluse dalla competenza consultiva siano tutte quelle che la Commissione, la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero dover prendere in considerazione a seguito dell'apertura di un procedimento giurisdizionale ai sensi della CEDU, indipendentemente dal fatto che si tratti di procedimenti passati, presenti, futuri o anche solo meramente ipotetici²⁹. Dinanzi a richieste suscettibili di integrare uno o più di questi limiti, la Corte Edu, ravvisando un'incompatibilità con la sua sfera di competenze consultive, può – ai sensi della *Rule 87* e dell'art. 48 CEDU – rigettare la domanda.

A conferma dell'importanza di queste limitazioni, tali regole sono state finora rigidamente applicate. Suscitando critiche da parte di alcuni commentatori che hanno accusato la Corte Edu di aver concorso a disincentivare l'utilizzo di questo meccanismo, quest'ultima si è infatti ad oggi espressa su tre sole richieste di *opinion*, due delle quali, peraltro, accolte unicamente in ragione di meri rilievi procedurali. Nel vagliare se i quesiti sottoposti alla sua attenzione fossero configurabili come una "questione giuridica"³⁰ relativa all'interpretazione della CEDU in virtù di quanto disposto dal §1 dell'art. 47 CEDU e rientrassero quindi nella sua sfera di competenza secondo le condizioni previste dal §2 del medesimo articolo, i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di esplicitare il rigore dei limiti soggettivi e, soprattutto, oggettivi che accompagnano tale strumento consultivo³¹. Attraverso tali *opinions*, la Grande Camera ha contribuito a rafforzare la rigidità già insita nella delimitazione *ratione materiae* della propria

²⁸ Così l'*Explanatory Report to Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions Strasbourg*, 6.V.1963, ETS 44: «The questions on which such opinions may be given must therefore have a legal character. The term "legal questions" is to be understood as having the same meaning as is given to this term in similar international conventions. As the Committee stated in its first report, this rules out, on the one hand, questions which would go beyond the mere interpretation of the text and tend by additions, improvements or corrections to modify its substance; and, on the other hand, questions whose solution would in any way involve matters of policy».

²⁹ Esplicito è in questo senso l'*Explanatory Report* al Protocollo n. 2: «The questions which are excluded are those which the Commission, the Court or the Committee of Ministers might have to consider in consequence of the institution of proceedings provided for in the Convention whether such proceedings are past, present, future or merely hypothetical».

³⁰ La qualificazione della questione come "giuridica" consentiva di escludere qualsiasi questione i cui termini o la cui soluzione avrebbero coinvolto problematiche di ordine politico (cfr. *Memorandum on the 3rd meeting of the Committee of Experts from 2nd to 12th October 1961* (DH/Exp (61) 36, 18 gennaio 1962), disponibile al link <https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P2-EN2907903.pdf>). Il concetto viene ulteriormente ribadito dalla stessa Corte nell'*opinion* del 12 febbraio 2008, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights*.

³¹ Cfr. CEDU, *Decision on the Competence of the Court to Give and Advisory Opinion*, 2 giugno 2004.

competenza consultiva, avallando quanto previsto nei lavori preparatori del Protocollo n. 2³². Questi ultimi, tra le esemplificazioni di applicazione della giurisdizione consultiva, contemplavano infatti un ristretto numero di campi afferenti all'elezione dei giudici, alla procedura del Comitato dei Ministri in fase di esecuzione delle sentenze e ai compiti del Segretario generale del Consiglio d'Europa³³. Gli stessi timori per un indebolimento della centralità della funzione giurisdizionale a vantaggio di quella consultiva o di una sovrapposizione tra le due competenze sono quelli che hanno determinato il fallimento di tentativi di propagazione della giurisdizione consultiva della Corte Edu ad altre convenzioni redatte nell'ambito del Consiglio d'Europa, così come proposte di revisioni formali al Protocollo n. 2. Nel primo senso, si rammenti la posizione contraria assunta dalla Corte Edu di fronte all'invito, avanzato nella Raccomandazione 1492 (2001) della Parliamentary Assembly, di utilizzare il modello di Oviedo anche per la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali³⁴. Nel secondo senso, si ricordi come molteplici siano stati i tentativi di ampliamento della giurisdizione consultiva della Corte Edu, i quali toccavano non solo l'ambito *ratione personae*, con l'inclusione tra i soggetti titolati a presentare richiesta di parere anche la Commissione, la Parliamentary Assembly del Consiglio d'Europa nonché ogni Stato contraente, ma altresì un'espansione dell'ambito *ratione materiae* che avrebbe potuto ricomprendere nel raggio interpretativo della Corte Edu qualsiasi questione giuridica

³² Si veda *Recueil des Travaux Preparatoire du Protocole n. 2*, in <https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P2-EN2907903.pdf>.

³³ La prima richiesta di *advisory opinion*, sollevata nel 2004, aveva ad oggetto la compatibilità della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali della Comunità di Stati Indipendenti (cd. CIS) con la CEDU. In tale occasione, la Corte ha ritenuto come la richiesta esorbitasse dalla propria sfera di competenza attenendo a problematiche giuridiche che avrebbero potuto, in futuro, essere oggetto di un procedimento attivato avanti a sé in sede giurisdizionale. La Corte torna poi sugli spazi della competenza consultiva ex art. 47 sollecitata da altre due richieste di *advisory opinion* rispettivamente sottoposte alla sua attenzione nel 2008 e nel 2010, entrambe concernenti il sistema di elezione dei giudici. L'*opinion* del 2008 (*Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning the Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights (No. 1)*, 12 February 2008) nasceva in risposta a due quesiti sottoposti alla Corte Edu da Malta, con i quali si domandava alla Corte se una lista di candidati al posto di giudice della Corte Edu, conforme ai criteri definiti dalla stessa Convenzione (art. 21), potesse essere rifiutata unicamente sulla base di questioni legate al genere dei candidati e se le risoluzioni 1366 (2004) e 1426 (2005), recanti la disciplina della procedura di candidatura e selezione dei potenziali giudici della Corte Edu, violassero le responsabilità dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ai sensi dell'art. 22 della Convenzione, laddove si introducevano criteri ulteriori quali la presenza nelle liste di almeno un candidato dell'altro sesso. Se la prima questione viene ricondotta alla competenza consultiva della Corte Edu, la seconda ne viene invece esclusa toccando l'interpretazione di atti che non rientrano in quelli su cui si era sollecitato il vaglio consultivo dei giudici di Strasburgo. Con l'*opinion* rilasciata nel 2010 (*Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning the Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights (No. 2)*, 22 January 2010), la Corte Edu seguiva essenzialmente il medesimo schema della precedente, rinvenendo la sua competenza nell'esprimere parere su problematiche variamente connesse al ritiro e alla modifica da parte dello Stato della propria lista di candidati a giudici della Corte Edu e rigettando la richiesta di esprimersi sulla compatibilità a Convenzione delle disposizioni contenute nella Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa 1432(2005).

³⁴ Par. 12.10: «begin drafting an additional protocol to the Framework Convention for the Protection of National Minorities giving the European Court of Human Rights or a general judicial authority of the Council of Europe the power to give advisory opinions concerning the interpretation of the framework convention». Cfr. anche il *Draft additional Protocol to the Framework Convention for the Protection of National Minorities (on the interpretation of the Convention)*, Proposal by the Italian Chair.

riguardante la CEDU e i Protocolli sia la previsione della facoltà per gli Stati di interpellare i giudici di Strasburgo al fine di ottenere pareri su progetti di legislazione nazionale³⁵.

4.2. L'incertezza sul perimetro della competenza consultiva della Corte Edu sulla Convenzione di Oviedo

Nessuna esitazione sorge in merito all'impossibilità di ravvisare assonanze nella delimitazione *ratione personae* dei due strumenti consultivi. Se, come poc'anzi ricordato, nell'art. 47 CEDU la legittimazione a sollevare richiesta di *opinion* viene attribuita al Comitato dei Ministri, nell'art. 29 Oviedo i soggetti legittimati ad attivare il meccanismo consultivo sono chiaramente identificati nel DH-BIO³⁶ e nel Governo di una delle Parti, previa informativa resa nei confronti delle altre.

Diversamente, dubbi sono stati sollevati con riferimento alla delimitazione dell'ambito materiale. Le stesse memorie depositate nel corso della fase istruttoria tradiscono questa ambiguità, rivelando la polarizzazione tra un atteggiamento di chiusura in virtù del quale i limiti dell'art. 47 CEDU non devono trovare applicazione per l'*advisory opinion ex art. 29 Oviedo*³⁷ e un atteggiamento che spinge invece nel senso di una sovrapposizione dell'ambito *ratione materiae*³⁸.

³⁵ Si veda A. DRZEMCZEWSKI, *Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights: A Procedure Worth Retaining?*, in C. TRINDADE, A. AUGUSTO (eds.), *The Modern World of Human Rights*, San José, 1996, 493.

³⁶ Originariamente, l'art. 29 prevedeva che legittimato fosse il Comitato direttivo per la Bioetica che, dal gennaio 2012, è stato però sostituito con il DH-BIO. A seguito della riorganizzazione degli organi intergovernativi del Consiglio d'Europa, infatti, dal 1° gennaio 2012 il Comitato per la bioetica (DH-BIO) ha assunto le responsabilità del Comitato direttivo sulla bioetica (CDBI) per i compiti assegnati dalla Convenzione sui diritti umani e Biomedicina nonché per il lavoro intergovernativo sulla tutela dei diritti umani nel campo della biomedicina. Questa riorganizzazione ha anche portato alla creazione di un collegamento più stretto tra il DH-BIO e il Comitato direttivo per i diritti umani (CDDH).

³⁷ Parte delle osservazioni scritte presentate ha escluso tale estensione, facendo aggio sui criteri di interpretazione dei trattati internazionali. Tale posizione è stata sostenuta invocando, nello specifico, due disposizioni della Convenzione di Vienna ossia gli artt. 31 c. 3 e l'art. 30. Alla luce dell'art. 31, «un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo» e, in particolare, ai sensi del terzo comma di tale articolo, il contesto deve comprendere, oltre al testo, anche ogni norma pertinente di diritto internazionale applicabile alle relazioni fra le Parti. In questa prospettiva, dovrebbe trovare spazio l'art. 29 considerato quale norma pertinente di diritto internazionale. A ciò si aggiunga che l'art. 30 della Convenzione di Vienna, nel disciplinare l'applicazione di trattati successivi vertenti sulla medesima materia, prevede che quando tutte le parti del trattato anteriore siano parti del trattato posteriore, senza che il trattato anteriore abbia avuto termine o la sua applicazione sia stata sospesa in base all'art. 59, il trattato anteriore non si applichi se non nella misura in cui le sue disposizioni siano compatibili con quelle del trattato posteriore. Muovendo da questa disposizione, ne consegue che non debbano trovare spazio i limiti di cui all'art. 47 che, qualora diversamente impiegati, rischierebbero di compromettere sia la *ratio* che aveva sorretto l'introduzione dell'art. 29 sia la sua efficacia (cfr. par. 40 CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit.).

³⁸ In altre memorie, invece, è stata avvalorata una lettura analogica dei limiti contenuti nell'art. 47 CEDU. È stato infatti rilevato come la richiesta del DH-BIO fosse incompatibile con questa perimetrazione di competenza, ver-tendo su problematiche giuridiche su cui la Corte Edu si era in passato pronunciata e che avrebbero potuto in futuro divenire oggetto dell'esercizio della sua funzione giurisdizionale. Posizione più sfumata è quella infine abbracciata dai governi di Repubblica Ceca, Norvegia, Ucraina e Italia, secondo i quali i limiti racchiusi nell'art. 47 CEDU non si porrebbero come ostacolo alla competenza consultiva della Corte spingendo verso il rigetto della domanda ma integrerebbero, piuttosto, un onere in capo alla Corte Edu, chiamata – dentro i binari fissati dall'art. 47 CEDU – a calibrare la propria risposta in modo tale da non interferire con l'esercizio della primaria competenza

Fino alla decisione della Corte Edu, va dato atto di come in dottrina non si riscontrassero voci propense ad individuare un accostamento “materiale” tra art. 29 Oviedo e art. 47 CEDU, tanto che era stata pressoché esclusa l’eventualità di rintracciare, oltre a quelli espressamente menzionati nell’art. 29, ulteriori limiti alla giurisdizione consultiva della Corte Edu sulla Convenzione di Oviedo. Tale condivisa posizione era sostenuta sia in virtù del tenore letterale della disposizione in esame sia avuto riguardo al contesto sistemico in cui essa è incastonata³⁹.

Per quel che concerne il dato testuale, soprattutto nella versione ufficiale in lingua inglese, viene in rilievo la diversa formulazione racchiusa negli artt. 47 CEDU e 29 Oviedo. Se nel primo si utilizza la formula «or with any other question which the Court or the Committee of Ministers might have to consider in consequence of any such proceedings as could be instituted in accordance with the Convention», nella Convenzione di Oviedo si afferma espressamente «without direct reference to any specific proceedings pending in a court» (corsivo aggiunto). La lettera dell’art. 29 Oviedo riconosce quindi la facoltà per la Corte Edu, qualora interpellata, di fornire pareri consultivi su questioni giuridiche che concernono l’interpretazione di sue disposizioni, circoscrivendo la giurisdizione consultiva a questioni giuridiche estranee ad ogni lite concreta *pendente* davanti ad una giurisdizione. Tale dizione potrebbe indurre a ritenere che l’*advisory opinion mechanism* di cui alla Convenzione di Oviedo sia suscettibile di portare all’attenzione della Corte Edu l’interpretazione di disposizioni sostanziali della Convenzione purché non coinvolte in un processo in corso, senza quindi precludere *a priori* l’eventualità che la questione giuridica possa essere sollevata in un futuro procedimento contenzioso.

Altro dato testuale che potrebbe spingere per non ritenere consimili i limiti attribuibili ai due meccanismi consultivi è la mancanza di qualsivoglia riferimento, all’interno dell’art. 29 Oviedo, al divieto invece espressamente posto dall’art. 47 CEDU che impedisce alla Corte Edu di pronunciarsi su questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della CEDU (artt. da 2 a 18) e nei Protocolli. Laddove la funzione consultiva della Corte con riferimento alla CEDU può ultimamente esercitarsi su questioni procedurali, tale medesimo limite non sembrerebbe scorgersi per la Convenzione sulla biomedicina.

Ad analoga conclusione si giungeva altresì basandosi su un dato sistemico che muove dalla estrapolazione della *ratio* dei limiti dell’art. 47 CEDU e dalla difficoltà di ricondurre alla medesima *ratio* ulteriori sbarramenti all’esercizio della competenza consultiva su Oviedo. Come anticipato, l’obiettivo che aveva condotto all’introduzione dei rigidi confini di cui all’art. 47 era la volontà di escludere il rischio di compromettere «l’architettura della giurisdizione convenzionale»⁴⁰, inficiando la residualità della competenza consultiva. Questa stessa ragion d’essere potrebbe, di primo acchito, difficilmente adattarsi al meccanismo di Oviedo. L’omonima Convenzione si pone infatti quale strumento di armonizzazione tra principi e nei suoi confronti la Corte Edu non svolge alcuna funzione di tipo giurisdizionale e

giurisdizionale. La posizione espressa dal nostro ordinamento è così riassunta dalla Corte: «Others considered that the request should not be automatically rejected for this reason. Rather, the Court should ensure that its reply was formulated in such a way as not to interfere with its functions under the Convention (position of the Governments of the Czech Republic, Italy, Norway and Ukraine)» (par. 39, CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit.).

³⁹ Cfr. A. GITTI, *op.cit.*, 722.

⁴⁰ G. CENTAMORE, B. AGOSTINI, *Protocollo XVI alla Convenzione Europea dei Diritti umani: osservazioni generali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1-17.

alcun controllo contenzioso, il che – se non previene – aiuterebbe almeno a marginalizzare il rischio di un’interferenza di competenze.

4.3. L’ampliamento della lettura dei limiti dell’art. 29 Oviedo tra interpretazione teleologica e interpretazione storica

A dispetto di questo duplice ordine di considerazioni, la maggioranza della Grande Camera giunge però ad estendere al meccanismo di Oviedo tutti i limiti di cui all’art. 47 CEDU. A tal fine, i giudici di Strasburgo impostano il proprio *iter* argomentativo soffermando l’attenzione sull’autentico significato di tre elementi essenziali racchiusi nella disposizione di cui all’art. 29 Oviedo ovvero i termini “questioni giuridiche”, “interpretazione” e “presente convenzione”, presupponendo come la comprensione di questi concetti sia funzionale a tracciare i confini di applicabilità del meccanismo consultivo.

L’estrpolazione del significato del termine “questione giuridica” di cui all’art. 29 Oviedo viene risolta dalla Corte Edu con una succinta considerazione che fa aggio sull’argomento della comunanza terminologica rinvenibile tra quest’ultimo e l’art. 47 CEDU, che induce i giudici a concludere come la terminologia utilizzata debba essere la medesima in entrambi i contesti. Il significato della locuzione “questione giuridica” di cui all’art. 29 Oviedo deve perciò mutarsi da quello riconosciuto al medesimo termine impiegato nell’art. 47 CEDU, con la conseguenza di escludere anche dal meccanismo di Oviedo la presentazione di richieste di parere che vadano oltre la mera interpretazione del testo o che implicino *matters of policy*.

Più articolato e posto su un registro diverso è invece il ragionamento attraverso cui si dà lettura agli altri due termini, “interpretazione” e “presente Convenzione”, che sono l’asse portante intorno al quale la Corte Edu ricostruisce il proprio ambito di competenza consultiva con riferimento alla Convenzione di Oviedo.

Questa attività esegetica viene svolta seguendo due particolari traiettorie che tra loro si intrecciano: una interpretazione teleologica volta a tracciare un filo comune tra le *ratio* dei limiti di cui all’art. 29 Oviedo e di quelli ex 47 CEDU, la quale poggia su una prospettiva di tipo storico che consente di risalire alle motivazioni che hanno spinto verso la previsione del meccanismo di giurisdizione consultiva nella Convenzione di Oviedo.

4.3.1. L’interpretazione teleologica sulla *ratio* dei limiti delle competenze consultive pur nella diversa natura delle due Convenzioni

Il punto di partenza di questo percorso argomentativo non può che essere l’individuazione del metodo ermeneutico che meglio si adatta alla Convenzione di Oviedo. Ed ecco che, più che analogie, la Corte Edu coglie il principale distinguo tra Convenzione di Oviedo e CEDU, affermando come diversi debbano essere gli approcci metodologici che dovrebbero orientare la lettura dei due trattati. Se, infatti, per condurre le necessarie interpretazioni richieste dalla attivazione della procedura di *advisory opinion* dell’art. 29 Oviedo occorre fare riferimento ai criteri racchiusi nella Convenzione di Vienna⁴¹, quando la Corte Edu debba intervenire nella sua funzione primaria di giudice della CEDU tale metodo sarà

⁴¹ Tali criteri sono gli stessi che ispirano anche l’esercizio della funzione giurisdizionale della Corte Edu (cfr. G. ULFSTEIN, *Interpretation of the ECHR in light of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, 917-934).

soggetto ad una inevitabile torsione. La CEDU possiede infatti un carattere peculiare nel panorama dei trattati internazionali di tutela dei diritti umani, rappresentando «a constitutional instrument of European public order in the field of human rights»⁴². Una simile qualificazione porta a ritenere (con una consequenzialità forse troppo immediata e in molti casi contestata anche nella dottrina) che la CEDU debba essere necessariamente interpretata come uno strumento vivente, le cui disposizioni – in quanto dotate di una forza vivificante – imporrebbero di attenersi ad un metodo ermeneutico fondato su un’interpretazione evolutiva, altresì avvantaggiata dalla configurazione della Corte Edu come giudice del caso e del fatto.

Ciò vale però solo rigorosamente con riguardo alla CEDU, la cui natura “costituzionale” e, di conseguenza, i cui criteri interpretativi non sono ritenuti estendibili alla Convenzione di Oviedo. Tale preclusione viene inferita oltre che dal differente modello normativo a cui Oviedo si ispira (quello del *framework instrument*⁴³) anche da una lettura testuale. Sebbene la Convenzione di Oviedo sia stata redatta in un momento in cui già era presente e diffuso il modo di concepire la CEDU come un *living instrument*, di questa concezione non si trovano tracce o riferimenti nell’art. 29 Oviedo che non offrirebbe, pertanto, alcuna base legale utile a desumerne l’estensione. Il riferimento alla Convenzione di Vienna, evocato in altri passaggi della decisione per fondare estensivamente e sistematicamente la competenza della Corte Edu, si arresta così a questa sottolineatura, non risultando necessario un suo approfondimento al fine di determinare l’ambito materiale della competenza consultiva ai sensi di Oviedo.

La sottolineatura dell’esclusiva peculiarità della natura della CEDU non diventa però impedimento nell’accostamento della perimetrazione delle due competenze consultive. La maggioranza della Grande Camera conferisce infatti preminente rilievo alla omogeneità che, a suo giudizio, anima parimenti la *ratio* dell’*advisory opinion mechanism* ex art. 29 e quella del meccanismo ex art. 47 CEDU. La finalità insita nelle preclusioni dettate da quest’ultimo è quella di garantire una coesistenza armonica tra funzione consultiva e funzione giurisdizionale e di preservare il ruolo primario della Corte Edu quale tribunale internazionale che amministra la giustizia ai sensi della Convenzione⁴⁴. È in questa prospettiva che si è deciso di circondare la giurisdizione consultiva di una serie di barriere, frutto della cautela con cui si è da sempre cercato di chiudere alla possibilità per la Corte Edu di assumere, con parere

⁴² Tra le prime decisioni in cui si rinvia questa definizione si ricordino CEDU, *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, 23 March 1995, par. 93 e CEDU *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, no. 45036/98, §156, 2005.

⁴³ Si rammenti come la caratura stilistica e contenutistica della Convenzione di Oviedo sia ricondotta alla complessità nell’addivenire ad un consenso unanime su tali bioetici e biogiuridici. Attraverso formulazioni compromissorie e a tratti ambigue, la Convenzione di Oviedo si qualifica quindi come un *framework instrument* destinato a fissare principi e standard minimi di tutela vincolanti solo una volta concluso il percorso di ratifica della Convenzione e dei singoli Protocolli. Si ricordi, infatti, la scelta di numerosi Stati membri del Consiglio d’Europa di non firmare la Convenzione oltre che la situazione di stallo – che già nel 2006 Casonato qualificava come «difficilmente inconsapevole» – in cui versa attualmente il nostro ordinamento, ancora in attesa del deposito dello strumento di ratifica. Cfr. R. ANDORNO, *The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law*, in *Journal of International Biotechnology Law*, 2005, 133-143.

⁴⁴ La Corte Edu ricorda qui la propria *Decision on the Competence of the Court to Give and Advisory Opinion*, 2 giugno 2004 (cfr. CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit., par. 51).

consultivo, una posizione suscettibile, in futuro, di interferire e di pregiudicare la propria competenza giurisdizionale.

4.3.2. La storia redazionale della Convenzione di Oviedo e dell'art. 29 come strumento di comprensione della sfera di competenza consultiva della Corte Edu

Tali finalità trovano, secondo la Corte Edu, riflesso proprio nella storia redazione della Convenzione di Oviedo e dell'art. 29. Percorrendo la strada della lettura in senso storico, la Corte ritiene necessario compiere un passo indietro. Essa torna al momento generativo della Convenzione di Oviedo e al dibattito che ha accompagnato l'introduzione del meccanismo di *advisory opinion*, facendo affiorare il raccordo tra Convenzione sulla biomedicina e CEDU.

Nel dibattito dottrinale si sono articolati e fronteggiati due schieramenti opposti che hanno fornito visioni antitetiche di questo raccordo: da un lato, un approccio integrazionista e, dall'altro, un approccio separatista⁴⁵. Se si asseconda un approccio integrazionista, l'intima relazione tra i due strumenti internazionali si rinviene nel fatto che la Convenzione di Oviedo si prefigge di elaborare alcuni dei principi sanciti nella CEDU, pur dentro un ambito di applicazione maggiormente circoscritto di quello su cui insiste il sistema convenzionale. Per converso, in base alla lettura separatista, profondamente dissimile è la struttura dei due documenti⁴⁶. L'uno (Oviedo) si pone quale insieme di principi per lo più generali e astratti destinati ad essere riempiti di contenuto attraverso i Protocolli addizionali o, ancora di più, attraverso la regolamentazione nazionale incaricata di rispettare – e se possibile incrementare – gli standard minimi ivi fissati. L'altro (CEDU) è invece maggiormente puntuale nel dettagliare obblighi positivi in capo agli Stati parti, consolidati anche dalla fondamentale attività interpretativa della Corte Edu.

È proprio in questa quasi paradossale vicinanza-lontananza tra le due convenzioni che ha trovato origine l'intuizione che ha portato alla redazione dell'art. 29 Oviedo e alla previsione del meccanismo di *advisory opinion*. Da una parte, infatti, si riconosceva come una intima connessione tra Oviedo e CEDU fosse insita nella natura della stessa Convenzione di Oviedo che, fin dalla sua origine, portava nel proprio DNA i geni di un raccordo con la CEDU, incarnato dalla vicinanza funzionale che univa i due trattati. Al contempo, non si negava la distanza strutturale tra le due convenzioni. Nata quindi spuria di un organo giurisdizionale *ad hoc* e impossibilitata ad utilizzare gli strumenti giurisdizionali propri del sistema convenzionale europeo, la Convenzione di Oviedo ha attivato attraverso la Corte Edu un canale di interpretazione stragiudiziale che rispondesse alla duplice esigenza di saldare l'interrelazione teleologica e di colmare la distanza tra le convenzioni, senza trascurare le peculiarità che caratterizzano la Convenzione sulla biomedicina⁴⁷.

⁴⁵ F. SEATZU, *The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 31, 81, 2015, 5-16.

⁴⁶ Cfr. I.E. KOCH, *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden Boston, 2009.

⁴⁷ Come ricordato da A. GITTI, *op.cit.*, nell'elaborazione della Convenzione si era andati alla ricerca di una soluzione che inevitabilmente era influenzata «dalla necessità di contemperare due esigenze contrapposte: da un lato, data l'importanza politica di questo primo tentativo di codificazione, bisognava trovare una formulazione che riflettesse il punto di accordo qualitativamente più elevato e compatibile con la più ampia adesione possibile anche di Stati non facenti parte del Consiglio d'Europa; dall'altro, data la novità e la delicatezza della materia,

L'art. 29 è stato quindi per di più letto come manifestazione della necessità di corroborare un approccio integrazionista che poteva altresì usufruire, per cementarsi, di quanto specificato nell'*Explanatory Report* della Convenzione di Oviedo (par. 165), ove si prevede che i fatti che violano i diritti contenuti nella Convenzione di Oviedo possono essere considerati nell'ambito di procedimenti innanzi alla Corte Edu qualora costituiscano anche una violazione di uno dei diritti contenuti in quest'ultima⁴⁸. Sfruttando dunque entrambe le previsioni, si auspicava l'instaurazione di un lavoro sinergico delle due convenzioni incanalato nel sistema europeo di protezione dei diritti e grazie al quale la Convenzione di Oviedo e i relativi Protocolli opzionali avrebbero dovuto trovare interpretazione e attuazione alla luce dei principi racchiusi nella CEDU, come implementati e definiti dalla casistica della Corte di Strasburgo⁴⁹.

In questa veste, l'art. 29 trovava quindi posto nella Convenzione di Oviedo dovendo, almeno in parte, la sua formulazione definitiva all'interposizione della stessa Corte Edu. Nella versione originaria di Oviedo, l'intervento interpretativo della Corte Edu trovava, infatti, una diversa configurazione. In particolare, nella *opinion* n. 184 del 1995 della *Parliamentary Assembly*⁵⁰, era stato predisposto un articolo, allora numerato come art. 28, attraverso il quale si mirava all'istituzione di un *monitoring body*. A quest'ultimo, destinato a lavorare in stretta connessione con la Corte Edu, si affidava il duplice compito di interpretare la Convenzione e di vigilare sulla sua applicazione. L'art. 28 prevedeva che le parti della Convenzione di Oviedo potessero dichiarare in qualsiasi momento di accettare la competenza della Corte Edu a pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni di Oviedo su richiesta del Governo di una Parte, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e, aspetto maggiormente degno di nota, di qualsiasi organo giurisdizionale di una delle parti della Convenzione per ottenere una pronuncia pregiudiziale. In sede di discussione del *Draft*, la previsione era stata però modificata scorporando le due funzioni: il compito di vigilanza sull'applicazione della Convenzione veniva affidato al segretario generale del Consiglio d'Europa, facoltizzato a sollecitare l'invio di informazioni e chiarimenti da parte degli Stati (art. 30)⁵¹, mentre la funzione interpretativa veniva attribuita ai giudici di Strasburgo tramite la competenza consultiva.

per non veder vanificato lo sforzo di unificazione e di armonizzazione, era necessario garantire un sistema di controllo più stringente di quelli solitamente predisposti dai trattati multilaterali».

⁴⁸ Cfr. *Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, 4 aprile 1997, disponibile al link <https://rm.coe.int/16800ccde5> (ultimo accesso 12/10/2021), par. 165: «This Convention does not itself give individuals a right to bring proceedings before the European Court of Human Rights. However, facts which are an infringement of the rights contained in this Convention may be considered in proceedings under the European Convention of Human Rights, if they also constitute a violation of one of the rights contained in the latter Convention».

⁴⁹ In argomento si rimanda, *ex multis*, a E. ROUCOUNAS, *The Biomedicine Convention in relation to other international instruments*, in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS, J.H. HUBBEN (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Boston, 2005, 23-34.

⁵⁰ CEDU, *Opinion of 6 November 1995* (Cour (95) 413), *Draft bioethics convention (draft convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine)*.

⁵¹ Art. 30 Convenzione di Vienna, Rapporti sull'applicazione della Convenzione: «Ogni Parte fornirà, su domanda del Segretario Generale del Consiglio d'Europa, le spiegazioni richieste sul modo in cui il diritto interno del proprio Paese assicura l'applicazione effettiva di tutte le disposizioni di questa Convenzione».

Rispetto alla versione proposta al dibattito, la Corte Edu aveva quindi contribuito a ricalibrare e attenuare la propria possibilità di intervento. Attraverso l'*opinion* del 6 novembre 1995, i giudici sovranazionali, pur riconoscendo l'importanza di garantire un'interpretazione uniforme dei due sistemi di garanzia dei diritti e pur affermando come fosse opportuno affidare questo compito proprio alla Corte Edu, avevano reputato inadeguato lo strumento del sistema di pronuncia pregiudiziale. A detta dei giudici, la mancanza di un nesso tra l'interpretazione richiesta e un caso specifico pendente avrebbe aiutato a contenere il rischio di un'interpretazione capace di ostacolare la stessa Corte Edu in una fase successiva, qualora fosse stata chiamata a pronunciarsi sui fatti del caso che aveva dato origine alla richiesta o su fatti analoghi. Tanto che quest'ultima aveva proposto di modificare la formulazione dell'articolo, promuovendo una dizione considerata, per certi aspetti, più vicina a quella dell'art. 47 CEDU.

Non solo quindi nella dizione ma anche nelle ragioni che hanno sollecitato un contenimento della competenza consultiva su Oviedo, la Corte Edu sente riecheggiare le assonanze con l'art. 47 CEDU. Ragioni che, alimentate dell'interesse di Strasburgo a promuovere una relazione armonica tra competenza consultiva e giurisdizionale e a favorire un'armonia tutta interna alle proprie competenze consultive, impediscono alla Corte Edu di utilizzare la procedura prevista dall'art. 29 Oviedo in modo incompatibile con la finalità che ispira l'art. 47 CEDU.

Si dia però al contempo atto di come, né tale conclusione né tale sviluppo delle argomentazioni siano stati condivisi da una seppur contenuta porzione della Grande Camera. In una decisa *dissenting opinion*, infatti, i quattro giudici di minoranza⁵² hanno puntualizzato come sarebbe stato invece essenziale non sganciare la competenza consultiva della Corte Edu sulla base dell'art. 29 Oviedo dai suoi limiti testuali per immergerla nei più ampi e incisivi limiti dell'art. 47 CEDU, difficilmente conciliabili con lo scopo dell'*advisory opinion mechanism* di Oviedo. Senza negare l'esistenza di legami sostanziali tra la CEDU e la Convenzione di Oviedo, i giudici dissenzienti rimarcano come la Convenzione sulla biomedicina debba essere guardata quale strumento dotato di una sua specifica logica interna e quale strumento esterno al sistema convenzionale. Se i limiti a cui è sottoposta la competenza consultiva della Corte Edu nell'ambito della CEDU ben si comprendono nella loro specifica contestualizzazione, diversamente avviene per la Convenzione di Oviedo e per la giurisdizione consultiva ivi prevista. Essendo stata quest'ultima ideata «to promote a uniform interpretation of (*the shared*) concepts and avoid divergent interpretations of them under each convention»⁵³, lo spazio di intervento della Corte Edu deve essere necessariamente ampio o per lo meno tale da consentire l'esame di questioni che potrebbero ricadere nella sfera della propria competenza giurisdizionale. Alla Corte Edu dovrebbe essere quindi riservato un vasto terreno interpretativo che, oltretutto, secondo i giudici dissenzienti, deve essere esplorato utilizzando lo stesso approccio evolutivo che anima l'attività esegetica sulla CEDU, poiché nulla consentirebbe di differenziare la natura dei due strumenti, tanto da giustificare come la Convenzione di Oviedo rimanga soggetta ad una interpretazione non evolutiva e perseguibile, al più, solo attraverso un processo di definizione normativa (Protocolli).

⁵² La *dissenting opinion* è stata infatti condivisa dai giudici Lemmens, Grozev, Eicke e Schembri Orland.

⁵³ Par. 4, *Dissenting Opinion*, CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit.

5. Differenze e analogie con il meccanismo di *advisory opinion* di cui al Protocollo n. 16 CEDU

Se plurime sono le assonanze rinvenute tra i due meccanismi di *advisory jurisdiction* fin qui analizzati, profonda è invece – come precisa la stessa Corte Edu nella sua decisione – la distanza che intercorre tra la competenza consultiva di Oviedo e quella di recente definita con il Protocollo n. 16. Quest'ultima potrebbe piuttosto evocare la formulazione, poc' anzi ricordata, che era stata presentata nel *Draft* della Convenzione di Oviedo redatto dalla *Plenary Assembly*, dove si investiva la Corte della funzione di interpretare la Convenzione di Oviedo attraverso un *preliminary ruling*, a seguito della richiesta da parte di un organo giurisdizionale di qualunque Stato parte della Convenzione. Competenza che la stessa Corte aveva declinato ravvisando in essa consistenti rischi per una sovrapposizione tra competenza consultiva e competenza giurisdizionale.

Nella sua versione definitiva e attuale, un potenziale punto di somiglianza potrebbe risiedere nella capacità del parere della Corte *ex art. 29* Oviedo di incidere su norme sostanziali⁵⁴, oltrepassando le strettoie della perimetrazione *ratione materiae* del meccanismo *ex art. 47* CEDU. Come noto, infatti, l'*opinion* del Protocollo n. 16, finalizzata a ricadere su problematiche relative all'interpretazione o applicazione⁵⁵ dei diritti e delle libertà definiti nel complessivo sistema della Convenzione, tocca espressamente questioni di principio e disposizioni sostanziali.

Malgrado questa potenziale affinità⁵⁶, i giudici di Strasburgo evidenziano però gli elementi di differenziazione che riguardano la natura e la *ratio* dei due strumenti, a marcare come il Protocollo n. 16 sfugga dalla possibilità di vedersi estendere i medesimi limiti di cui all'art. 47 CEDU. La Corte sottolinea come sia lontana dall'art. 29 Oviedo l'aspirazione del Protocollo n. 16 alla definizione di una forma di istituzionalizzazione del dialogo tra Corti che consente di legittimare alla richiesta di *opinion* le alte giurisdizioni nazionali in presenza di una questione giuridica controversa che si impone espressamente nel corso di un processo. Ed è proprio questa propensione finalistica del recente Protocollo che mantiene acceso il dibattito sia sul piano internazionale sia su quello costituzionale nazionale, dove si assiste al

⁵⁴ In dottrina, cfr. A. GITTI, *op.cit.*, secondo il quale l'art. 29 avrebbe ampliato «la portata della competenza consultiva stragiudiziale» della Corte Edu «oltre i rigorosi limiti fissati dal Protocollo n. 2 e ribaditi dal nuovo art. 47 introdotto dal Protocollo n. 11 rendendo così interpretabili anche le norme sostanziali».

⁵⁵ Anche l'utilizzo della disgiuntiva "o" è stato tema di discussione in dottrina, potendo far propendere per la possibilità di sollevare richiesta di parere solo con riferimento all'applicazione dei diritti; il che potrebbe implicare un intervento della Corte Edu direttamente nel processo in corso (problematiche in questo senso sono state sollevate da V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Torino, 2015, 91-96; nello stesso volume si rimanda anche a G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, *ibidem*, 145-164.

⁵⁶ Cfr. D. UTRILLA, *op.cit.*

rincorrersi di voci positive e voci maggiormente critiche che illustrano le potenzialità⁵⁷ e i rischi⁵⁸ connessi all'introduzione di tale istituto nel nostro ordinamento.

Di tutto il dibattito che accompagna il Protocollo n. 16, due sono gli aspetti maggiormente pertinenti e che qui interessano: l'uno concernente gli effetti giuridici del parere consultivo e l'altro concernente la potenzialità di tale strumento di produrre interferenze con l'esercizio della competenza giurisdizionale.

⁵⁷ Numerosi sono gli Autori che puntano a smorzare o ad escludere i rischi evidenziati dai non sostenitori del Protocollo n. 16 e ad appellarsi alla bontà di questa nuova competenza della Corte Edu la quale, per il tramite di un rafforzamento del dialogo virtuoso tra le autorità giurisdizionali, auspica – seguendo le suggestioni emerse dalla Dichiarazione finale della Conferenza di Izmir sul futuro della Corte di Strasburgo e dalla Dichiarazione finale della Conferenza di Brighton – ad un consolidamento dell'attuazione della CEDU, funzionale a contenere i rischi in futuro di violazioni delle disposizioni convenzionali e, quindi, a contenere il volume del contenzioso seguendo uno schema improntato al principio di sussidiarietà. Con l'obiettivo di dare concretizzazione ad un effetto deflativo ci era già mossi in passato quando sono state adottate alcune modifiche sia al testo della Convenzione sia al Regolamento della Corte: tra gli altri, si ricordino l'art. 35, par. 3, lett. b) CEDU che prevede una sorta di filtro operato dalla Corte stessa per contenere i ricorsi pretestuosi, la modifica dell'art. 61 del Regolamento di procedura della Corte Edu che introduce le sentenze pilota, la modifica dell'art. 27 della Convenzione con la previsione del cd. giudice unico (cfr. G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione Giustizia*, 2019). Cfr. C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, in *Giustizia Insieme*, 2020; E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *Giustizia Insieme*, 2020; R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16. E perché?*, in *Sistema Penale*, 2019; R. SABATO, *Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema Penale*, 2019; E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, 2021; S. BARTOLE, *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

⁵⁸ Altri Autori hanno sottolineato i potenziali rischi insiti nell'instaurazione di un simile meccanismo e i suoi punti di debolezza sia con riguardo al sistema convenzionale sia con riguardo alle ripercussioni che lo strumento potrebbe presentare sul piano del diritto nazionale interno e che hanno indotto parte della dottrina nostrana, al momento assecondata dalla politica nazionale, ad auspicare una non ratifica del Protocollo 16 nel nostro ordinamento. Molteplici sono i profili problematici sottolineati. Innanzitutto, nella consapevolezza della differenza tra il meccanismo del Protocollo n. 16 e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE, numerosi Autori evidenziano l'omogeneità della natura sostanziale dei due strumenti; in secondo luogo, si sottolinea il potenziale effetto paradosso imputabile all'utilizzo di tale strumento che potrebbe concorrere a dilatare le tempistiche processuali/decisionali con un aggravio di lavoro a danno della Corte Edu oltre che un rallentamento del processo nazionale; in terzo luogo, si teme che il meccanismo possa incidere sui rapporti tra giudice costituzionale e giudici comuni provocando una marginalizzazione della Corte costituzionale. Tra le voci che sollevano dubbi e problematiche si ricordino M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, *Federalismi*, 2019, 1-54; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in *Sistema Penale*, 2019; M. MARCHINI, *Il protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Eurojus*, 13 novembre 2014; F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2019, 1-15.

Su un piano generale, quello degli effetti delle *advisory opinion* costituisce un tema antico quanto antico è lo strumento della giurisdizione consultiva⁵⁹ che ha interessato tutte le giurisdizioni internazionali⁶⁰ e nazionali⁶¹ dotate di tale potere.

L'art. 29 Oviedo anche su questo aspetto rimane silente e della problematica non vi è traccia nemmeno nell'*Explanatory report*⁶² alla Convenzione di Oviedo. Diversamente, esso ha rappresentato uno degli aspetti maggiormente dibattuti non solo durante, ma anche a seguito dell'approvazione del Protocollo

⁵⁹ Si tratta di una problematica che ha interessato tutte le giurisdizioni nazionali ed internazionali dotate di tale competenza. E. HAMBRO, *The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 3, No. 1, 1954, 2-22. Si veda altresì K. OELLERS-FRAHM, *Lawmaking Through Advisory Opinions?*, in A. VON BOGDANDY, I. VENZKE (eds.) *International Judicial Lawmaking. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlin-Heidelberg, 2012, 69-98: «as advisory opinions contain an erga omnes judicial statement of what is – in the view of the court – the law at large, they have a direct impact on international law in so far as they cannot be ignored. ... advisory opinions play a more significant role than judgements for the reason that they construe the meaning of a treaty provision or state the existence or contents of a rule of customary law at large, e.g., erga omnes».

⁶⁰ Si veda J.C. SCHMID, *Advisory opinions on human rights: moving beyond a pyrrhic victory*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2006, 415-456: «In theory, advisory opinions are authoritative but usually non-binding statements or interpretations of international law by an international tribunal or arbitral body. [...] They are also in theory less confrontational than contentious cases because states are not parties and do not have to defend themselves against formal charges. Overall, advisory opinions are said to be “soft” law because they are not binding. Absent a binding legal obligation, advisory opinions must encourage, but not compel, states to behave in a certain manner. Yet, in practice, the recent International Court of Justice (ICJ) and the Inter-American Court of Human Rights' (IACHR) advisory opinions suggest attempts at using this soft law to impose binding obligations on states through their development of international custom and treaty norms. To the praise of some and the displeasure of others, the courts are arguably eroding state sovereignty by using advisory opinions to rule on state practice even though the state has not consented to the court's jurisdiction».

⁶¹ Rispetto alle giurisdizioni nazionali il problema acquisisce, se possibile, ancora più spessore dentro la dinamica del principio della separazione dei poteri propri di ogni forma di governo. Cfr. H. IRVING, *Advisory Opinions, the Rule of Law, and the Separation of Powers*, in *Macquarie Law Journal*, 4, 2004, 105-134; *Advisory opinions and the influence of the Supreme Court over American policymaking*, in *Harvard Law Review*, 124, 8, 2011, 2064-2082; M.O. HUDSON, *Advisory Opinions of National and International Courts. I. National Courts*, in *Harvard Law Review*, 37, 8, 1924, 970-1001; C.R. BURSET, *Advisory Opinions and the Problem of Legal Authority*, in *Vanderbilt Law Review*, 74, 3, 2021, 621-680; J.R. ROGERS, G. VANBERG, *Judicial Advisory Opinions and Legislative Outcomes in Comparative Perspective*, in *American Journal of Political Science*, 46, 2, 2002, 379-397. Questa problematica necessita però di essere calata nel contesto giuridico in cui trova accoglimento la competenza consultiva, nelle specifiche forme di cui si veste il singolo strumento di *advisory opinion* e nella sua finalità; tutti elementi suscettibili di esercitare un impatto molto diversificato sugli effetti dello strumento. Cfr. T. MEYER, *Good faith, withdrawal, and the judicialization of international politics*, in *Questions of International Law*, 2014, 3-19: «Despite the soft law nature of tribunal decisions, no one would say that they are irrelevant. The ICJ's advisory opinion on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, for example, is widely cited as authoritative, despite the fact that as an advisory opinion it has no binding legal force. Where rule-making is concerned, tribunal decisions have their primary effect because they shape the expectations of states as to what counts as compliance with the underlying substantive obligations. States may not agree with tribunal decisions—they may not even be subject to the jurisdiction of the tribunal—but the decision's existence forces states to respond to its holding. It burdens, in effect, future legal arguments about what the substantive rules requires. Moreover, all states bound by the underlying substantive rules will have to react to the tribunal's decisions when such decisions (or the arguments and interpretations contained therein) are invoked by other states».

⁶² Come ricordato da A. GITTI, *op.cit.*, nota 12, 722: «Dagli atti preparatori e dal rapporto esplicativo non è possibile desumere se i pareri della Corte dovranno considerarsi vincolanti o meno, dal momento che tale problema non sembra essere mai stato sollevato».

n. 16, sebbene all'art. 5 espressamente si escluda la vincolatività delle *advisory opinions*⁶³. Questa netta presa di distanza dalla vincolatività del parere, indice di una elasticità maggiormente confacente alla natura propria dei Protocolli Addizionali, consente di mantenere nella discrezionalità del singolo giudice che adisce la Corte la possibilità di definire la forza dell'*opinion*, soprattutto con riferimento al processo *a quo*. Il lasciare mobili le maglie della forza giuridica dei pareri viene assunto come elemento strumentale per garantire il dialogo a cui il Protocollo aspira, evitando che vincoli espressi irrigidiscano le posizioni e i toni, ponendo le autorità giurisdizionali coinvolte non in un rapporto verticistico ma di complementarità⁶⁴.

Nonostante questa esplicita attenuazione della forza dei pareri, parte della dottrina ritiene però che essi possiedano la capacità performativa di incidere sull'ordinamento, essendo dotati – se non di una forza vincolante – almeno di un'indiscutibile forza autoritativa⁶⁵. La libertà decisionale di cui godrebbe il giudice nazionale nell'attribuire al parere della Corte Edu determinati effetti sul procedimento *a quo* che ha dato origine alla richiesta di *opinion* rischia, secondo numerosi commentatori, di rimanere una discrezionalità mite se non del tutto azzerata.

A questo si è obiettato come il Protocollo stabilisca che la richiesta di *opinion* non debba ritenersi pregiudizievole per la proposizione di un ricorso individuale *ex art. 34 CEDU* da parte dei soggetti coinvolti nel procedimento nazionale, una volta che questo si sia chiuso. Una simile preclusione può scattare solo qualora il giudice abbia conformato la propria pronuncia al contenuto dell'*opinion*, tanto che il Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 afferma che «laddove un ricorso venga proposto (dalla parte del giudizio nel cui corso il parere è stato richiesto) successivamente all'emissione di un parere consultivo della Corte che sia stato effettivamente osservato, si ritiene che tali elementi del ricorso che riguardano le questioni affrontate nel parere consultivo debbano essere dichiarati irricevibili o debbano essere stralciati».

Al contempo, però, è stato messo in luce come l'*opinion* della Corte Edu sia suscettibile di trasformarsi in un "vincolo di fatto"⁶⁶. Duplice è, infatti, il livello su cui potrebbe imprimersi l'autorevolezza di tale parere: un primo livello è quello che coinvolge il giudice nazionale e a cui già si è fatto riferimento⁶⁷, mentre il secondo riguarda la stessa Corte Edu e gli altri Stati. Sembra quanto mai difficile che la Corte Edu, investita di un ricorso individuale contro una pronuncia nazionale che si sia discostata dal contenuto di una sua *opinion*, orienti la propria decisione in sede giudiziale verso una non violazione dei

⁶³ L'art. 5, infatti, recita che «I pareri consultivi non sono vincolanti».

⁶⁴ M. LIPARI, *op.cit.*, 12. Sulla complementarità tra Corte Edu e Corte costituzionale si rimandi a A. PERTICI, *La Corte Costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 165-216.

⁶⁵ Una forza che, secondo Luciani, è idonea ad incidere sul «libero convincimento del giudice, garantito da una nostra risalente tradizione e formalizzato all'art. 101 co. 2 Cost.» (M. LUCIANI, *op.cit.*).

⁶⁶ G. CENTAMORE, B. AGOSTINI, *Protocollo XVI alla Convenzione Europea dei Diritti Umani: osservazioni generali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

⁶⁷ Sul punto è stato evidenziato come, a rafforzamento della non vincolatività dell'*advisory opinion* quale strumento di dialogo tra le giurisdizioni, nel caso della prima richiesta di *opinion* presentata dalla Cassazione francese in virtù del Protocollo n. 16, il Supremo giudice abbia deciso di non seguire il parere della Corte Edu (cfr. E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, 50-74).

parametri convenzionali. Foss'anche per un principio di contraddizione interno e per evitare una compromissione della autorevolezza della Corte stessa, a meno che i giudici internazionali non riescano a giustificare – probabilmente però a distanza di tempo – una dinamica evolutiva che spinge verso una diversa interpretazione⁶⁸. Non si trascuri poi quanto emerge dall'*Explanatory Report* (par. 27) che riconduce ai pareri un innegabile effetto giuridico. Essi, acquisendo valore di *res interpretata*⁶⁹, diventano «part of the case law of the Court, alongside its judgments and decisions», sicché analoghi devono essere considerati gli effetti dell'interpretazione fornita attraverso *advisory opinion* e quelli derivanti da sentenze e decisioni⁷⁰. Altrettanto difficile è l'eventualità che anche gli altri Stati rimangano indifferenti al contenuto del parere emesso dalla Corte Edu, sebbene non sollevato da una delle proprie giurisdizioni. Ciò che confluisce nell'*opinion* è infatti un'interpretazione della CEDU resa da una «autorità che ha il compito di renderla uno "strumento vivente"»⁷¹ e che sempre di più orienta le proprie funzioni in un senso "costituzionale" per il tramite della definizione di standards di tutela dei diritti umani volti ad indirizzare la legislazione nazionale⁷².

A motivo del dibattito sorto intorno agli effetti del parere della Corte Edu nell'ambito del Protocollo n. 16, ci si può dunque interrogare sul perché questo profilo non sia stato analogamente oggetto di discussione con riferimento ai pareri resi da Strasburgo nell'interpretazione della Convenzione di Oviedo. Il silenzio in fase di redazione della Convenzione di Oviedo si deve, anzitutto, al fatto che la non vincolatività potrebbe essere stata considerata indubbia. Questa è infatti la tendenza che caratterizzava (e ancora caratterizza) la maggioranza se non la totalità delle Corti internazionali a cui è attribuita tale

⁶⁸ Cfr. M. LIPARI, *op.cit.*: «In tal caso sembra peraltro che anche la Corte possa, a sua volta, discostarsi dal suo precedente parere. Ma è prevedibile che ciò avverrà in modo estremamente ponderato, alla stessa stregua dei mutamenti di giurisprudenza». Si vedano anche G. CENTAMORE, B. AGOSTINI, *op.cit.*: «Un'altra prospettiva da non sottovalutare nello studio dell'effettività dei vincoli derivanti dai pareri è quella interna alla Corte di Strasburgo: il rapporto esplicativo indica che i giudici della Corte, chiamati a decidere i ricorsi individuali, dovranno considerare i pareri espressi dalla Grande Camera *valid case-law to be followed when ruling on potential subsequent individual applications*. Anche sotto questo profilo, ne esce confermata la tesi volta a cogliere nella decisione preliminare consultiva una forza vincolante e, almeno parzialmente, preclusiva, rispetto al successivo ricorso ex art. 34 CEDU».

⁶⁹ Si vedano M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, in *German Law Journal*, 16, 6, 2015, 1387-1428: «This, coupled with the authority of the opinion and the seriousness of the questions raised, would make it almost impossible for the highest court requesting the advisory opinion not to follow it in resolving the case. Furthermore, given the general interpretative standards and principles established through them, advisory opinions could be deemed to have an impact comparable to an ECtHR pilot judgment, with ergo omnes effects, rather than to an "ordinary" ECtHR judgment, with just inter-partes implications». Si ricordi che tale espressione è stata utilizzata, diversamente da quella di "efficacia indiretta", dal Presidente J.P. Costa nella *Foreword dell'Annual Report of the ECHR*, 2008, come riportato da D. SPIELMANN, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of comparative constitutional law*, Oxford 2012, 1232-1252.

⁷⁰ L'*Explanatory Report*, sempre al paragrafo 27 relativo all'art. 5 prosegue infatti affermando che «The interpretation of the Convention and the Protocols thereto contained in such advisory opinions would be analogous in its effect to the interpretative elements set out by the Court in judgments and decisions».

⁷¹ I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *SIDiblog*, 2019.

⁷² Sul punto si rimanda alle riflessioni conclusive (par. 9).

competenza e, nello specifico, la Corte di Giustizia Internazionale, fonte di ispirazione per i redattori del Protocollo n. 2⁷³, così come anche le altre Corti regionali per la tutela dei diritti quali la Corte interamericana e quella africana. Ma su tale silenzio potrebbe aver probabilmente inciso anche la peculiarità che contraddistingue sia il sistema della Convenzione di Oviedo sia questo *advisory opinion mechanism* e che si intreccia con il tema già affrontato della *ratio* e della latitudine dell'art. 29 Oviedo.

È forse bastato questo duplice ordine di motivazioni per far decidere alla Corte Edu di non soffermarsi su tale aspetto nel corso della sua decisione. Nella pronuncia, quello degli effetti del parere è, invero, un profilo non taciuto ma che sembra quasi passare inosservato; in una decisione dal taglio fortemente didattico ci si sarebbe forse aspettati qualche ulteriore approfondimento che avrebbe consentito di ricavare chiarimenti in presenza di un incompleto dettato normativo. La Corte Edu riserva invece al tema un semplice *obiter dictum* ormai in chiusura di parere. A sostegno del rigetto dell'*opinion*, si afferma infatti che – sebbene la procedura di cui all'art. 29 riguardi la Convenzione di Oviedo e preveda dei pareri meramente *advisory*, cioè non vincolanti – una risposta nei termini di cui alla richiesta dell'DH-BIO costituirebbe un pronunciamento giudiziario autorevole incentrato tanto sulla Convenzione di Oviedo quanto sulla CEDU. I giudici di Strasburgo fanno quindi discendere dalla natura consultiva del parere la sua non vincolatività. Al contempo, però, la Corte Edu non nega la forza autoritativa di cui essi sono dotati la quale potrebbe divenire ostacolo alla sua preminente giurisdizione contenziosa.

Si entra così nel secondo dei profili di collegamento o non collegamento che la Corte Edu instaura tra art. 29 Oviedo e Protocollo n. 16. I giudici sovranazionali sono consapevoli di come, nell'esercizio della competenza consultiva su Oviedo, la propria interpretazione debba tenere conto non solo di quest'ultima ma anche della CEDU, letta evolutivamente attraverso le lenti di Strasburgo. La presenza di tale sovrapposizione marca quindi, da un lato, la convergenza tra l'art. 29 Oviedo e l'art. 47 CEDU e, dall'altro, la divergenza con il meccanismo del Protocollo n. 16. Quest'ultimo vedrebbe limitato – almeno nelle intenzioni⁷⁴ – il pericolo di un'ingerenza nella sfera propriamente giurisdizionale della Corte Edu grazie al radicamento del parere al caso concreto⁷⁵.

Ciononostante, è innegabile come il Protocollo n. 16 si muova lungo un crinale sottile. Da una parte, si richiede un giudizio astratto⁷⁶ ma, nel mentre, suscettibile di non sconfinare in una *abstract review of*

⁷³ Cfr. P. PROLI, *op.cit.*, 767.

⁷⁴ Come rilevato infatti da K. DZEHTSIAROU, N. O'MEARA, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, in *Legal Studies*, 34, 3, 2014, 444-468: «under the current legal regime it is highly unlikely that advisory opinions would ever overlap with contentious jurisdiction of the ECtHR. However, when Protocol 16 provides scope for the Court to deliver advisory opinions on the content of Convention rights, overlap would become almost inevitable».

⁷⁵ Tale radicamento, previsto nelle prime proposte di strutturazione dell'art. 29 Oviedo, è stato abbandonato a favore di un meccanismo slegato dalla concretezza dei fatti di causa, come era avvenuto anche per l'art. 47 CEDU.

⁷⁶ E. CANNIZZARO, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, *op.cit.*, 81: «un giudizio astratto, teso a chiarire in via preliminare il contenuto delle norme convenzionali, fornendo quindi un ausilio al giudice nazionale che potrà, così, prevenirne la violazione ovvero, se già commessa, porvi rimedio».

*domestic legislation*⁷⁷, che si persegue condizionando la richiesta di parere, ai sensi dell'art. 1 co. 3 del Protocollo n. 16, alla motivazione della richiesta e alla produzione di tutti gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente⁷⁸. Dall'altra, si vuole evitare che questo legame con il caso concreto tramuti l'attività della Corte Edu in una traslazione avanti a sé del giudizio instaurato a livello nazionale⁷⁹. È per questo motivo che i giudici di Strasburgo dichiarano di non essere competenti «né a valutare i fatti di una causa né a valutare nel merito le opinioni delle parti sull'interpretazione del diritto interno alla luce del diritto della Convenzione, né a pronunciarsi sull'esito del procedimento»⁸⁰.

Come sembra trasparire anche dalle prime messe alla prova del meccanismo, il voler sfruttare la potenzialità insita nei pareri consultivi di affrontare in maniera efficace le carenze strutturali, endemiche e sistemiche delle legislazioni nazionali⁸¹ rende delicato il punto di equilibrio che la Corte Edu deve

⁷⁷ È la stessa Corte, nell'*Opinion on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, del 6 maggio 2013, a considerarlo limite della propria competenza consultiva: «there should not be an abstract review of legislation».

⁷⁸ Questa logica, secondo Zagrebelsky, aveva infatti spinto nel Protocollo n. 16 a chiedere un legame con il caso concreto: «la corte non vuole che un parere, scisso dalla piena conoscenza del dettaglio del caso concreto, pregiudichi la decisione di casi concreti» (V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, op.cit., 91-96; similmente si veda G. SORRENTI, op.cit.: «che questa forma di advisory jurisdiction della Corte Edu non sia atta a rendere consulenze in astratto su specifiche leggi vigenti negli ordinamenti dei Paesi membri, si deve alla circostanza per cui questo significherebbe condizionare in una qualche misura la risoluzione dei casi che le potranno in futuro essere prospettati in relazione alle violazioni discendenti dall'applicazione della medesima legge».

⁷⁹ Cfr., *ex multis*, I. ANRÒ, op.cit.; si ricordi, al contempo, che «Una attenzione eccessiva al dato fattuale potrebbe però alterare significativamente la funzione dell'istituto dei pareri, dato che, come è noto, la giurisprudenza della Corte europea tende a determinare il contenuto delle norme convenzionali in stretta relazione alle circostanze del caso portato alla sua attenzione» (E. CANNIZZARO, op.cit.).

⁸⁰ Questo è quanto la Corte Edu ha ribadito nelle *opinions* fino ad oggi redatte in base a Protocollo n. 16. Si veda, su tutte, la *Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention. Request by the Supreme Court of the Slovak Republic* (Request no. P16-2020-001), disponibile sul portale <https://hudoc.echr.coe.int/> (ultimo accesso 12/10/2021).

⁸¹ Cfr. J. JAHN, *Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions. Deprivation or Relocation of the Convention's Core?*, in *ZaöRV* 74, 2014, 821-846, secondo la quale il meccanismo del Protocollo n. 16: «asserts the ECtHR's constitutional role by institutionalizing the ECtHR's delivery of justice beyond the single case, a paradigm shift from the long predominant individual justice approach. Arguably reconcilable with the Court's duty to deliver individual justice, this constitutes an adequate response to the Convention's incremental constitutionalisation and serves as a helpful technique to tackle the onerous backlog of pending cases by effectively dealing with structural and systemic legal problems».

rispettare⁸². Un punto di equilibrio nel quale, inevitabilmente, si stempera la tensione ad evitare possibili sovrapposizioni tra *abstract review of legislation* e giudizio astratto⁸³, ma anche tra *advisory jurisdiction* e *contentious jurisdiction* propria degli altri due strumenti consultivi incardinati nella Corte Edu⁸⁴. Ed è infatti proprio quest'ultima a riconoscere un simile stemperamento dichiarando come «Given this fundamental difference with the two other bases of the Court's advisory jurisdiction, Article 47 of the Convention and Article 29 of the Oviedo Convention, the limits which apply to the latter and which are designed to preserve the judicial function of the Court cannot apply in the same way to the Court's jurisdiction under Protocol No. 16»⁸⁵.

6. Dal piano teorico al piano concreto

Così tratteggiata la cornice teorica che ricostruisce la natura e la *ratio* dell'*advisory opinion mechanism* di Oviedo nonché la perimetrazione della relativa competenza consultiva, la decisione della Corte Edu svolge un ulteriore passaggio per definire se la richiesta formulata dal DH-BIO ricada od esorbiti dai limiti indicati. Per meglio cogliere questo passaggio, occorre tornare al contenuto della richiesta sottoposta all'attenzione dei giudici. Con il primo dei due quesiti, il DH-BIO chiedeva alla Corte Edu di offrire

⁸² La sottigliezza di questo crinale si coglie bene nella prima *advisory opinion* dove, a fronte della richiesta della *Cour de Cassation* francese che sollecitava chiarimenti sull'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nel disciplinare la trascrizione di atti di nascita di minori nati all'estero a seguito di maternità surrogata, la Corte Edu cerca di mantenere un certo equilibrio arrivando però a ridurre sostanzialmente il margine di apprezzamento e a fornire indicazioni puntuali sulla disciplina compatibile con l'art. 8 CEDU, sembrando a tratti identificare il proprio interlocutore – per utilizzare le parole di Malfatti – non tanto nell'interrogante quanto piuttosto nel legislatore francese e, in generale, nei legislatori europei (E. MALFATTI, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 159-160). Vede positivamente la potenzialità del meccanismo del Protocollo n. 16 di influenzare, sollecitandola, l'attività legislativa A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tale Corti europee e giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot.16)*, in *Rivista AIC*, 2014.

⁸³ Cfr. N. POSENATO, *New opinions ex Protocol no. 16 to the ECHR and the Inter- American advisory practice: some comparative remarks*, in *Eurojus*, 2020, 353-370: «Indeed, official documents mention the Strasbourg Court's impossibility of making an abstract review of national legislation in the light of the Convention only if disconnected from the contentious case. This statement, therefore, seems to overcome positions in the opposite sense subscribed in the past, according to which any review of national law or draft law should be avoided. A question relating to the compatibility of national legislation with the conventional rule may be highlighted in the concrete functioning of the European mechanism and nothing precludes it from being analysed by the Court, provided that it is relevant for the case in question and other similar situations. On the contrary, the preventive function of the advisory jurisdiction could be unfairly limited».

⁸⁴ Secondo G. SORRENTI, *op.cit.*: «Indubbiamente, infatti, se il parere dovesse avvicinarsi alla decisione del ricorso individuale, sfumando così ogni distinzione tra *advisory jurisdiction* e *individual justice*, ne risulterebbe inficiata la logica per cui la tutela dei diritti umani spetta primariamente agli ordinamenti statali e solo in ultima battuta alla Corte Edu, ovvero la logica della sussidiarietà, che è poi proprio quella che l'introduzione della nuova competenza consultiva vorrebbe tendere a corroborare».

⁸⁵ Questo è stato uno dei principali punti di attrito tra la decisione della maggioranza e quanto invece sostenuto nella *dissenting opinion* dai giudici di minoranza, i quali non rinvergono nell'art. 29 alcun rischio di sovrapposizione tra competenze di diversa natura: «No such overlap is possible between the advisory proceedings under the Oviedo Convention and the contentious proceedings under the Convention. The object in the two types of proceedings is, at least formally, totally different. It is in our opinion only logical that Article 29 of the Oviedo Convention does not contain limitations like those in Article 47 § 2 of the Convention».

il proprio supporto interpretativo specificando che cosa dovesse intendersi e quali fossero le condizioni di protezione che l'art. 7 della Convenzione di Oviedo prevede come obbligo per gli Stati parti, con l'obiettivo di garantire il rispetto dell'integrità del singolo e assicurare livelli minimi di tutela dei diritti umani della persona. Con la seconda, si sollecitava, invece, un chiarimento sulla possibilità di applicare tali condizioni anche nel caso di trattamenti disposti su un paziente affetto da disturbo mentale allo scopo di proteggere soggetti terzi da un *serious harm*, compatibilmente con quanto previsto dall'art. 26 Oviedo.

La Grande Camera esclude di poter intervenire in risposta alle richieste avanzate dal DH-BIO attraverso un processo di interpretazione di tipo astratto. Ostacolo a tale modalità di interpretazione è lo spirito che anima la Convenzione di Oviedo, il quale si traduce nella tecnica normativa con cui, generalmente, sono formulate le sue disposizioni e, nello specifico, l'art. 7. Proprio con riferimento all'ambito di regolamentazione afferente alla tutela di soggetti che soffrono di un disturbo mentale, tale disposizione lascia volutamente alle parti contraenti un margine di manovra nel dettare in maniera specifica quali debbano essere le condizioni di protezione applicabili nel proprio diritto interno. Il fatto che si tratti di scelta consapevole deriva dalla considerazione per cui già all'epoca della redazione della Convenzione di Oviedo, a livello internazionale (specialmente da parte del *Committee of Ministers*), erano stati riconosciuti taluni standard di tutela⁸⁶ che non erano però stati inseriti nella Convenzione. Si era infatti preferito non dotarli di forza vincolante e fare piuttosto affidamento sull'adattamento spontaneo da parte dei singoli ordinamenti.

L'argomentazione della Corte Edu trova poi rafforzamento ponendo mente a come analoga tecnica normativa non si riscontri specularmente in altre disposizioni. Si pensi all'art. 16 in materia di tutela dei soggetti che si sottopongono, previa prestazione del consenso, ad una ricerca scientifica dove la disposizione elenca, con un più sofisticato grado di specificazione, alcune condizioni imprescindibili⁸⁷. In questo contesto, invitare i giudici convenzionali a definire il contenuto delle condizioni protettive solo menzionate nell'art. 7 Oviedo, spingendoli di fatto a fissare nuovi standard giuridici internazionali, avrebbe avuto il duplice effetto di ridurre il margine assicurato agli Stati dall'ampia formulazione della disposizione e di "obbligare" i giudici a porre in essere un esercizio politico-legislativo incompatibile con la lettera dell'art. 7, con l'anima della Convenzione di Oviedo e, finanche, con i limiti di cui all'art. 47 CEDU. Un esercizio politico-legislativo su cui, oltretutto, il DH-BIO è già da quasi un decennio impegnato.

⁸⁶ Questi standard erano stati richiamati anche nell'*Explanatory report* nella parte concernente l'art. 7 dove si menzionavano espressamente la Raccomandazione n. R(83) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in materia di tutela giuridica di persone affette da disturbo mentale, la Dichiarazione delle Hawaii della World Psychiatric Association del 10 luglio 1983, la Dichiarazione di Madrid del 25 agosto 1996, nonché la Raccomandazione n. 1235 (1994) dell'Assemblea parlamentare su psichiatria e diritti umani.

⁸⁷ Analoga struttura si ritrova anche nell'art. 20 per quel che riguarda il prelievo di tessuti rigenerabili su persona incapace di prestare consenso e nell'art. 17 che disciplina la possibilità di ricerca su soggetti che non abbiano potuto prestare consenso.

7. L'iter di approvazione del Protocollo addizionale e l'interferenza della Corte con l'esercizio di una attività di tipo politico/legislativo

Contestualizzare nel processo politico-legislativo in corso la richiesta interpretativa presentata dal DH-BIO è un passaggio necessario per cogliere i motivi che hanno condotto al rigetto dell'*opinion* e che hanno determinato una restrizione così energica, e forse inaspettata, dell'operatività dell'art. 29 Oviedo.

L'oggetto su cui avrebbe dovuto esercitarsi la competenza consultiva della Corte non è infatti nuovo né alla sua giurisprudenza, né agli ordinamenti nazionali e nemmeno allo stesso DH-BIO che dal 2013 ha intrapreso l'*iter* di redazione di un Protocollo addizionale volto alla protezione dei diritti di soggetti con disturbi mentali che tocca, in particolare, il delicatissimo ambito dell'internamento e del trattamento obbligatorio.

Pur mossa dal nobile intento di delineare un rinnovato e aggiornato quadro giuridico capace di contenere l'incremento del numero di violazioni dei diritti riscontrate in questo campo dalla stessa giurisprudenza della Corte Edu⁸⁸, la strada della redazione del Protocollo è stata lastricata da numerosi

⁸⁸ Violazioni determinate anche dalla mancanza di garanzie procedurali qualora siano adottate misure e trattamenti privi del consenso dell'interessato. Quasi un decennio addietro, il *Report* del 2012 della FRA *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems* rilevava documentava come in tutta Europa numerose fossero le violazioni dei diritti umani delle persone con disabilità, nello specifico, con disturbi mentali evidenziando la imponente casistica concernente la detenzione di persone con disabilità intellettuali e psicologiche ma anche con riguardo all'*involuntary placement* e la sua finalità terapeutica. Tra i numerosi casi si ricordino *VK c. Russia*, 68059/13 (7/3/2017 violazione art. 3); *X. c. Finlandia*, 34806/04 (3/7/2012 violazione art. 5); *MS c. Croazia* (no. 2), 75450/12 (19/2/2015 violazione art. 5); *N. c. Romania*, 59152/08 (28/11/2017 violazione art. 5). Tutte le sentenze sono disponibili sul portale <https://hudoc.echr.coe.int/>. Si ricordi inoltre che già nel 2002 la *European Commission - Health & Consumer Protection Directorate-General* aveva finanziato un progetto di ricerca sulla legislazione negli Stati dell'Unione Europea su trattamenti in mancanza di consenso nei confronti di persone con disturbi mentali, i cui lavori erano confluiti nel *Final Report Compulsory Admission and Involuntary Treatment of Mentally Ill Patients – Legislation and Practice in EU-Member States* redatto da H.J. Salize, disponibile al link https://ec.europa.eu/health/ph_projects/2000/promotion/fp_promotion_2000_frep_08_en.pdf (ultimo accesso 12/10/2021). Nella vastissima e trasversale dottrina, si veda di recente D. WASSERMAN, G. APTER, C. BAEKEN, S. BAILEY, J. BALAZS, C. BEC, S. VAHIP, *Compulsory admissions of patients with mental disorders: State of the art on ethical and legislative aspects in 40 European countries*, in *European Psychiatry*, 63(1), 2020. L'ancora alto numero di casi giunti a Strasburgo ha fatto avvertire l'urgenza di raccogliere in un documento giuridicamente vincolante l'indicazione dei livelli di tutela conformi alla giurisprudenza di Strasburgo che, divenendo punto di riferimento per le legislazioni nazionali, possano incoraggiare una progressiva transizione verso un'uniforme applicazione all'interno degli Stati membri delle misure sanitarie in ambito psichiatrico. Inoltre, le disposizioni ad oggi presenti nella Convenzione di Oviedo – pur nella loro ampiezza – rischiano di suonare anacronistiche alla luce del mutamento di paradigma accolto dalla comunità medico-scientifica nel trattamento di persone affette da disturbi mentali o che soffrono di disabilità psicosociali. Un mutato paradigma che, nel frattempo, è stato assunto da specifici documenti internazionali come la più recente Convenzione Onu sui Diritti delle Persone con Disabilità adottata nel 2006 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite (art. 14) e, in conformità della quale, anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha ricalibrato le proprie politiche a partire dal *Mental health action plan 2013-2020*, fino alle recenti *Guidance and technical packages on community mental health services*, con cui l'OMS si propone di offrire «a roadmap towards ending institutionalization and involuntary hospitalization and treatment and provides specific action steps for building mental health services that respect every person's inherent dignity», e al quasi contestuale *Comprehensive Mental Health Action Plan 2020-2030*.



intoppi ed è stata accompagnata da trasversali critiche⁸⁹. Tale profluvio di critiche è sintomatico di un profondo dissenso sui contenuti del Protocollo a cui si addebita una ambivalenza⁹⁰ suscettibile di legittimare pratiche, come quella della contenzione, ritenute non più compatibili con la tutela dei diritti umani, di consolidare forme di istituzionalizzazione giustificate dal criterio della pericolosità sociale oltre che di avallare trattamenti involontari privi di limiti temporali. Generando confusione e ambiguità tra i diversi strumenti di garanzia dei diritti umani, e ponendo standard di protezione inferiori rispetto a quelli attualmente affermatasi a livello internazionale, la bozza di Protocollo è stata percepita come un'inversione di rotta e come un abbassamento dei livelli di tutela capace di produrre inevitabili ripercussioni sul piano nazionale.

Proprio la necessità di giungere ad un testo condiviso superando il disaccordo sul *Draft* del Protocollo Addizionale potrebbe essere stato il fattore che ha indotto il DH-BIO ad attivare il meccanismo consultivo dell'art. 29 Oviedo. Appare infatti debole il mero richiamo ad un ausilio interpretativo della Corte Edu sulla base della sua pregressa giurisprudenza. Generalmente, la competenza consultiva viene attivata laddove non sia presente un consolidato insieme di precedenti⁹¹, come rilevano anche alcuni studi riferiti ad altre Corti internazionali⁹². Nel sistema convenzionale europeo, non manca certo una ricca e

⁸⁹ Tra le voci più autorevoli che hanno espresso il proprio disappunto, si ricordino quelle del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, del *Rapporteur* sui diritti delle persone con disabilità dell'ONU, dell'Alto Commissario per i diritti umani dell'ONU, della *Parliamentary Assembly* del *Council of Europe*, del *Committee on the Rights of Persons with Disabilities* e, su base nazionale, quella del Comitato di Bioetica spagnolo. Già nel 2016 la *Parliamentary Assembly* del *Council of Europe* aveva adottato la raccomandazione n. 2091 (2016) *The case against a Council of Europe legal instrument on involuntary measures in psychiatry* con la quale si proponeva di interrompere i lavori sull'Additional Protocol stralciando la versione in discussione, suggerendo di intervenire sulla promozione di misure alternative alle misure involontarie che coinvolgessero maggiormente i destinatari nelle decisioni concernenti la propria salute (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22757&lang=en>). Accanto ai menzionati soggetti istituzionali si sono poi schierate molteplici associazioni rappresentative delle persone con disturbi mentali che hanno avanzato dubbi persino sull'opportunità della sua redazione e che hanno espresso le proprie preoccupazioni alla Corte Edu nel corso della procedura di *advisory opinion*. Attraverso le proprie memorie, alcune associazioni hanno evidenziato il rischio di un potenziale conflitto e disallineamento tra trattati internazionali: da una parte, il Protocollo addizionale in corso di approvazione e, dall'altra, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. Quest'ultima – figurando quale *lex specialis* – spinge verso una sempre più piena deistituzionalizzazione nonché verso la valorizzazione dei margini di autonomia e l'inclusione della persona con disabilità di tipo psichico o psicosociale. Anche alcuni ordinamenti non sono stati refrattari nel manifestare il proprio disappunto sia durante l'*iter* di approvazione sia sfruttando la possibilità di proporre commenti scritti nel corso della procedura di *advisory opinion*.

⁹⁰ Preminente ambiguità che si imputa al *Draft* è quella per cui le disposizioni assottiglierebbero e confonderebbero la linea di demarcazione tra trattamenti sanitari e trattamenti dettati da esigenze di sicurezza pubblica.

⁹¹ Come notato da Sorrenti con riferimento alla CEDU, «è vero che è difficile pensare a disposizione convenzionali rispetto a cui esistano lacune di interpretazione, pur tuttavia ci possono pur sempre essere situazioni inedite rispetto alle quali non appare ancora chiaro quali sarebbero i termini dell'interpretazione-applicazione del documento convenzionale e altresì possono pur sempre profilarsi nuove forme di aggressione del bene protetto che spingono a reclamare la tutela dei relativi diritti, sollevando ancora una volta dubbi sull'entità e sull'ampiezza dei diritti sottesi» (G. SORRENTI, *op.cit.*). Questo vale analogamente, e forse in modo particolare, con riferimento alla Convenzione di Oviedo che tocca un ambito, come quello della biomedicina, dove il progresso scientifico pone continuamente nuove questioni e nuove problematiche che si intrecciano con la sfera di tutela dei diritti.

⁹² Si pensi al parallelismo ricorrente, relativo alla Corte interamericana, tra l'aumento della giurisdizione contenziosa e la contemporanea diminuzione della giurisdizione consultiva. Cfr. K. DZEHTSIAROU, N. O'MEARA, *op.cit.*, 449-450: «The rise in the contentious case-law of the IACtHR and the parallel fall in delivery of advisory opinions

articolata giurisprudenza in materia la quale, più volte richiamata nel *Draft Explanatory Report* al Protocollo Addizionale, avrebbe potuto fungere da criterio ispiratore per riempire di contenuto gli standard di protezione⁹³.

È quindi forse più plausibile ipotizzare che il DH-BIO, trovandosi bloccato tra queste accese critiche e rischiando di andare incontro ad un'opposizione in seno al Comitato dei ministri, abbia visto nella Corte Edu un interlocutore autorevole capace di oltrepassare il disaccordo. Tale impiego strumentale dell'*opinion* non risulta peregrino anche guardando a come il DH-BIO ha introdotto la propria richiesta. Pur senza riferirsi espressamente al Protocollo Addizionale in discussione, il *Committee* ha infatti affermato che: «Both questions aim at clarifying certain aspects of the legal interpretation of Article 7 of the Oviedo Convention, with a view to informing the current and future work of the DH-BIO in the area»⁹⁴.

Il generico riferimento a “the current and future work” non ha però impedito alla Corte Edu di collegare direttamente la richiesta di *opinion* al processo normativo in atto. A ragion veduta, i giudici di Strasburgo hanno quindi scorto nell'attività richiesta un intervento non tanto di tipo interpretativo quanto, piuttosto, di stampo politico. Appellarsi alla propria giurisprudenza per definire una puntuale interpretazione della Convenzione di Oviedo suscettibile di riorientare la propria interpretazione di disposizioni della CEDU⁹⁵ avrebbe potuto, secondo la Grande Camera, non solo interferire con la decisione politica che la Convenzione sulla biomedicina riserva agli Stati ma finanche mettere a repentaglio l'esercizio (futuro) della funzione giurisdizionale⁹⁶.

Il richiamo alla propria precedente giurisprudenza diventa per la Corte Edu fattore di contenimento della propria competenza consultiva ma, al contempo, strumento per suggerire una strada orientata al superamento dell'*impasse*. Si rileva infatti una sostanziale coincidenza tra i requisiti che gli Stati parti della Convenzione di Oviedo sono tenuti ad osservare ai sensi dell'art. 7 Oviedo e quelli previsti dalla

illustrate this argument well. The IACtHR now delivers many more judgments in contentious cases than in the early years of the system. From 2007 to 2012, the IACtHR delivered 87 judgments and decisions in contentious cases. During the same period of time, the Court delivered only one advisory opinion». Gli Autori proseguono poi trasponendo questa considerazione sulla Corte Edu affermando che «While extending the ECtHR's advisory competence would have arguably intensified its development in the early years of its existence, extending it now will not substantively advance the ability of the ECtHR to set standards of interpretation of the ECHR». In argomento si rimanda anche a M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, *op.cit.*, nota 127: «In the practice of the Inter-American Court, the adoption of advisory opinions has developed considerably especially in the first phase of the life of the Court, primarily due to the reluctance of States to submit to the ICHR's adversarial jurisdiction».

⁹³ In numerose occasioni, la Corte Edu ha affrontato, alla luce di plurime disposizioni convenzionali (artt. 3, 5, 8, 14 etc.), le problematiche giuridiche sottese alla tutela di soggetti con disabilità psichica, anche con specifico riferimento alla sottoposizione di tali soggetti a trattamenti privi di un preventivo consenso. Per il tramite delle sue pronunce, i giudici sovranazionali hanno fornito criteri e orientamenti che hanno concorso ad imbastire una cintura protettiva convenzionalmente conforme per i destinatari di tali misure la quale, a sua volta, ha contribuito ad orientare modifiche nelle legislazioni nazionali.

⁹⁴ CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, par. 2.

⁹⁵ Allineandola, in questo modo, anche ai principi che emergono dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità.

⁹⁶ Come già sottolineato, la Corte Edu rileva la non vincolatività dei propri pareri ma non rimane insensibile alla forza autoritativa di cui essi potrebbero essere rivestiti (CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, par. 68).

CEDU. Senza trascurare il dato per cui vi è un'altra importante almeno parziale corrispondenza dettata dal fatto che tutti gli ordinamenti aderenti ad Oviedo sono al contempo Stati parti della CEDU. Quale il logico portato di questa duplice coincidenza? Che le garanzie predisposte nel diritto interno dei diversi Stati per adeguarsi alle "condizioni di protezione" previste dall'art. 7 Oviedo «need to be such as to satisfy, at the very least, the requirements of the relevant provisions of the Convention, as developed by the Court through its case-law»⁹⁷. Tale giurisprudenza, assecondando l'approccio alla CEDU quale *living instrument*, dovrebbe quindi assicurare quella elasticità necessaria per rispettare il dinamismo proprio degli standard medici che si sviluppano a livello nazionale ed internazionale.

La strada suggerita dalla Corte, oltre ad essere già preventivabile anche in assenza di una simile specificazione, potrebbe però aprire alcuni interrogativi sul valore essenzialmente pratico della Convenzione di Oviedo, per lo meno con riferimento all'ambito qui interessato. Profilo che, non accidentalmente, è stato messo in discussione nella *dissenting opinion* dove i quattro giudizi dissenzienti sembrano prediligere un approccio ancora più marcatamente non integrazionista delle due Convenzioni. Per recidere il cordone che porta a mutuare i limiti dell'art. 47 CEDU all'art. 29 Oviedo, essi hanno infatti sottolineato come alla Convenzione di Oviedo debba essere assicurata una maggiore autonomia rispetto al sistema convenzionale Edu poiché, diversamente argomentando, Oviedo rischierebbe di essere concepita quale una sorta di allegato alla CEDU o, nella peggiore delle ipotesi, quale una fonte espressamente collocata in una posizione inferiore dentro un'ideale gerarchia delle fonti internazionali.

8. Il potenziale impatto del Protocollo Addizionale e della richiesta del DH-BIO sul piano costituzionale nazionale

Sia la redazione del Protocollo Addizionale sia la richiesta formulata dal DH-BIO sono suscettibili di incidere non solo sulla tutela dei diritti a livello internazionale ma, altresì, sul piano interno. La natura del Protocollo implica la definizione di standard minimi di protezione, che potrebbero lasciare un margine di discrezionalità nell'adeguamento da parte di quegli ordinamenti ove già si prevedono più sofisticati livelli di garanzia. Tuttavia, l'approvazione del *Draft* potrebbe non solo generare una serie di contraddizioni nell'ambito della legislazione internazionale ed europea sui diritti umani ma far retrocedere quella cultura costituzionale che permea i risultati oramai raggiunti in diversi ordinamenti⁹⁸. Questi ultimi, infatti, hanno modificato l'approccio nei confronti di persone affette da disturbi mentali, arrivando ad escludere pratiche come quelle dell'internamento che appaiono invece consentite nella bozza del Protocollo, seppur corredate da numerosi *caveat*. Svitati Stati hanno inoltre limitato rigidamente le ipotesi di trattamenti effettuati in mancanza di consenso prevedendo procedure e limiti temporali tesi a garantire la libertà e la dignità dei destinatari delle misure. Basti ricordare quanto avvenuto

⁹⁷ CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, par. 69.

⁹⁸ Cfr. il report curato dal Mental Health Europe e dal Tizard Centre della University of Kent, *Mapping and Understanding Exclusion in Europe*, 2017, disponibile al link <https://mhe-sme.org/wp-content/uploads/2018/01/Mapping-and-Understanding-Exclusion-in-Europe.pdf> (ultimo accesso 12/10/2021).

in Italia a partire dall'approvazione della Legge n. 180 del 1978, meglio conosciuta come "Legge Basaglia".

Il mutamento di approccio che ha animato questi cambiamenti ha trovato concretizzazione tramite articolati processi di riforma che sono stati favoriti proprio dalla spinta inferta da altri documenti internazionali (come la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità), dalla stessa giurisprudenza della Corte Edu e, infine, da letture costituzionalmente orientate di quel coacervo di principi e diritti fondamentali che spaziano dallo sviluppo della persona umana, all'eguaglianza, al principio dignitario fino alla dimensione materiale e immateriale del diritto alla salute⁹⁹.

In questa prospettiva, le criticità fin qui sollevate potrebbero apparire lontane dall'aver un impatto sul nostro ordinamento dove permane l'annosa problematica del valore giuridico della Convenzione di Oviedo¹⁰⁰. Ciononostante¹⁰¹, non si può negare l'effetto, ancorché indiretto, che la Convenzione di

⁹⁹ Cfr. S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità*, Milano, 2015.

¹⁰⁰ A causa della scelta del Governo di non esercitare la delega legislativa prevista nella legge di autorizzazione alla ratifica, essa rimane ancora oggi costretta in una sorta di limbo, in quanto priva del deposito dello strumento di ratifica oltre che del necessario adattamento interno. Il "recepimento" della Convenzione di Oviedo nel nostro ordinamento è protagonista di un percorso che, ad oggi, non ha trovato pieno compimento a causa della latitanza dei Governi che non hanno ancora proceduto al deposito dello strumento di ratifica presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa, né tanto meno al necessario percorso di adattamento interno. Con riguardo al momento di perfezionamento dell'iter con deposito dello strumento di ratifica si è dibattuto della sua imprescindibilità offrendosi a tale quesito una risposta affermativa, sostenuta innanzitutto dal dato letterale della stessa Convenzione di Oviedo e della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e, in particolare, dal combinato disposto degli artt. 11 e 16. Con riferimento all'adattamento, occorre ricordare come fin dall'inizio siano stati compiuti dei passi in questa direzione. Il primo risale proprio al 2001 quando il Parlamento, dando corso al disposto dell'art. 80 Cost., approvava la l. n. 145. Tale intervento legislativo presentava un duplice contenuto: oltre a prevedere l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione della Convenzione e del contestuale Protocollo, la legge conteneva anche una delega legislativa sulla base della quale il Governo avrebbe dovuto adottare un pacchetto di norme funzionali all'adattamento della Convenzione nel nostro ordinamento. Tale "clausola di adattamento" contenuta nella legge delega, della durata di sei mesi, non ha mai però trovato concretizzazione in un atto governativo nemmeno a seguito di un differimento del termine di scadenza così come nemmeno a seguito della legge n. 17 del 2007. In sede di conversione del decreto mille-proroghe n. 300 del 2006 attraverso proprio la legge n. 17 del 2007, il Senato aveva infatti inserito – non senza sollevare dubbi di legittimità e di opportunità rispetto alla estromissione dell'organo parlamentare – un emendamento all'art. 1 laddove, nel comma 3, si delegava il Governo ad adottare i necessari decreti legislativi per portare a conclusione il percorso di adattamento senza che però, ancora una volta, a questa previsione sia poi stato dato corso. Tanto che alcuni anni a seguire e, segnatamente, nel 2012 era stato lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica a presentare una mozione con cui si sollecitava la chiusura dell'iter di ratifica della Convenzione sottolineando la necessità del completamento della relativa istruttoria e riconfermando a tal fine la disponibilità a procedere con una analisi di merito dei contenuti della Convenzione sì da fornire indicazioni circa eventuali riserve o opportuni adeguamenti dell'ordinamento interno. Cfr. F.G. PIZZETTI, *La delega per l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione di Oviedo tra problemi di fonti ed equilibri istituzionali: un nuovo "cubo di Rubik"?*, in *Rassegna Parlamentare*, 2007, 585-608; S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, 1-10.

¹⁰¹ La situazione brevemente riassunta non cristallizza però definitivamente il percorso di recepimento che potrebbe, prima o poi, essere condotto verso il suo compimento. In questo senso, sembrano deporre – almeno sul piano dell'*intentio* – gli atti di sindacato ispettivo e le mozioni presentate in Parlamento nella scorsa legislatura (Atto di sindacato ispettivo n° 1-00854; Atto di Sindacato Ispettivo n° 1-00778 dell'11 aprile 2017; mozione a Senato 1-00850 ottobre 2017). Ancor più di recente, nelle difficoltà emerse durante la gestione della pandemia Covid-19, una sollecitazione è giunta propria dal DH-BIO che con una dichiarazione del 14 aprile 2020 (DH-BIO

Oviedo è idonea ad esercitare sul piano giuridico nazionale. Nella sua giurisprudenza, la Corte di Cassazione ha più volte qualificato la Convenzione sulla biomedicina quale ausilio ermeneutico per l'attività interpretativa dei giudici nazionali, tanto più che «i trattati e le convenzioni sui diritti umani che non sono vincolanti per l'Italia, perché magari non ratificati ed eseguiti, possono comunque attraversare quantomeno la porta dell'art. 2 Cost. in quanto materialmente costituzionali, e in tal modo incidere sull'interpretazione giudiziale»¹⁰². E l'apporto di un simile strumento interpretativo, già spesso invocato nelle argomentazioni di ricorrenti e giudici, potrebbe aumentare considerevolmente, soprattutto quando il terreno di discussione giuridica coinvolga tematiche bio-giuridiche¹⁰³. Inoltre, l'interpretazione offerta in un parere come quello sollecitato avrebbe potuto trovare eco nella giurisprudenza di Strasburgo, a sua volta capace di riverberarsi all'interno degli ordinamenti nazionali (si pensi al caso *Parrillo c. Italia* sulla compatibilità con l'art. 8 CEDU del divieto di ricerca sugli embrioni previsto dalla l. n. 40/2004). In tal modo, il contenuto del parere avrebbe potuto assurgere a possibile standard di riferimento in casi relativi anche a Stati membri del Consiglio d'Europa che non hanno né firmato né ratificato la Convenzione.

Nel fornire una lettura delle disposizioni convenzionali il più possibile armonica, la Corte Edu può infatti ampliare il quadro di riferimento. Essa fa spesso rinvio ad altri documenti internazionali, non rilevando se lo Stato coinvolto nel giudizio abbia o non abbia ratificato il trattato o la convenzione¹⁰⁴; talvolta, poi, come accaduto nel caso *Emonet e altri c. Svizzera*¹⁰⁵, la Corte Edu si è persino spinta a rilevare la sussistenza o meno di un consenso europeo alla luce di progetti di revisione di convenzioni internazionali.

Statement on human rights considerations relevant to the COVID-19 pandemic) ha ricordato come la Convenzione di Oviedo, in quanto unico strumento internazionale giuridicamente vincolante nel campo della bioetica, «provides a unique human rights framework, including in a context of emergency and health crisis management, to guide decisions and practices both in clinical and research fields. In this Statement, the Council of Europe Committee on Bioethics (DH-BIO) wishes to highlight some of the human rights principles laid down in the Oviedo Convention which are particularly relevant and require particular vigilance in their application in the current pandemic».

¹⁰² Si veda N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I Trattati internazionali sui diritti umani e gli altri obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 373-405. Anche nella giurisprudenza costituzionale vi sono riferimenti alla Convenzione di Oviedo; si pensi alla sentenza n. 49 del 2005 sulla ammissibilità del referendum abrogativo parziale di alcune disposizioni della legge n. 40 del 2004 nella quale la Corte afferma: «La richiesta referendaria, in particolare, non si pone in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e con il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, e recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145».

¹⁰³ Il bio-diritto, per sua natura, è infatti fortemente condizionato da una pressoché costante e sistematica evoluzione (sul piano tecnico-scientifico e su quello etico-morale), capace di alimentare incertezze e generare vuoti di regolamentazione.

¹⁰⁴ Si veda, in questo senso, B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1-40, la quale ricorda anche la sentenza *Marcks c. Belgio*, 6833/74 (13/6/1979) nella quale, per la prima volta, la Corte Edu richiama due documenti di diritto internazionale.

¹⁰⁵ Cfr. caso *Emonet e altri c. Svizzera*, 39051/03 (13/12/2007), in occasione del quale la Corte ha letto nella bozza di revisione della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 (ratificata solo da 18 Stati membri del Consiglio d'Europa) il segno di un crescente riconoscimento per adozioni analoghe a quelle oggetto della causa (si veda G. COHEN-JONATHAN, J.F. FLAUS, *La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 53, 2007, 779-796).

Anche per questo, forse, si comprende l'interesse che ha indotto l'ordinamento italiano e altri ordinamenti che non hanno ratificato la Convenzione di Oviedo a presentare commenti scritti nel corso della procedura di *opinion ex art. 29*. Una possibilità che in molti hanno colto considerando oltretutto che, con riferimento alla specificità del caso in esame, la procedura di approvazione del Protocollo Addizionale implica il voto non solo degli Stati che hanno ratificato Oviedo¹⁰⁶ ma dell'intero Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dove siedono i 47 rappresentanti (ministro o delegati) di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa (*ex art. 32* Convenzione di Oviedo)¹⁰⁷.

9. Riflessioni conclusive: l'*opinion* della Corte nel percorso di costituzionalizzazione della CEDU

Con la propria *opinion* la Corte ha affrontato le molteplici aree grigie che circondavano lo strumento consultivo di cui all'art. 29 Oviedo. Fugando dubbi interpretativi concernenti profili sia di stampo processual-procedurale sia di stampo sostanziale, la maggioranza della Grande Camera sembra quasi forzare la lettera dell'art. 29 Oviedo. Essa preme sulla *ratio* dello strumento e sulla sua natura, per propendere verso una significativa restrizione della propria competenza consultiva attraverso la trasposizione dall'art. 47 CEDU degli stringenti limiti con cui già la Corte Edu aveva circoscritto, nell'ambito del sistema convenzionale, la propria *advisory jurisdiction*. Al punto che si potrebbe forse provocatoriamente supporre come questa sia stata la prima ma possa, al contempo, essere l'ultima applicazione dell'art. 29 Oviedo.

L'approfondito percorso argomentativo intrapreso dai giudici internazionali restituisce l'impressione che la Corte Edu si sia mossa in questa direzione per evitare di incorrere nelle conseguenze sul piano sistemico sostanziale che una sua accettazione dell'*opinion* avrebbe potuto produrre rispetto al rapporto tra ordinamenti in campo internazionale e in campo costituzionale europeo. La Corte Edu evita correttamente di immettersi in un processo legislativo in corso, consegnando interpretazioni capaci di condizionare autorevolmente il dibattito "politico" e l'*iter* redazionale del Protocollo Addizionale. Si assiste quindi ad un esercizio di *self-restraint* che, se non adottato, avrebbe forse favorito un ulteriore rafforzamento del ruolo para-costituzionale di Strasburgo, assecondando le letture secondo cui l'attivazione dell'*advisory opinion mechanism* di Oviedo avrebbe potuto suggerire un'ennesima «acceleration of the process of "constitutionalisation" of the ECtHR's role»¹⁰⁸.

È noto infatti come, da diversi decenni, la Corte Edu vive un'altalena identitaria, oscillando tra un'identità costituzionale e una internazionale¹⁰⁹. La prima, strettamente connessa alla fisionomia originaria

¹⁰⁶ Dei 47 Stati che fanno parte del Consiglio d'Europa, sono 29 quelli che hanno ratificato la Convenzione di Oviedo (cfr. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=164>, ultimo accesso 13/10/2021).

¹⁰⁷ Tanto che anche per quel riguarda il nostro ordinamento, alcune organizzazioni tra cui la Fish (Federazione Italiana Superamento Handicap) hanno inviato lettere a numerose istituzioni nazionali manifestando preoccupazioni sulla bozza di Protocollo Addizionale. Altre organizzazioni hanno poi aderito alla campagna "Withdraw Oviedo", lanciata congiuntamente dallo European Disability Forum e dal Mental Health Europe (<https://www.withdrawoviedo.info/join>).

¹⁰⁸ D. UTRILLA, *op.cit.*

¹⁰⁹ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua corte: la (dis)illusione di un'unione sempre più stretta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 61, 1, 2016, 399-436; S. GREER, A. WILLIAMS, *Human Rights in the*

della Corte, nasce sul modello – da alcuni oggi ritenuto una ipocrisia¹¹⁰ – dell'*individual justice* quale strumento riparativo dei malfunzionamenti «in the administration of the law» e «not tackle(d) with the law itself»¹¹¹. Di converso, la seconda vede la Corte Edu quale giudice della convenzionalità della produzione legislativa nazionale; convenzionalità parametrata sulla base di standard che essa stessa contribuisce a definire con l'obiettivo di unificare e armonizzare le discipline nazionali concernenti la tutela dei diritti fondamentali¹¹².

Questa natura anfibia sembra sempre più tendere verso l'affermazione di un'identità costituzionale o para-costituzionale, pur con alcuni inevitabili contenimenti¹¹³. La Corte Edu stessa ha contribuito ad allentare i lacci di una collocazione sul piano strettamente internazionalistico e si è auto-investita di questa missione che, non trovando radici nel suo momento originario¹¹⁴, ha iniziato a prendere piede già negli anni '70 con alcuni *leading cases* tra cui il caso *Golder c. Regno Unito*¹¹⁵ e il caso *Tyrer c. Regno*

Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice?, in *European Law Journal*, 15, 4, 2009, 462-481.

¹¹⁰ Secondo W. Sadurski, la Corte Edu ha vissuto per molti anni la finzione per cui le sarebbe stato impedito «scrutinise the objectionable laws of CoE Member States but merely corrects bad individual decisions». L'Autore prosegue qualificando questa finzione come una «pure hypocrisy in the best of times, but a hypocrisy with which both the Court and its constituency the Contracting States could live because it sounded like a good reconciliation of the universality of human rights with the sovereignty of national States» (W. SADURSKI, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, EUJ Law, 2008).

¹¹¹ W. SADURSKI, *op.cit.*, 432.

¹¹² Nella sterminata dottrina si vedano L. WILDHABER, *Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme?*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2002, 1-6; ID., *De L'évolution Des Idées Sur Les Missions De La Cour Européenne Des Droits De L'homme*, in M. COHEN (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, 2007, 639-653; J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1998, 711-728.

¹¹³ Cfr. G. REPETTO, *The ECHR and the European Constitutional Landscape: Reassessing Paradigms*, in G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, 2013, 1-20, il quale si sofferma sulle difficoltà di reperire un minimo comun denominatore dentro le tradizioni costituzionali sui diritti. Dentro questa difficoltà, è la stessa Corte ad aver ideato ed applicato la dottrina del margine di apprezzamento quale primo strumento di "contenimento" e ammorbidimento del proprio intervento unificante dentro un consorzio internazionalistico plurale e variegato non sempre connotato da un idem sentire, a sua volta però stemperato con la successiva dottrina del *consensus*. Nella vastissima dottrina cfr. T.A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 4, 4, 1982, 474-496; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 31, 4, 1999, 843-854; M. HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 3, 1999, 638-650; G. DE VERGOTTINI, *Oltre Il Dialogo tra Le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; J.H. GERARDS, *Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 18, 3, 2018, 495-515.

¹¹⁴ Secondo Sadurski, la Corte «moved from the role of a 'fine-tuner', oriented mainly at the dispensation of individual justice and operating largely at the fringes of rights, to a much more central role, that is, that of an arbiter called upon to act when some quite fundamental breaches are asserted, and setting up some general and quite significant legal principles» (W. SADURSKI, *op.cit.*, 29).

¹¹⁵ Già dal 1975, con il caso *Golder c. Regno Unito*, 4451/70 (21/2/1975), la Corte ha manifestato il suo modo di concepire la convenzione quale che spinge per un approccio ermeneutico di tipo evolutivo, capace di adattarsi "ai tempi e ai contesti" sganciandosi da quello che è il canone ermeneutico maggiormente testualista più vicino alla interpretazione dei trattati internazionali.

*Unito*¹¹⁶. In tali occasioni, è stato sottolineato come la CEDU debba considerarsi «strumento vivente di tutela dei diritti fondamentali» che, in quanto tale, necessita di un approccio ermeneutico di impronta dinamica. Quale suo autentico interprete, la Corte Edu ha quindi iniziato a modellare il proprio ruolo demiurgico. Dentro un consorzio internazionale pluralistico e multidimensionale, essa ha cercato di contemperare, non sempre con successo, le ragioni dell'uniformità (e universalità) nella tutela dei diritti con quelle della relatività (o località) delle tradizioni giuridiche e costituzionali e, quindi, la onnipresente tensione tra soprannazionalità e sovranità¹¹⁷. Questa investitura ha poi subito una accelerazione negli anni '90, in occasione dell'allargamento ad Est del Consiglio d'Europa, percepito come fattore generativo di significativi dissesti¹¹⁸ di quel terreno su cui era fiorito il sistema della CEDU e che si reputava, fino a quel momento, tendenzialmente omogeneo¹¹⁹.

Il meccanismo dell'*individual complaint* è così diventato, da strumento di giustizia riparativa, un mezzo con cui le violazioni nella protezione su base nazionale dei diritti umani vengono individuate e corrette, innalzando lo standard di tutela garantito nella legislazione nazionale e nel sistema convenzionale complessivamente inteso. Un sistema convenzionale che avrebbe dovuto rappresentare una tappa verso un costituzionalismo transnazionale¹²⁰, raggiungibile attraverso un'interpretazione unificatrice¹²¹ e un

¹¹⁶ CEDU, caso *Tyrer c. Regno Unito*, 5856/72 (25/4/1978) con il quale la Corte ha introdotto, in riferimento alla CEDU, il concetto di «strumento vivente».

¹¹⁷ Tra la ricchissima dottrina in argomento si rimanda a F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 65-117.

¹¹⁸ A motivo della confluenza nel sistema sovranazionale di ordinamenti lontani dalla cultura giuridica di tutela dei diritti propria degli Stati che avevano dato origine al Consiglio d'Europa. Come ricordato da J. JAHN, *op.cit.*, il primo ad introdurre il termine di "constitutional justice" nelle discussioni sul futuro della Corte Edu è stato l'ex presidente della Corte Wildhaber che vedeva nel modello di giustizia statunitense di selezione e di scelta di accettazione dei ricorsi, un modello che, se esportato al sistema CEDU, avrebbe potuto aiutare a contenere il numero di ricorsi e di casi spesso ripetitivi (L. WILDHABER, *Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *EuGRZ*, 36, 2009, 552). Si veda inoltre J.A. SWEENEY, *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in the Post-Cold World Era. Universality in Transition*, New York, 2013.

¹¹⁹ Cfr. G.F. FERRARI, O. POLLICINO, *The Impact of Supranational Laws on the National Sovereignty of Member States, with Particular Regard to the Judicial Reaction of UK and Italy to the New Aggressive Approach of the European Court of Human Rights*, in *Comparative Law Review*, 2011: «Our assumption is that the ECtHR has reacted to the Council of Europe's enlargement to the east with a more explicit understanding of itself as a pan-European constitutional court, as a result of both the exponential growth of its case load and the realistic possibility for it to examine systemic human rights violations in Central and Eastern European (CEE) countries. This has implied a shift away from an exclusively subsidiary role as 'secondary guarantor of human rights' to a more central and crucial position as a constitutional adjudicator». Gli Autori fanno risalire i cambiamenti nell'attitudine della Corte alla concurring opinion del giudice Martens nel caso *Brannigan c. Regno Unito*, 14553/89, 14554/89 (25/05/1993) laddove il giudice, facendo riferimento alla dizione "present day conditions" riconosce come esse siano mutate considerevolmente nel tempo: «The situation within the Council of Europe has changed dramatically. It is therefore by no means self-evident that standards which may have been acceptable in 1978 are still so».

¹²⁰ Di recente si veda G. ULFSTEIN, *Transnational constitutional aspects of the European Court of Human Rights*, in *Global Constitutionalism*, 10, 1, 2021, 151-174.

¹²¹ Secondo Bin, «La necessità di assicurare la tutela di loro specifici interessi economici ha spinto gli Stati ad affidare alla Corte di giustizia della Comunità europea una funzione unificatrice del diritto in specifici ambiti del loro rispettivo ordinamento; alla Corte EDU, viceversa, non è stata affidata nessuna funzione unificatrice della

approccio ermeneutico evolutivo, capace di imprimere una spinta progressista nella tutela di nuove dimensioni dei diritti fondamentali a livello sovranazionale ma anche, come osservato da Stone Sweet, a livello nazionale¹²². Seguendo questa via, la CEDU è diventata una sorta di mappa di principi e di valori da cui la Corte Edu – per questo persino qualificata quale attore “paralegislativo”¹²³ – estrae svariate declinazioni di diritti fondamentali, facendosi motore di una lettura delle disposizioni convenzionali recettiva dei mutamenti giuridici, sociali e tecnico-scientifici.

Da parte loro, i giudici di Strasburgo che si sono succeduti hanno certamente saputo sfruttare in questo senso la giurisprudenza per precedenti¹²⁴ e il peso sempre più rilevante che la CEDU esercita negli ordinamenti nazionali. Tale peso è infatti andato via via crescendo grazie a processi di incorporazione, all’affermarsi dell’efficacia diretta delle sentenze, al conferimento alla CEDU di uno *status* super-legislativo nel sistema delle fonti nazionali e, in ultimo, all’impiego di criteri e principi per la soluzione delle

disciplina dei diritti costituzionali» (R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista Aic*, 2018).

¹²² Così concepito, il sistema di giustizia individuale incentiva infatti i singoli a sfruttare tale strumento come arma di pressione per indurre verso cambiamenti legislativi laddove l’ordinamento nazionale non rispetti il livello di garanzia riconosciuto dalla Corte. Come afferma A. STONE SWEET, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Vol. 80, 2009, 923-944: «Where Convention standards for rights protection are higher than those in domestic legal orders, we can expect the Court to be activated by individuals seeking to change domestic law». Sull’impatto dell’interpretazione delle fonti internazionali, e in particolare della CEDU, nella lettura del dettato costituzionale si ricordi N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017. Sulle resistenze di numerosi ordinamenti v. A. GUZZAROTTI, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della Cedu: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell’uomo: quarto grado di giurisdizione o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016, 16 ss.

¹²³ B.M. ZUPANCIC, *The owl of Minerva, Essays on Human Rights*, Utrecht, 2008, 351-391. Sulla giurisprudenza “creativa” della Corte Edu – per trarre sia argomenti a favore sia contra – si rimanda, *ex multis*, a A. MOWBRAY, *The Creativity of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 5, 1, 2005, 57-79; S. THEIL, *Is the “Living Instrument” Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?*, in *European Public Law*, 2017, 23, 3, 587-614; G. LETSAS, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy*, in <https://ssrn.com/abstract=2021836>, 2012; E. BJORGE, *The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future*, in *Human Rights Law Journal*, 36, 7-12, 2017, 243-255.

¹²⁴ Cfr. A. STONE SWEET, *op.cit.* ove, con riferimento alla giurisprudenza per precedenti, l’Autore afferma: «the Court performs its most important governance functions through the building of a precedent-based jurisprudence. Its command and control capacities are weak, primarily reduced to the awarding of damages (“just satisfaction”) to be paid to successful applicants. Through precedent, the Court seeks to legitimize its lawmaking, to structure the argumentation of applicants and defendant States, and to persuade States to comply with findings of violation. It does so in the name of “legal certainty and the orderly development of [its] case law.” The Court recognizes its own precedents, and will abandon them only in order to correct an earlier error, or “to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal change and remains in line with present day conditions”». In argomento si rimanda altresì, nella dottrina italiana, a Guazzarotti il quale invece sottolinea come sia stata la stessa Corte ad aver rifiutato «the binding force of its previous decisions (so-called “horizontal precedent”)» (A. GUZZAROTTI, *Strasbourg Jurisprudence as an Input for “Cultural Evolution” in Italian Judicial Practice*, in G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, 2013, 55-68).

questioni giuridiche tipicamente impiegati dalle Corti costituzionali¹²⁵. Per offrire poi risposta ad una serie di problematiche conseguenze del già ricordato ampliamento ad Est¹²⁶, la Corte Edu si è fatta promotrice di alcuni cambiamenti che hanno posto l'accento sulla sua "costituzionalità". In questo senso, si è sviluppata quella "rivoluzione istituzionale" avviata con il Protocollo n. 11 ma, soprattutto, implementata con l'introduzione delle sentenze pilota avvenuta con il Protocollo n. 14¹²⁷ e, più di recente, con la previsione del meccanismo di *advisory opinion* di cui al Protocollo n. 16, il cui Rapporto esplicativo riconduce l'ampliamento della competenza consultiva allo scopo di potenziare il ruolo «costituzionale» di Strasburgo¹²⁸.

L'introduzione di un meccanismo di *advisory opinion* come quello incardinato nel Protocollo n. 16 è stata certamente incalzata dalla volontà di rafforzare questa attitudine della Corte Edu, sanando anche

¹²⁵ Si pensi all'uso del criterio della proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Edu. Cfr. G. SCACCIA, *Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts*, in www.federalismi.it, 2019; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Case-law of the ECHR*, Antwerp, 2002; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 3, 2009, 468–493; K. TRYKHLIB, *The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 4, 2020, 128-154.

¹²⁶ Tra le quali – sul piano squisitamente pratico – il complicarsi del lavoro della Corte Edu per l'elevato numero di ricorsi, molte volte anche ripetitivi.

¹²⁷ Si veda M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 12, 5-6, 2011, 1231-1260; C. GRABENWARTER, *The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights*, in *ELTE Law Journal*, 2014, 101-115; C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2012. Cfr. altresì O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali corti costituzionali*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova, 2011, 33 i quali mettono in luce l'espansione degli effetti *erga omnes* delle pronunce della Corte Edu.

¹²⁸ Parte della dottrina si è interrogata sul rapporto tra la direzione costituzionalizzante assunta dalla Corte Edu, anche alla luce del Protocollo n. 16 e quanto affermato nell'art. 1 del Protocollo n. 15 ove sembrerebbe puntarsi l'accento sul principio di sussidiarietà e sul margine di apprezzamento («spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione»). Come mette in luce Luciani, diverse sono le letture offerte in dottrina: da quelle per cui la formula sarebbe realmente servente al rispetto delle specificità nazionali a quelle per cui l'elasticità insita nel principio di sussidiarietà favorirebbe una «giurisprudenza maggiormente penetrante» (cfr. M. LUCIANI, *op.cit.*; F. VARI, *Le prospettive di riforma del sistema CEDU. Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma*, in https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/vari_scrittiCostanzo.pdf, 2020, ultimo accesso 13/10/2021).

attuali debolezze come il pesante arretrato che rischierebbe di indebolire la sua “*constitutional legitimacy*”¹²⁹. Come è stato affermato in dottrina, infatti, «for a long time, the lack of a fully-fledged advisory competence was one of the main arguments against the recognition of a constitutional function of the Court»¹³⁰.

Dentro questo percorso in atto, la circoscrizione alla competenza consultiva *ex art. 29 Oviedo* potrebbe apparire come un’occasione sprecata per coloro che vedono nella Corte Edu uno strumento di armonizzazione “costituzionale” della garanzia dei diritti fondamentali. Muovendosi diversamente, la Corte Edu avrebbe potuto offrire un duplice contributo: da una parte, garantire alti standard di tutela in un campo delicato, viepiù laddove questi avrebbero potuto incrinarsi con l’approvazione del Protocollo Addizionale. Dall’altra, essa avrebbe potuto arginare le debolezze che, fin dall’origine, in molti hanno attribuito alla Convenzione di Oviedo. Si ricordi, infatti, come la struttura per principi propria della Convenzione sulla biomedicina e la quasi totale assenza di standard di tutela idonei a vincolare gli ordinamenti avessero portato ad interrogarsi sulla tenuta a lungo termine degli effetti conformativi volti alla definizione di uno *jus commune* europeo in ambito bioetico e bio-giuridico¹³¹.

La Corte Edu non approfitta però di questa occasione e mostra la lungimiranza di mantenere una giusta estraneità a pratiche di *judicial law-making*, soprattutto in un contesto delicato ed eterogeneo dove complessa è l’intersezione di una pluralità di documenti internazionali e dove molteplici sono i livelli coinvolti. Essa si sottrae dall’affermarsi più che come una super Corte costituzionale come un super legislatore internazionale, senza però con questo intaccare il proprio percorso di costituzionalizzazione¹³².

Innanzitutto, su un piano più pratico, la restrizione delle maglie della competenza consultiva riguarda un documento esterno al sistema convenzionale. In questo modo, essa riduce così anche un eventuale ed ulteriore carico di lavoro che le consentirebbe – almeno in astratto – di potersi concentrare sulla

¹²⁹ Cfr., *ex multis*, K. DZEHTSIAROU, *Interaction between the European Court of Human Rights and member States: European consensus, advisory opinions and the question of legitimacy*, in S. FLOGAITIS, T. ZWART, J. FRASER (eds), *The European Court of Human Rights and its Discontents*, Great Britain, 2013, 116-134. Si veda inoltre K. DZEHTSIAROU, N. O’MEARA, *op.cit.*, 468: «A Court weighed down by a backlog that is dominated by repetitive and/or non-priority cases will struggle to deliver judgment in priority cases in a timely manner, its constitutional legitimacy undermined. The advisory opinion mechanism could usefully serve to develop and reinforce the Court's constitutional status».

¹³⁰ Cfr. J. JAHN, *op.cit.*

¹³¹ C. PICIOCCHI, *Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in DPCE, 2001, 1301-1311: «si teme che da strumento conformativo che detta un minimo standard comune, la Convenzione si traduca all’opposto in strumento conformato dai diritti nazionali, in una sorta di frammentazione di definizioni compromissorie delle quali il diritto nazionale si appropria trasformandole. Ci si chiede in altre parole se la Convenzione sia preposta all’individuazione di punti comuni in materia di bioetica allo scopo di uniformare gli ordinamenti su alcune opzioni o se non sia piuttosto destinata ad essere modellata in ogni ordinamento nazionale assumendo di fatto conformazioni diverse a seconda dell’istanza nazionale che la interpreta».

¹³² Sull’attenzione della Corte a mantenere una certa distanza da un ruolo politico, connesso anche alle delimitazioni operate dai giudici di Strasburgo con riferimento alla propria competenza consultiva *ex art. 47* cfr. J. CHRISTOFFERSEN, *Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?*, in J. CHRISTOFFERSEN, M.R. MADSEN (eds.), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford, 2011, 183.

propria competenza giurisdizionale e consultiva nell'ambito della CEDU, lasciandosi lo spazio per investire sugli strumenti principali su cui la Corte Edu, passo dopo passo, ha accresciuto la propria identità costituzionale. In secondo luogo, essa evita di auto-vincolarsi nella sua futura giurisprudenza¹³³. Si coglie quindi, nel contesto, anche il suggerimento che la Corte Edu presenta al DH-BIO per cercare di superare lo stallo del processo politico sotteso all'adozione del Protocollo, ossia quello di trarre ispirazione dalla giurisprudenza CEDU; esso, se da una parte può fungere da concreto ausilio al *Committee* per orientare i contenuti del documento, dall'altra concede alla Corte Edu una più ampia libertà da qualsiasi "vincolo" o condizionamento autoimposto.

Questa decisione di rigetto non toglie quindi nulla al percorso di costituzionalizzazione intrapreso a Strasburgo; un percorso che, se secondo parte della dottrina è desiderabile, o per lo meno ormai inevitabile, per altri rimane foriero di più di una criticità su cui mantenere desta l'attenzione.

¹³³ Se è vero che le *opinions* non possiedono effetti vincolanti nei confronti degli Stati e, di converso, nemmeno nei confronti della stessa Corte Edu, si potrebbe ipotizzare che qualora – dopo l'*opinion* – la Corte fosse chiamata ad intervenire su un caso in cui potrebbe farsi richiamo alla Convenzione di Oviedo e al Protocollo addizionale (una volta approvato), essa potrebbe più faticosamente superare la propria decisione.

Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto

Angelo Schillaci*

HUMAN DIGNITY AND LEGAL CHALLENGES IN SURROGACY

ABSTRACT: The article analyzes the challenges posed by surrogacy to law and its regulatory capacity. Starting from an overview of the Italian and Portuguese case law that has questioned the relationship between surrogacy and dignity, as well as the consequences of surrogacy on parental status, surrogacy is discussed within the frame of the relationship among dignity, self-determination, and the normative, socio-economic and cultural conditions of freedom of choice over one's own body.

KEYWORDS: Surrogacy; human dignity; self-determination; best interests of the child; parental status

SOMMARIO: 1. Le gestazioni per altri – 2. GPA e declinazioni della dignità nella giurisprudenza: il caso italiano – 2.1. La sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale – 2.2. Conseguenze in materia di riconoscimento dell'omogenitorialità maschile: la sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale – 2.3 La giurisprudenza successiva – 3. L'esperienza portoghese: tra giudice costituzionale e legislatore – 4. Paradigmi ricostruttivi e alternative regolatorie.

1. Le gestazioni per altri

Segnata da profonda conflittualità fin dalla scelta della denominazione, la gestazione per altri rinvia a complesse esperienze di vita e relazione, che chiamano in causa – da un lato – la scelta di diventare genitori e – dall'altro – l'imprescindibile necessità di tutelare la dignità di tutte le persone coinvolte. Il dibattito sulla gestazione per altri si è più di recente intrecciato, d'altra parte, con il dibattito sul riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità, soprattutto maschile; e, in questa prospettiva, con il problema del riconoscimento – nell'ordinamento italiano – dello *status filiationis* legittimamente acquisito dal minore nello stato estero di nascita, nei confronti di entrambi i genitori. Di tutti questi aspetti si cercherà di dare conto nel presente contributo. In particolare, si tenterà di fornire una cornice ricostruttiva della – o, come subito si dirà, *delle* – gestazioni per altri, anche in relazione alla tenuta (e alle diverse declinazioni) del principio di dignità nelle sentenze che, in Italia e all'estero, hanno affrontato il tema. Allo stesso tempo, seppur incidentalmente, si affronteranno i più recenti approdi della giurisprudenza interna – costituzionale, di legittimità e di merito – e sovranazionale che si sono occupati del riconoscimento dello *status filiationis* acquisito nello stato estero di na-

* Professore associato di Diritto pubblico comparato, "Sapienza" Università di Roma. Mail: angelo.schillaci@uniroma1.it. Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Diritto e persone LGBTQI*, a cura di Marco Pelissero e Antonio Vercellone. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

scita da parte dei minori nati con GPA, e in particolare della trascrivibilità integrale dei loro atti di nascita, ovvero dell'esistenza di strumenti alternativi per assicurare piena ed effettiva tutela al loro superiore interesse a veder riconosciuto giuridicamente il rapporto con entrambi i genitori.

Come accennato, la gestazione per altri evoca profondi conflitti attorno ad alternative centrali nella riflessione del/la giurista. Dal rilievo del corpo come mezzo di costruzione di relazioni e di esercizio di diritti fondamentali fino al rapporto – pure dal corpo mediato – tra dignità, autodeterminazione e concrete dinamiche dell'eguaglianza sostanziale¹, la GPA non può dirsi tema pacificato. E non può dirsi pacificata, soprattutto, la riflessione sul ruolo e sulla specifica funzione del diritto nella gestione di una esperienza di vita così complessa e plurale².

Tale conflittualità è ben evidente sin dalle scelte terminologiche, ciascuna delle quali possiede una specifica carica denotativa, che non può né deve essere sottaciuta. Ciò risulta in modo particolarmente chiaro nell'uso di espressioni quali *utero in affitto* o *affitto d'utero*, che riducono la pratica alla sua sola dimensione economico-commerciale, stigmatizzando con essa la reificazione del corpo femminile (ridotto, tuttavia, a una sua sola parte, con quella che efficacemente è stata definita «brutale sineddoche che rimuove la donna in quanto soggetto»³). Viceversa, e all'estremo opposto, l'espressione *gestazione per altri* – pure usata ai fini di questo scritto e particolarmente adatta a descrivere, nella loro oggettività e senza implicare il riferimento ad alcuna precomprensione del fenomeno, le esperienze di surrogazione – è ritenuta da alcune eccessivamente neutralizzante⁴ specie sotto il profilo dell'occultamento del legame tra surrogazione e relazione materna, o ancora l'attitudine a ridurre il processo gestazionale a «processo oggettivato e “disincarnato” dal corpo e dalla vita della donna, riducendo l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica»⁵. Ancora, l'espressione *surrogazione di maternità* – che si differenzia da *maternità surrogata* per il più netto accento sulla dinamica di relazione sottesa alla surrogazione – ha il pregio di essere utilizzata nell'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004 e, dunque, di rappresentare la denominazione dell'istituto accolta dal diritto

¹ Su cui v. fin d'ora P. VERONESI, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in *GenIUS*, 2, 2020, 8 ss.

² In diverse prospettive v. almeno: E. OLIVITO, S. NICCOLAI (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017 e B. PEZZINI, M. CAIELLI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019 (https://www.cirsde.unito.it/sites/c555/files/allegatiparagrafo/20-02-2019/e-book_riproduzione_e_relazioni_isbn_9788875901288.pdf), A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, 2020, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; G. VIGGIANI, *Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri*, in *Ragion pratica*, 1, 2021, 141 ss., A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il giudice delle leggi*, *ivi*, 193 ss., S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo e come fine*, *ivi*, 161 ss., E. GRASSO, E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Politica del diritto*, 2, 2021, 149 ss. e L. GUIZZARDI, *Famiglie nate dalla surrogacy e vulnerabilità: alcuni percorsi di analisi*, *ivi*, 193 ss., nonché V. SCAUSI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1097 ss.

³ Così, condivisibilmente, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 183 ss., 194.

⁴ Cfr. in particolare E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in E. OLIVITO, S. NICCOLAI (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità...*, cit., 3 ss., 4.

⁵ Così ancora B. PEZZINI, *op. loc. cit.*

positivo. Infine, è stata proposta in dottrina la denominazione di *gravidanza per altri*, che pare egualmente descrittiva del fenomeno e senza dubbio più adeguata a restituire la sostanza delle relazioni mobilitate dalla surrogazione, ed in particolare la «irriducibilità della gravidanza come esperienza umana relazionale»⁶.

Le incertezze e il conflitto sul *nomen* rinviano, d'altra parte, alla significativa complessità del fenomeno e alle molteplici possibilità di inquadramento del medesimo. Sullo sfondo della ricostruzione astratta della fattispecie – una donna si impegna a portare a termine una gravidanza per altri, sia con contestuale ovodonazione da parte di un'altra donna (surrogazione meramente gestazionale) sia acconsentendo alla fecondazione di un proprio ovocita (surrogazione cd. tradizionale, oggi per lo più desueta) – non soltanto pulsa una concreta e complessa vicenda di relazioni, ma si stagliano, soprattutto, contesti normativi e socio-economici plurali e frastagliati che, a loro volta, rendono problematica la possibilità di un approccio generale e astratto all'istituto.

Si pensi, solo per fare taluni esempi, al diverso rilievo del ruolo degli attori economici – e, dunque, del mercato – nella pratica della GPA⁷. Ancora, si pensi alle molteplici difficoltà che si incontrano al momento di qualificare come libera la scelta della donna che decida di portare una gravidanza per altri, e cioè allo specifico rilievo del contesto in cui la scelta è effettuata, con riferimento alla polarità tra «libera scelta» e «libera condizione»⁸, ossia al peso specifico delle concrete condizioni socio-economiche e culturali in cui la donna può versare, o in una parola alle condizioni di eguaglianza *materiale* in cui ella può o meno trovarsi. Si pensi a come tutto questo inevitabilmente incida sulla concreta portata di concetti come dignità, libertà, responsabilità, solidarietà e autodeterminazione, pure fondamentali nell'orizzonte ricostruttivo *delle* gestazioni per altri. E si pensi, infine, in questa prospettiva, al ruolo del diritto come strumento di regolazione e, in particolare, al modo in cui i diversi schemi regolatori offerti dalla comparazione⁹ – ovvero l'assenza stessa di regolazione, ovvero ancora la proibizione – reagiscono sulle concrete condizioni in cui la GPA viene realizzata.

Non sembra esistere, insomma, un solo punto di vista per riguardare il fenomeno né un unico paradigma giuridico per inquadrarlo. Non sembra esistere, cioè, un solo modello – astratto – di gestazione per altri. Esistono, piuttosto, tante *gestazioni* per altri, quanti sono i modi in cui la GPA è vissuta dalle sue attrici e dai suoi attori (compresi, se del caso, gli attori economici e gli operatori giuridici e sanitari); e quanti sono gli schemi regolatori, e i modi in cui gli stessi reagiscono sul contesto in cui si trovano a operare.

⁶ Ivi, 201. La denominazione di *gravidanza per (altre e) altri* è accolta, tra gli altri, da M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni...*, cit., 3 ss. Più risalente la formula di *maternità per sostituzione* (I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000).

⁷ V. CALDERAI, *Breaking out of the regulatory delusion. The ban to surrogacy and the foundations of European constitutionalism*, in *Global Jurist*, 2020, 1 ss.

⁸ A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, 2020.

⁹ K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Oxford, 2013. Sul modello statunitense, v. per tutti M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari...*, cit., 3 ss., specie 7 ss.

Il momento regolatorio, d'altra parte, deve restare sensibile in primo luogo ai contesti e, in secondo luogo, non rinunciare all'istanza di assicurare il massimo di tutela possibile a tutte le soggettività coinvolte, a partire dalla donna e dal/la nato/a. Uno spazio di intervento stretto e instabile, che non cessa di porre interrogativi al/la giurista; ma che può rappresentare, al tempo stesso, una sfida affascinante, consentendo al diritto di recuperare la propria pretesa regolatoria, per un verso componendo in armonia libertà, responsabilità e rilievo specifico delle relazioni; e, per altro verso, reagendo di fronte all'istanza del profitto che, nelle vicende della procreazione (anche al di là della gestazione per altri) finisce spesso per assumere un rilievo non secondario.

La controversia sulla GPA investe, dunque, snodi delicati sia sul piano teorico che su quello metodologico, a partire dalle diverse declinazioni della dignità e del suo intreccio con la libertà fino ad arrivare alla questione della mediazione delle dinamiche del mercato nell'accesso alle tecnologie riproduttive. Sullo sfondo resta la domanda sulle possibilità del diritto che, anche in relazione a vicende come questa, si pongono al crocevia tra indifferenza, ostilità e assunzione di responsabilità regolatoria. Chi scrive resta convinto che tale ultima ipotesi sia quella che, ancora, pone le sfide più affascinanti: e ciò, sia per quel che riguarda le diverse declinazioni del principio dignità (in senso oggettivo e soggettivo) e sia per quel che riguarda la concreta capacità della regolazione giuridica di intervenire a organizzare la libertà e ad arginare quelle situazioni di subordinazione che pure incidono sulle concrete condizioni di esercizio della libertà medesima, anche (ma non solo) in relazione al ruolo del mercato.

Esemplare, al fine di approfondire simili aspetti problematici, la diversa posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana e dal Tribunale costituzionale portoghese.

2. GPA e declinazioni della dignità nella giurisprudenza: il caso italiano

2.1. La sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 263 c.c. – relativo all'impugnazione dell'atto di nascita per difetto di veridicità – proprio con riferimento alla fattispecie di nascita all'estero a seguito di GPA, con conseguente formazione dell'atto di nascita indicando quali genitori la coppia (eterosessuale) che aveva fatto ricorso alla pratica, la Corte costituzionale italiana ha affermato, nella sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, che «la maternità surrogata [...] offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Tale affermazione – che, nonostante la sua dirompente portata, appare tra parentesi e nel contesto di una esemplificazione – si collega ad un più complesso percorso argomentativo con il quale la Corte, dichiarando l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, ha ritenuto che l'articolo 263 c.c. debba già essere interpretato nel senso di escludere qualunque automatismo tra modi della nascita e contestazione dello *status* di figlio, dovendosi piuttosto verificare, in concreto, se l'annullamento dell'atto di nascita corrisponda all'interesse del minore¹⁰. Allo stesso tempo, la Corte indica – appunto – che nell'operare tale bilanciamento

¹⁰ Sulla quale vedi, in diverse prospettive, S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 2017, 2990 ss.; A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*, 2018, 385 ss. Sulla vicenda v. altresì il *focus* preventivo pubblicato sul fasc. 2/2017 della rivista *Genius* su

il giudice debba valutare se e in che limiti l'accertamento della verità della nascita assuma rilievo pubblicistico, ad esempio in relazione ai modi della nascita medesima, con specifico riguardo alla circostanza che questa sia avvenuta a seguito del ricorso a GPA.

L'esistenza nell'ordinamento italiano, in materia, di un divieto assistito da sanzione penale (cfr. art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004) corrobora il rilievo pubblicistico dell'interesse sotteso al divieto medesimo e, di conseguenza giustifica (almeno nell'iter argomentativo della Corte) l'idoneità di tale interesse a concorrere nelle valutazioni funzionali al bilanciamento tra tutela dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito ed esigenza di assicurare la corrispondenza dell'atto alla verità della nascita (come vuole la *ratio* dell'art. 263 c.c., disposizione indubbiata).

Sullo sfondo di tale itinerario argomentativo si staglia, con sufficiente chiarezza, il riferimento a una declinazione in senso oggettivo della dignità, che assume – in questo caso – la funzione di limite a qualsivoglia scelta in senso contrario da parte dei soggetti coinvolti; allo stesso tempo, come rivelato dalla lettera della decisione, nessun rilievo può assumere l'istanza relazionale cui pure l'esercizio di autonomia decisionale da parte dei soggetti coinvolti potrebbe dare luogo. Tutto al contrario, accanto alla violazione della dignità si afferma che la GPA «mina nel profondo» le relazioni umane a partire, si deve ritenere, dalla relazione di gravidanza.

Gli effetti di tale presa di posizione da parte della Corte costituzionale sono andati ben al di là della portata specifica della decisione – che, come ricordato, risolse nel senso dell'inammissibilità (senza dispiegare, pertanto, efficacia generale) – e anzi ne hanno parzialmente distorto la *ratio*, specie sotto il profilo della produzione di (assai discutibili, come si vedrà) automatismi tra la considerazione del disfavore verso la GPA e impossibilità di riconoscere in Italia lo *status* di figlio/a legittimamente acquisito nello Stato estero di nascita anche nei confronti del genitore di intenzione.

Per un verso, infatti, il nesso così strettamente ribadito dalla Corte tra disfavore verso la GPA e tutela della dignità della donna ha facilitato l'evoluzione della giurisprudenza di merito e di legittimità che – dopo una iniziale apertura alla integrale trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero a seguito di ricorso alla GPA¹¹, con riconoscimento dunque del doppio legame genitoriale, anche cioè nei confronti del genitore di intenzione – ha in seguito ritenuto (Cass., SS.UU. 8 maggio 2019, n. 12193) che la trascrizione integrale fosse *preclusa* dalla radicale contrarietà all'ordine pubblico delle modalità della nascita, espressamente citando la posizione della Corte costituzionale¹²; per altro verso, la stessa giu-

Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri), a cura di B. PEZZINI e con contributi di G. FERRANDO, I. CORTI, S. STEFANELLI, G. BRUNELLI, S. NICCOLAI e A. RUGGERI (<http://www.geniusreview.eu/2017/genius-2017-2/>).

¹¹ Accanto alle recentissime Corte d'appello di Bari, decreto del 9 ottobre 2020 e Corte d'appello di Firenze, decreto del 28 gennaio 2020 (su cui si tornerà), si pensi – tra le più note – Corte d'appello di Trento, decreto del 23 febbraio 2017 (in *Articolo29.it*, con commento di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, 28 febbraio 2017, <http://www.articolo29.it/2017/due-padri-i-loro-figli-la-corte-dappello-di-trento-riconosce-per-la-prima-volta-il-legame-tra-i-figli-e-il-padre-non-genetico/>), Corte d'appello di Venezia, ordinanza del 28 giugno 2018 (in *Articolo29.it* con commento di A. SCHILLACI, *Due padri: da Venezia un'altra importante conferma*, 19 luglio 2018, <http://www.articolo29.it/2018/due-padri-veneziana-unaltra-importante-conferma/#more-12588>), nonché le altre che possono essere consultate all'indirizzo: <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-nascitamerito/>.

¹² Centrale, nell'iter argomentativo delle Sezioni Unite, una declinazione del concetto di ordine pubblico parzialmente diversa da quella di cui alla sentenza n. 19599/2016 e che risente, per un verso, della configurazione del

risprudenza costituzionale che, negli anni successivi al 2017, si è occupata di omogenitorialità (soprattutto maschile), ha ribadito il disfavore verso la pratica, seppur mostrando – da ultimo – una più marcata sensibilità verso l’istanza di tutela delle e dei minori nati a seguito del ricorso a GPA.

Non erano mancati peraltro, a seguito della pronuncia n. 12193/2019, arresti di segno contrario da parte della giurisprudenza di merito. Tanto la Corte d’Appello di Firenze, con decreto del 28 gennaio 2020, quanto la Corte d’Appello di Bari, con decreto del 9 ottobre 2020¹³ avevano infatti continuato a ritenere la trascrivibilità in Italia dell’atto di nascita estero recante l’indicazione di due padri a seguito di nascita da gestazione per altri (ovvero la rettificabilità dell’atto di nascita già formato, mediante annotazione della seconda paternità), valorizzando in particolare i contorni – complessi, come desumibile dalla stessa sentenza n. 272/17 della Corte costituzionale – del bilanciamento tra il giudizio di disvalore espresso dal nostro ordinamento rispetto alla gestazione per altri e l’interesse del minore alla conservazione di uno *status* già legittimamente acquisito all’estero (secondo la legge del luogo di nascita) e corrispondente alla concreta fisionomia della sua identità personale, affettiva e familiare¹⁴. Anche per effetto della posizione assunta dalla Corte costituzionale, in ogni caso, la circostanza che la nascita sia avvenuta a seguito di GPA continua ad operare – nella giurisprudenza largamente prevalente – quale limite esterno alla possibilità di rendere operanti le ordinarie regole che presidiano la circolazione e la garanzia della conservazione/continuità degli *status* legittimamente acquisiti all’estero, ivi compreso – come confermato da ultimo da Cass. SS. UU, sent. 31 marzo 2021, n. 9006 – lo *status* di figlio adottivo: anche in tal caso, afferma la Corte, la trascrizione dell’adozione estera (a favore di coppia di padri) è consentita e non contrasta con l’ordine pubblico, «ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione»¹⁵.

concetto fornita da Cass., SS. UU., sent. n. 16601/2017 (relativa, tuttavia, a questione attinente alla responsabilità civile: su tale decisione v. F. CAROCCIA, *Dell’ordine pubblico e dei danni punitivi. Una rosa è una rosa?* in *La nuova giur. civ. comm.*, 2019, 941 ss.; in generale cfr. anche EAD., *Ordine pubblico: la gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, nonché, in prospettiva costituzionale A. LONGO, *Ordine pubblico internazionale e lotta per la Costituzione. Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali*, in *Diritto e società*, 2017, 419 ss.) e, per altro verso, della recisa qualificazione della GPA nella sentenza n. 272/17, come si è visto, nei termini di pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

¹³ Entrambe pubblicate in *Articolo29.it*, rispettivamente agli indirizzi: <http://www.articolo29.it/corte-dappello-firenze-decreto-28-gennaio-2020/> e http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2021/04/Decreto-accogli-mento-Corte-dAppello-Bari_oscurato.pdf.

¹⁴ Significativo, in particolare, il rilievo attribuito da App. Bari all’inidoneità degli strumenti alternativi di riconoscimento del legame parentale – in primis, l’adozione in casi particolari – rispetto allo scopo di garantire pienezza di status al minore; mentre della decisione fiorentina deve essere sottolineato lo sforzo di distinguere tra il bilanciamento – in astratto e a monte – tra interesse pubblico a contrastare la pratica della gestazione per altri e interesse del minore e i diversi contorni che detto bilanciamento assume in concreto, specie quando si rilevi – di nuovo – l’inesistenza o l’insufficienza di strumenti alternativi di riconoscimento dello *status*.

¹⁵ Su questa decisione, v. almeno F. ANGELINI, *Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico. La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2021, 186 ss. e S. CELENTANO, *Le Sezioni Unite: sì alla trascrizione della adozione da parte di due papà*, in *Articolo29.it*, 31 marzo 2021.

2.2. Conseguenze in materia di riconoscimento dell'omogenitorialità maschile: la sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale

Simile assetto ha condizionato, in modo particolare, le dinamiche relative al riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità. Mentre infatti, nel caso di omogenitorialità femminile, esiste una giurisprudenza che consente la trascrizione dell'atto di nascita estero recante l'indicazione di due madri¹⁶, nel caso di omogenitorialità maschile l'evidenza del ricorso alla GPA preclude la trascrivibilità e rende percorribile unicamente la soluzione dell'adozione in casi particolari, peraltro in assenza di una espressa disciplina legislativa.

Tale quadro è stato confermato, seppure con alcune sfumature, dalla sentenza 9 marzo 2021, n. 33 della Corte costituzionale, investita dalla prima sezione civile della Corte di cassazione di questione di legittimità costituzionale riguardante proprio la trascrivibilità in Italia di un atto di nascita formato all'estero e recante l'indicazione di due padri, in relazione a un minore nato a seguito del ricorso a GPA, come consentito dalla legge del luogo di nascita. La sezione, in particolare, dubitava della legittimità costituzionale dell'automatismo tra disfavore verso la GPA e impossibilità di trascrizione dell'atto di nascita estero, sotto il profilo del contrasto di esso con la tutela del preminente interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito nello stato di nascita, anche alla luce dei più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in casi consimili, ha affermato la necessità di assicurare il riconoscimento giuridico del legame con entrambi i genitori di intenzione attraverso procedure rapide, efficaci e non discriminatorie (per il minore) sul piano degli effetti dello *status* riconosciuto¹⁷.

¹⁶ E si è registrata altresì una giurisprudenza (di merito) che, tra il 2018 e il 2020, ha ritenuto di poter applicare alle coppie di donne il principio di responsabilità procreativa desumibile dagli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004: sul punto v., in generale, A. SCHILLACI, *Non imposta né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, destinato a *GenIUS*, 2, 2021, online first all'indirizzo: <http://www.geniusreview.eu/2021/non-imposta-ne-vietata-lomogenitorialita-a-meta-del-guado-tra-corti-e-processo-politico/>.

¹⁷ E in particolare del parere preventivo reso il 10 aprile 2019 dalla Corte Edu (domanda n. P16-2018-001), su richiesta della Corte di cassazione francese, alla luce del quale la prima sezione civile della Corte di cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, ritenendo che in virtù del medesimo potesse aprirsi a un superamento della posizione espressa dalle Sezioni Unite. Come noto, con tale parere, la Corte Edu – pur ribadendo che rientra nel margine di apprezzamento degli stati membri la scelta relativa allo strumento con cui assicurare il riconoscimento dello *status filiationis* al nato da GPA – ha, per un verso, affermato che grava sugli stati medesimi l'obbligo positivo di dare riconoscimento a tale *status* anche nei confronti del genitore cd. di intenzione (con ciò superando almeno in parte l'orientamento assunto in precedenza nella decisione *Mennesson e Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014, ric. n. 65941 e 65942/11); e, per altro verso, ha chiarito che gli strumenti di riconoscimento alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita estero o alla registrazione anagrafica devono essere idonei ad assicurare una tutela equivalente sul piano sostanziale e soprattutto di rapida ed effettiva realizzazione. Sul parere, v. A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in *GenIUS*, 1, 2019, pp. 68 ss.; R. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019 (https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata_28-05-2019.php) e M. GATTUSO, *Certezza e tempi "breves que possible" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*, in *Articolo29.it*, 6 maggio 2019 (<http://www.articolo29.it/2019/certezza-tempi-breves-que-possible-trascrizioni-adozioni-casi-particolari-parere-cedu-10-4-2019/>). Per una conferma di questo orientamento cfr. altresì Corte Edu, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, ric. n. 11288/18 (definitiva).

La Corte costituzionale – pur ribadendo in modo deciso il giudizio di disfavore verso la gestazione per altri, già espresso nella sentenza n. 272/17 – non ne replica la durezza dei toni e sembra accennare lo sforzo di declinare la violazione della dignità femminile in relazione alla concretezza delle situazioni e, in particolare, al «rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»; esso, prosegue la Corte, condizionerebbe pesantemente «la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita»¹⁸. Pertanto, ferma restando la condanna della gestazione per altri, la Corte accenna alla complessità delle situazioni e delle esperienze che sottostanno alla surrogazione di maternità, e dunque alle concrete condizioni in cui la decisione di portare avanti una gravidanza per altri viene assunta¹⁹.

In ogni caso, il giudizio di disvalore verso la GPA non sembra implicare automatiche conseguenze sulla tutela degli interessi del bambino: molto significativo, in questo senso, l'uso dell'avversativo «però» all'inizio del par. 5.2 del *Considerato in diritto* e anche, nel primo capoverso del medesimo paragrafo, l'accurata descrizione delle vicende che conducono, di regola, all'istanza di riconoscimento del legame parentale con entrambe le figure genitoriali (quella geneticamente legata al minore e quella d'intenzione) in caso di nascita da GPA²⁰.

La valutazione dell'interesse del minore, secondo la Corte, deve tuttavia tenere conto dello «scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»²¹. Con tale scopo deve essere bilanciato l'interesse del minore e da ciò può derivare, come nella specie, l'impossibilità di trascrivere integralmente l'atto di nascita formato all'estero, come ritenuto dalle Sezioni Unite. La continuità dello *status* deve essere dunque assicurata, ma le sue forme possono essere temperate – in concreto – in considerazione del concorrente interesse a dissuadere dal ricorso alla GPA. Ciò risulta coerente, ritiene la Corte, con l'orientamento della giurisprudenza della Corte Edu che, in effetti, ha riconosciuto un margine di apprezzamento agli stati

¹⁸ Cons. dir., par. 5.1.

¹⁹ Va peraltro sottolineato che in una recentissima pronuncia – la n. 79/2022, relativa agli effetti dell'adozione in casi particolari, su cui pure brevemente si tornerà – la Corte sembra nuovamente irrigidire la propria posizione, nella misura in cui afferma che la GPA asseconderebbe «un'inaccettabile *mercificazione* del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale» (Cons. dir., par. 5.2.3, corsivo aggiunto).

²⁰ La Corte sottolinea, ad esempio, che il ricorso alla GPA avviene di regola in paesi ove essa è consentita e regolata dal diritto e accenna alla condivisione, da parte della coppia, del percorso che ha condotto al concepimento e alla nascita nonché, infine, al quotidiano svolgimento delle funzioni di cura del minore. Testualmente: «Le questioni ora sottoposte a questa Corte sono però focalizzate sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio a quo, ovvero eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui prendersene quotidianamente cura» (Cons. dir., par. 5.2.).

²¹ Cons. dir., par. 5.5. Analogamente, si veda anche la recentissima sentenza n. 79/2022, secondo la quale lo «sforzo» di arginare il ricorso alla GPA – che, secondo la Corte, richiede impegni «anche a livello internazionale» - non consente di ignorare «la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico» (cfr. Cons. dir., par. 5.2.3).

quanto alle forme del riconoscimento del legame parentale con il genitore d'intenzione in caso di nascita da GPA, ribadendo che tuttavia tale riconoscimento debba aver luogo ed essere garantito in forme idonee ad assicurare con la massima celerità e certezza l'interesse del minore²².

A tale riguardo, l'idoneità dello strumento alternativo individuato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nella sentenza n. 12193/19 – ma anche, a ben vedere, anche dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 272/17 – è oggetto di penetranti rilievi critici nella sentenza in esame, che su di essi basa, in particolare, l'articolazione del monito al legislatore. Ciò contribuisce peraltro a temperare un *iter* argomentativo che – altrimenti – sarebbe risultato completamente sbilanciato sul versante della salvaguardia dell'interesse pubblico a disincentivare il ricorso alla GPA.

È dunque al legislatore che spetta – «in prima battuta» – il compito di assicurare il «difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori» e l'individuazione – definita «indifferibile» – di soluzioni idonee a porre rimedio all'insufficienza di tutele riscontrata dalla decisione²³.

La Corte indica al legislatore alcune possibili linee di intervento. In particolare, in linea con la precedente sentenza n. 272/17, la Corte conferma che lo strumento più adatto a dare riconoscimento al legame instauratosi con il genitore di intenzione è l'adozione in casi particolari, ma denuncia al tempo stesso i molti limiti dell'istituto, che vanno dalla lunghezza della procedura fino alla necessità del consenso del genitore legale che, in caso di crisi della coppia, può sostanzialmente vanificare la tutela. Ad essi si aggiungeva, fino alla recentissima Corte cost., sent. n. 79/2022, anche il carattere solo parziale degli effetti: l'adozione in casi particolare, infatti, induceva il legame parentale solo in relazione all'adottante, e non anche alla famiglia di origine di questi. Di tale previsione normativa è stata tuttavia dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione degli articoli 3, 31 e 117, comma 1 della Costituzione: in conseguenza, tutte le adozioni di minorenni – ivi compresa quelle di cui all'articolo 44 della legge n. 184/1983 – producono ora i medesimi effetti, costituendo lo *status filiationis* e inducendo il legame di parentela con l'adottante e la sua famiglia.

²² Sul punto, cfr. altresì la già richiamata sentenza *D. c. Francia*, specie parr. 67 ss. Si noti, tuttavia, che nel seguito – dinanzi alla Corte di cassazione francese – della vicenda che aveva dato luogo al parere consultivo del maggio 2019, si è ritenuto che, in presenza di un atto di nascita *già trascritto* (per giunta da un rilevante periodo di tempo) e in sede di giudizio sull'impugnazione di detta trascrizione, fosse contrario all'interesse del minore disporre la cancellazione favorendo poi il ricorso all'adozione da parte del genitore di intenzione. Diverso il caso in cui oggetto del contendere sia, invece, il diniego di trascrizione dell'atto di nascita: in questa eventualità l'atto deve essere trascritto in relazione al solo padre genetico, rinviandosi il riconoscimento della genitorialità di intenzione, maschile o femminile, al successivo ricorso all'adozione (la vicenda è ricostruita nella stessa sentenza *D. c. Francia*, ai parr. 21 e 22). Pare opportuno precisare che, in tutti questi casi, si verte in ipotesi nelle quali il minore sia legato geneticamente ad (almeno) uno dei genitori di intenzione; nell'eventualità – diversa – in cui il minore sia nato a seguito di GPA in assenza di legame genetico con i genitori di intenzione, la giurisprudenza della Corte Edu assume tratti di maggiore severità, come dimostra – oltre alla ben nota vicenda culminata nella sentenza della Grande Camera, 14 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ric. n. 25358/12) – la recentissima sentenza della terza sezione, 18 maggio 2021, *Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Finlandia* (ric. 71552/17), relativa a un caso di surrogazione di maternità gestazionale in coppia di donne, peraltro in assenza di legame genetico con entrambe le madri.

²³ Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cons. dir., par. 5.9.

2.3 La giurisprudenza successiva

Nella perdurante inerzia del legislatore, continuano tuttavia a registrarsi significative oscillazioni nella giurisprudenza di merito, a denotare la viva urgenza di un intervento che assicuri effettiva tutela alle e ai minori nati da GPA all'estero, consentendo il consolidamento del loro *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori intenzionali.

Di recente, infatti, il Tribunale di Milano – con due distinti decreti pronunciati in data 23 settembre 2021 – ha ordinato la trascrizione integrale di atti di nascita formati all'estero a seguito di nascita con gestazione per altri, e recanti l'indicazione di due padri. La decisione poggia, in entrambi i casi, sul portato delle sentenze n. 32 e 33 del 2021, sotto il profilo specifico dell'insufficienza dell'attuale configurazione dell'adozione in casi particolari al fine di garantire l'interesse del minore alla continuità dello *status*; tale assunto, unito alla perdurante inerzia del legislatore, conduce il giudice ad assumersi la responsabilità – anche alla luce del monito della Corte costituzionale – di fare fronte a un vuoto normativo che «per quanto riguarda il caso concreto impone [...] di reperire la più idonea soluzione atta a garantire i diritti del minore coinvolto». Referente remoto di tale scelta è la sentenza n. 347/1998, espressamente richiamata; referente prossimo, il giudizio severo formulato dalla Corte costituzionale sull'idoneità dell'adozione in casi particolari a garantire in modo effettivo – e coerente con le indicazioni provenienti dalla Corte Edu – l'interesse del minore alla continuità e alla stabilità dello *status*.

Su questo stesso sfondo può essere peraltro collocata la recentissima ordinanza con la quale la prima sezione civile della Corte di cassazione – nell'ambito del medesimo procedimento che aveva dato luogo alla sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale – ha rimesso gli atti al primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite²⁴. La sezione ha infatti ritenuto che il *dictum* della Corte costituzionale – seppur nell'ambito di una pronuncia di inammissibilità – imponga un ripensamento dell'orientamento espresso dalle stesse SS. UU. con la richiamata sentenza n. 12193/2019. Ciò deriva, in particolare, dal fatto che la Corte ha rilevato – come ricordato – l'esistenza di un vuoto normativo in materia di tutela dell'interesse del minore al riconoscimento del legame di filiazione con il genitore di intenzione, anche in considerazione dell'inadeguatezza dello strumento alternativo di costituzione dello *status filiationis* – e cioè, l'adozione in casi particolari – ad assicurare detto interesse in modo rapido, efficace e con pienezza di effetti e, dunque, a consentire di ritenere rispettati i canoni emergenti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto: tale aspetto, come si è visto, è tuttavia superato dalla recentissima Corte cost., sent. n. 79/2022 quanto allo specifico profilo della pienezza di effetti.

Di conseguenza, la sezione ritiene che debbano essere sottoposte a revisione la ragionevolezza e la proporzionalità della soluzione a suo tempo adottata dalle Sezioni Unite. In altri termini, in conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale deve essere rimesso in questione, per un verso, «il

²⁴ Cass., sez. I civ., 21 gennaio 2022, n. 1842 (https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/1842_01_2022_oscuramento_no-index.pdf) e su cui v., tra i primi commenti, M. ACIERNO, *Gestazione per altri: una concreta possibilità di dialogo tra Corti* (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/gestazione-per-altri-una-concreta-possibilita-di-dialogo-tra-corti>, 22 febbraio 2022), nonché, criticamente, F. ANGELELLI, *Non c'è nascita senza madre* (<https://www.eticaeconomia.it/non-ce-nascita-senza-madre/>, 14 febbraio 2022).

bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente rispetto al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale»²⁵; e, per altro verso, la ragionevolezza e la proporzionalità di tale bilanciamento devono essere valutate alla luce della ritenuta inadeguatezza dell'adozione in casi particolari, quale strumento alternativo di costituzione dello *status filiationis* nei confronti del genitore di intenzione, ma anche alla luce dell'affermazione – da parte della Corte costituzionale – dell'esistenza di un vuoto normativo ridondante in una «lesione dei diritti fondamentali del minore relativi alla sua identità personale e alla sua vita privata e familiare»²⁶. Si pone pertanto l'esigenza, secondo la sezione rimettente, di una «nuova interpretazione del sistema normativo alla luce delle indicazioni del giudice delle leggi che consenta una tutela adeguata dei diritti del minore e sia nello stesso tempo rispettosa dell'esigenza di salvaguardare i valori sottesi al divieto penale della surrogazione di maternità»²⁷.

La pronuncia è estremamente ricca di suggestioni, che non possono in questa sede essere adeguatamente approfondite: esse vanno dalla riflessione sui rapporti tra effetti delle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale e orientamenti della giurisprudenza di legittimità (e merito) alla più generale questione del ruolo del giudice in materia di tutela dei diritti fondamentali, quando il legislatore – seppur chiamato ad intervenire – resti inerte. In questa prospettiva, secondo la sezione, la decisione della Corte costituzionale

«oltre a costituire, in primo luogo, una chiamata del legislatore a un intervento innovativo urgente rappresenta [...] una nuova chiamata delle Corti, e *in primis* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, alla ricerca di una interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali in gioco»²⁸.

Ai più limitati fini di questo scritto, assumono peculiare rilievo alcuni tratti della soluzione interpretativa che la sezione prospetta al primo Presidente e, indirettamente, alle Sezioni unite, con l'obiettivo di superare l'automatismo tra lo stigma annesso dall'ordinamento interno alla surrogazione di maternità e l'esclusione *a priori* della possibilità di riconoscere lo *status filiationis* nei confronti del genitore di intenzione.

Si segnala in particolare che, proprio al fine di superare ogni automatismo in una materia per altri versi profondamente sensibile alla specificità delle situazioni e delle esperienze, la sezione indica nell'ancoraggio al caso concreto della valutazione di non contrarietà all'ordine pubblico lo strumento idoneo a guidare il bilanciamento e ad evitare l'aprioristica prevalenza di uno degli interessi in gioco sugli altri. Ancoraggio al caso concreto che non significa, però, radicale rinuncia a criteri «che abbiano validità generale»²⁹ e che vengono individuati in un approccio al rapporto tra gestazione per altri e tenuta del principio di dignità, sensibile alle concrete dinamiche di esperienza.

A tale riguardo – e forse cogliendo quei minimi elementi di apertura alla pluralità di condizioni che possono entrare in collisione con una declinazione astratta della libera scelta, pure desumibili dalla

²⁵ La decisione non è suddivisa in paragrafi numerati. Per la citazione, cfr. p. 13 del file ufficiale, scaricabile all'indirizzo riportato nella nota 24.

²⁶ *Ivi*, 14.

²⁷ *Ivi*, 15.

²⁸ *Ivi*, 17.

²⁹ *Ivi*, 19.

sentenza n. 33/2021 – la Sezione afferma che la gestante «è in una condizione di soggezione che può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino», aggiungendo che quando «queste condizioni non sussistono e non sono effettive [...] la violazione della dignità della donna assume un rilievo talmente importante da consentire il rifiuto della delibazione (e della trascrizione)» dell'atto di nascita. Al contrario, quando la valutazione della legislazione del luogo – ma anche delle concrete circostanze in cui è avvenuta la gestazione per altri – consente di ritenere che queste condizioni siano state rispettate, «il bilanciamento basato sul diniego aprioristico di riconoscimento degli effetti della sentenza straniera (o dell'atto formato all'estero) assume una connotazione di non inerenza alla soluzione di un concreto e attuale conflitto»³⁰: esso, in altri termini, non appare funzionale né a garantire la dignità della donna, né a garantire l'interesse del minore, né a realizzare quella funzione dissuasiva del ricorso alla gestazione per altri pure individuata dalla Corte costituzionale tra le ragioni che possono giustificare il divieto di trascrizione dell'atto di nascita.

La valutazione in concreto delle circostanze della nascita non si limita peraltro, secondo l'ordinanza in parola, all'indagine sulla libertà e sulle condizioni – normative, ma anche socio-economiche e culturali – della scelta della donna di portare a termine una gravidanza per altri, ma dovrebbe essere estesa anche alla verifica – sempre in concreto – dell'eventuale sussistenza di una «interferenza lesiva»³¹ rispetto all'istituto dell'adozione: a tale proposito – richiamando significativi precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo al riguardo³² – la sezione ritiene debba escludersi la trascrivibilità dell'atto di nascita in caso di ricorso alla surrogazione di maternità in assenza di legame genetico con entrambi i genitori d'intenzione, sussista o meno una violazione delle leggi del luogo. E infatti, conclude l'ordinanza,

«una procreazione mediante surrogazione di maternità in cui non vi è stato alcun contributo genetico da parte dei genitori intenzionali si risolve in una vicenda pattizia che normalmente viene gestita da un intermediario per fini economici e che esclude in radice la partecipazione dei genitori intenzionali e della madre gestazionale a un progetto procreativo»³³.

Rilevanti, allo stesso modo, le considerazioni che l'ordinanza svolge in merito tenuta della funzione dissuasiva rispetto al ricorso alla gestazione per altri. Da un lato, infatti, la sezione sottolinea l'intrinseca irragionevolezza dell'efficacia dissuasiva (definita per questo «sproporzionata e irrazionale»³⁴) se si considera che essa riguarda il solo genitore d'intenzione non legato geneticamente al minore, mentre l'atto di nascita – benché formato a seguito di ricorso a GPA – continua a produrre effetti in relazione al genitore genetico. Dall'altro, la sezione afferma che – più ragionevolmente – ove si consolidasse l'applicazione un metodo *case-sensitive* alla valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico, ciò avrebbe piena efficacia dissuasiva nei confronti del ricorso a gestazioni per altri non rispettose della dignità della donna o effettuate in frode alla normativa sulle adozioni. Nemmeno in questi

³⁰ *Ivi*, 20.

³¹ *Ivi*, 21.

³² E, in particolare, le richiamate sentenze *Paradiso e Campanelli c. Italia* e *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Finlandia*.

³³ *Ivi*, 23.

³⁴ *Ivi*, 24.

casi, peraltro, è possibile ipotizzare un completo affievolimento dell'interesse del minore rispetto alla concorrente finalità dissuasiva: questo resta «assolutamente centrale» e la corrispondenza al medesimo del riconoscimento dello *status* «va verificata in concreto attraverso la rappresentazione della vita familiare che si è già instaurata e del ruolo che entrambi i genitori hanno assunto»³⁵. Il bilanciamento tra interesse del minore e finalità dissuasiva rispetto all'elusione del divieto interno di ricorso alla surrogazione di maternità, infatti, deve operare secondo «una logica di prevenzione e non di ritorsione»³⁶, tanto nei confronti del genitore di intenzione quanto – soprattutto – nei confronti del minore, del tutto irresponsabile rispetto alle scelte di chi ha contribuito a determinarne la nascita.

Nell'alternativa tra una valutazione della gestazione per altri incentrata su una concezione oggettiva della dignità e una valutazione invece sensibile alle concrete articolazioni di esperienza cui la GPA può dare luogo – avuto riguardo, soprattutto, alle concrete condizioni in cui la scelta di portare avanti una gravidanza per altri viene esercitata – l'ordinanza imbecca dunque la seconda, affidando alle Sezioni unite il compito di rivedere gli assetti del bilanciamento tra interesse del minore alla continuità dello *status* e istanza di tutela della dignità della donna. Si tratta di una prima importante approssimazione ad un più equilibrato approccio giuridico alla questione: essa infatti spezza, per un verso, il legame biunivoco tra disfavore verso la GPA e costituzione dello *status filiationis* (riconoscendo, entro certi limiti, l'irragionevolezza di una sua costruzione in senso rigido e automatico) e, per altro verso, inquadra la questione a partire dall'interesse del minore. Resta sullo sfondo – come messo in luce dalla dottrina più critica, richiamata in precedenza – il profilo del valore da attribuire alla relazione di gravidanza (cui l'ordinanza accenna soltanto, e indirettamente, quando affronta la questione della revocabilità del consenso) e al suo possibile impatto sull'articolazione del bilanciamento: un profilo non secondario, di cui cercano di farsi carico – come meglio si vedrà in conclusione – alcune recenti proposte di disciplina legislativa della gestazione per altri.

Il quadro frastagliato offerto dalla giurisprudenza mette dunque in luce come il ricorso a una declinazione in senso oggettivo della dignità finisca per ostacolare, nella sostanza, la possibilità di un pieno riconoscimento delle diverse e molteplici esperienze cui il ricorso a GPA può dare vita; al contrario, come dimostra proprio l'ordinanza da ultimo richiamata, un approccio maggiormente sensibile alla concretezza delle esperienze apre alla possibilità di articolare un confronto tra il nostro ordinamento e questo fenomeno in tutta la sua complessità, anche al fine di esercitare un più penetrante controllo sul suo concreto svolgersi e, soprattutto, farsi carico degli effetti che la GPA può indirettamente produrre all'interno del nostro ordinamento, con riferimento alla posizione dei/delle minori, nati/e all'estero attraverso il ricorso a tale pratica e ivi registrati/e quali figli/e di cittadini italiani.

L'esito più rigido, d'altro canto, è ritenuto coerente con la scelta legislativa recata dall'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004, e cioè con il divieto assistito da sanzione penale: un divieto che, pur potendo essere interpretato in molti modi (ad esempio, nel senso che esso colpisca non la pratica in sé, ma il ricorso alla mediazione commerciale), ha finito – combinandosi proprio con la declinazione in

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ivi*, 23.

senso oggettivo della dignità – per fondare un giudizio di disvalore massiccio e impenetrabile³⁷, con la conseguenza: a) di impedire – o quantomeno depotenziare in modo significativo – qualunque ragionamento articolato sulla pratica, anche solo nella giurisprudenza e al fine di differenziare tra diverse ipotesi, esperienze, schemi regolatori e contesti (specie in relazione all'indiretta rilevanza *interna* della GPA); b) di rendere oltremodo complessa, per l'effetto, la soluzione del problema – concretissimo – di tutelare le minori e i minori nati all'estero attraverso il ricorso alla GPA.

Va detto, peraltro, che il rapporto tra dignità e libertà – e dunque le diverse sfumature dell'intreccio tra dignità intesa in senso oggettivo e dignità in senso soggettivo – assume, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, tratti più complessi di una semplice polarizzazione, anche quando ad essere centrale, sulla scena, è il corpo come sede di scelte e veicolo di relazioni. Da un lato, infatti, sentenze come la richiamata n. 272/17 e la sentenza 7 giugno 2019, n. 141 (in materia di favoreggiamento della procreazione) insistono nel declinare la dignità esclusivamente quale limite all'autodeterminazione individuale, accentuandone dunque il significato *oggettivo*. D'altra parte, decisioni come l'ordinanza 16 novembre 2018, n. 207 e la sentenza 22 novembre 2019, n. 242 (in materia di tutela della dignità alla fine della vita) sono invece riuscite a intrecciare, in modo equilibrato e convincente, il profilo oggettivo e il profilo soggettivo della dignità personale. In particolare, in tali pronunce la Corte calibra l'intreccio tra di essi in relazione alla necessità di fare fronte a situazioni di vulnerabilità considerate *in concreto*: è solo in tali casi, infatti, che la considerazione della dignità sotto il profilo oggettivo si riespanse fino a giustificare limiti alla libertà di scelta individuale sul proprio corpo e sulla propria vita³⁸.

3. L'esperienza portoghese: tra giudice costituzionale e legislatore

Ben più articolata la vicenda interpretativa restituita dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale portoghese, chiamato a pronunciarsi sulla gestazione per altri ben due volte (nel 2018 e nel 2019) e – caso unico in Europa – con riferimento a una legge recante regolamentazione espressa della GPA³⁹. Con legge n. 25/2016, infatti, l'Assemblea della Repubblica aveva modificato la legge n. 32/2006 (in materia di procreazione medicalmente assistita) introducendo – all'articolo 8 – una specifica disciplina della GPA caratterizzata, per un verso, dalla natura solidaristica (e dunque dall'assenza di compenso e di mediazione commerciale, unitamente all'assenza di qualunque pregressa relazione di subordinazione tra la coppia di genitori intenzionali e la donna gestante) e, per l'altro, da una moderata mediazione pubblicistica, rappresentata dall'autorizzazione preventiva e dal controllo del *Conselho Nacional*

³⁷ Sul divieto recato dalla disposizione richiamata, anche in relazione al dibattito in corso sulla possibilità di estenderne l'applicazione – in via legislativa – anche alle condotte poste in essere all'estero, v. M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in *Sistema penale*, 29 giugno 2021 (<https://www.sistemapenale.it/it/articolo/pelissero-surrogazione-maternita-diritto-punitivo-universale>).

³⁸ Sul punto, v. A. SCHILLACI, *Dalla Consulta a Campo Marzio (e ritorno?): il difficile seguito dell'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in S. CACACE, A. CONTI, P. DELBON, *La volontà e la scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, Torino, 2019, 163 ss.; ID., *Corpo e libertà. Corpi, libertà, dinamiche del riconoscimento*, in C. MORONI, A. STERPA (a cura di), *Corpo e società. Trasformazioni del convivere*, Napoli, 2021.

³⁹ Su questa vicenda v. V.L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, in *Rivista di BioDiritto*, 2020, 339 ss.

de Procriação Medicamente Assistida sugli accordi di GPA, al fine di verificare il rispetto delle condizioni stabilite dalla legge per la loro stipula e successiva attuazione.

Assieme ad altre, tale disposizione fu oggetto di un primo ricorso da parte di una minoranza parlamentare – ai sensi dell’articolo 281 della Costituzione portoghese – che lamentava, per quel che qui rileva, il radicale contrasto tra la disciplina della GPA, in sé considerata, e l’imperativo costituzionale di tutela della dignità personale.

Con la decisione n. 225 del 25 aprile 2018, il Tribunale costituzionale si è pronunciato nel senso dell’illegittimità costituzionale parziale della disciplina, rinviando al legislatore per le integrazioni necessarie. Particolarmente significativo, ai nostri fini, l’inquadramento dell’istituto alla luce del principio costituzionale di dignità e, in particolare, il modo in cui il Tribunale costituzionale valorizza – nell’*iter decidendi* – il profilo soggettivo della dignità stessa, pur senza pregiudicare l’istanza oggettiva, di limite e tutela, ascrivibile al medesimo concetto. Proprio sulla base di tale equilibrio, infatti, il Tribunale costituzionale finisce, da un lato, per escludere l’illegittimità costituzionale della disciplina della GPA nel suo *an*, e per l’altro per concentrarsi con chirurgica precisione sul *quomodo*, proprio al fine di rendere il modello regolatorio quanto più possibile coerente proprio con l’imperativo costituzionale di tutela della dignità, considerata in concreto e nel suo intreccio con la libertà di autodeterminarsi.

All’esito di un percorso argomentativo profondamente sensibile – tra l’altro – al rilievo della comparazione e del diritto europeo (con particolare riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU), il Tribunale costituzionale portoghese si concentra essenzialmente sulla figura della donna gestante e sulla sua centralità nella concreta articolazione della pratica e, di conseguenza, nel modello regolatorio. È in tale angolazione che l’intera vicenda viene riguardata, anche e soprattutto per quel che riguarda la sua compatibilità con il principio di dignità: il «ruolo attivo» della gestante, le sue motivazioni e il concreto impatto della gravidanza sulla sua esperienza di vita non possono, afferma il Tribunale, essere «lasciate in ombra» (cfr. par. 25 della *Fundamentação*), specie in contrapposizione a quelle posizioni che – per contestare radicalmente la pratica – tendono a enfatizzare la “strumentalizzazione” del corpo femminile.

Se è vero infatti, prosegue il Tribunale, che la gravidanza è condizione personale particolarissima, aperta alla relazione con altre persone e con la società nel suo complesso, portatrice di vulnerabilità peculiari e come tale necessita la speciale protezione da parte dell’ordinamento, è altrettanto vero che non per questo l’esperienza di vita della donna in gravidanza si esaurisce in questa sua condizione. Ritenerne il contrario – afferma il TC – «corresponde a uma redução – ainda que temporária – da condição de mulher livre, ativa e socialmente comprometida (enquanto trabalhadora, empreendedora, criadora ou mãe) a um estado incapacitante» (par. 26): la donna in gravidanza, invece, continua a essere libera e autodeterminata sul piano intellettuale come su quello fisico. Ed è per questo che è «manifestamente esagerato» ritenere che la GPA implichi la subordinazione della gestante ai beneficiari in tutte le dimensioni della sua vita, «como se se tratasse de uma situação de apropriação, equivalente a “escravatura temporária” consentida» (*ivi*).

Piuttosto, è proprio l’insistenza del Tribunale costituzionale sul nesso tra dignità e autodeterminazione a consentire di inquadrare la GPA a partire dall’individuazione – nella donna gestante – del soggetto attivo dell’intero processo, la cui partecipazione *volontaria* è essenziale per la riuscita del medesimo. Assieme ai beneficiari, la donna gestante si impegna in un progetto che, «in molti aspetti essenziali»,

è condiviso («partilhado») da tutti gli attori del medesimo. Centrale, in questo quadro, la motivazione solidaristica e altruistica che, secondo il TC, muove la donna gestante e vale a qualificare lo stesso rapporto tra dignità e libertà che rileva nella specie, in relazione al principio di libero svolgimento della personalità. Proprio la motivazione solidaristica – una «solidariedade ativa» che può spingersi fino al dono di sé per amicizia o amore (par. 28) – afferma suggestivamente il TC, contribuisce alla elevazione (e non già alla degradazione) della persona della donna gestante. Da ciò consegue, per un verso, che la partecipazione della donna alla GPA afferma una libertà di azione che «se funda nessa mesma dignidade»; e, per altro verso, impone di concretizzare la stessa declinazione oggettiva della dignità, che non può essere intesa «meccanicamente» ma impone «uma apreciação sobre o respetivo impacto concreto no valor intrínseco de cada pessoa, e muito particularmente na sua capacidade de autodeterminação e de afirmação livre e responsável da sua personalidade» (ivi).

Solo una situazione di vera e propria strumentalizzazione – che annulli cioè o misconosca detta autonomia personale – può essere considerata degradante e dunque contrastante con il principio dignità. E tale eventualità è esclusa proprio per effetto dell'intervento, nella materia, di una disposizione regolatoria quale l'articolo 8 della legge n. 32/2006, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, con particolare riferimento alla *gratuità* del contratto e alla prescritta assenza di relazioni di subordinazione economica tra la donna e i beneficiari: nel disciplinare la GPA, conclude il TC, il legislatore ha insomma avuto ben presente la necessità di salvaguardare la dignità della persona, mettendo in atto tutte le potenzialità e di tutela proprie della funzione di regolazione ascritta al diritto.

Nel caso portoghese, in altri termini, il diritto accoglie la sfida posta dalla GPA, e non rinuncia alla sua funzione, cercando di perseguire la strada dell'equilibrio. E proprio l'esistenza di una disciplina giuridica consente al Tribunale costituzionale di intervenire sulle concrete caratteristiche del modello regolatorio, per assicurarne la massima coerenza al quadro costituzionale (parr. 38 ss.).

Così, anzitutto, il TC censura l'assenza – già in sede legislativa – di una dettagliata cornice di principi atti a predeterminare il contenuto degli accordi di GPA e, per l'effetto, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 *in parte qua*.

Oggetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale è però soprattutto – almeno ai nostri fini – la disposizione riguardante la revocabilità del consenso, da parte della donna, solo fino all'avvio del percorso di procreazione medicalmente assistita. Molto opportunamente, infatti, il TC distingue tra il consenso all'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita – che è puntuale, e si esaurisce all'atto dell'applicazione della tecnica medesima – e il consenso a un percorso progettuale e relazionale complesso come la GPA. In questo caso, oggetto del consenso non è soltanto l'applicazione di una tecnica di p.m.a., ma l'avvio di un processo più complesso, che arriva fino al parto e – entro certi limiti – si spinge anche al di là di esso. Anche per questo, si riscontra una strutturale *asimmetria* tra il consenso prestato dalla gestante e quello prestato dai beneficiari, che richiede una disciplina diversa, che tenga conto dello specifico tessuto esperienziale sotteso alla GPA, soprattutto in termini di revocabilità del consenso medesimo da parte della donna gestante. Così, se per i beneficiari non solo ha senso, ma è doveroso che il consenso non sia più revocabile una volta che l'embrione sia stato formato e si sia proceduto all'impianto del medesimo nel corpo della gestante – in tale momento risultando consolidata e irrevocabile l'assunzione di responsabilità da parte dei beneficiari nei confronti dell'in-

tero processo e della vita nascente – lo stesso non è a dirsi per la gestante, dovendosi piuttosto considerare la peculiarità dell’esperienza di gravidanza e parto, lungo tutta la durata della quale l’espressione del consenso si proietta. La gestazione, afferma del tutto condivisibilmente il TC, è infatti un processo «complesso, dinamico e unico», che può incidere sull’autocomprensione di sé da parte della gestante e, di conseguenza, provocare trasformazioni suscettibili di incidere sulla permanenza del consenso che, pertanto, deve poter essere revocato fino al momento della «consegna» («*até a entrega*») del/la nato/a ai genitori intenzionali.

Pertanto, proprio perché l’esperienza di GPA è stata inquadrata dal Tribunale costituzionale nella cornice del libero svolgimento della personalità, la revocabilità del consenso è l’unico strumento atto non solo a garantire che persista – lungo tutto il percorso – la volontarietà della condotta ma anche a dare pieno riconoscimento e tutela alla specifica dignità dell’esperienza di vita che la donna gestante attraversa, mantenendo in essa il centro dell’intera dinamica di relazione cui la GPA dà vita (cfr. par. 43).

A seguito della sentenza n. 225/18, l’Assemblea della Repubblica si è pertanto nuovamente misurata con la disciplina della GPA, con l’obiettivo di adeguare il modello regolatorio ai rilievi del Tribunale costituzionale. Il 19 luglio 2019 venne approvato un progetto di legge, avverso il quale – tuttavia – fu il Presidente della Repubblica a proporre ricorso preventivo di illegittimità costituzionale, ai sensi dell’articolo 278 della Costituzione portoghese. Oggetto del ricorso era, nuovamente, la disciplina della revocabilità del consenso: il legislatore si era infatti limitato a inserire un riferimento alla revocabilità del consenso nella cornice di principi ai quali i contratti di GPA avrebbero dovuto conformarsi, senza modificare l’articolo 8, comma 8 della legge n. 32/2006 che, pertanto, continuava a rinviare – per la revoca del consenso – alla previsione dettata in via ordinaria per l’applicazione delle tecniche di p.m.a. Per questo motivo, con la decisione n. 465 del 18 settembre 2019, il Tribunale costituzionale dichiarò l’illegittimità costituzionale della previsione in esame, rinviando nuovamente il testo all’Assemblea della Repubblica.

Con riferimento a tale decisione merita richiamare, per la profondità degli argomenti, il voto separato (concorrente) della giudice Mariana Canotilho la quale, richiamando i principi che avevano sorretto la decisione del 2018, si concentra in modo particolare sulla portata – nel caso concreto – del principio della dignità della gestante. La dignità che viene in rilievo in relazione alla GPA, afferma la giudice, non va intesa in senso «astratto, essenzialistico, che trasformi la donna nel suo *oggetto*» (corsivo aggiunto); essa deve essere piuttosto compresa come la dignità *concreta* di *ciascuna donna gestante*, per come si riflette nella sua esperienza di libertà e autodeterminazione. La donna, conclude Canotilho, deve essere il *soggetto* della GPA lungo tutto il suo svolgimento: per questo la questione della revocabilità del consenso – indipendentemente dalla sua concreta rilevanza applicativa – ha uno spessore teorico fondamentale e rappresenta il «punto di partenza» per la «indispensabile concordanza pratica tra diritti e valori in conflitto». E per questo, il consenso – per essere davvero libero – deve essere revocabile fino alla «consegna» del/la nato/a ai genitori d’intenzione: solo così, esso potrà essere liberamente *rinnovato* in ogni fase del percorso.

Solo nel novembre del 2021 l’Assemblea della Repubblica ha potuto approvare in via definitiva le ulteriori modifiche richieste dal Tribunale costituzionale, che sono entrate in vigore con la promulgazione della legge n. 90/2021.

All'esito di tale intervento, l'articolo 8 della legge n. 32/2006 – che reca la disciplina della GPA – è stato modificato, rispetto alla formulazione originaria, secondo le seguenti direttrici:

a) viene ribadita la natura eccezionale degli accordi di GPA, e la circostanza che essi devono far fronte a situazioni nelle quali sia assolutamente impedito alla donna – per ragioni patologiche (ad es.: assenza di utero) di portare a termine una gravidanza, così come viene ribadito che l'embrione deve essere formato facendo ricorso al gamete di almeno uno dei membri della coppia di genitori intenzionali e che la donna gestante non può mai essere anche la donatrice dell'ovocita (escludendo così ogni forma di GPA cd. *tradizionale*, a favore della sola GPA cd. *gestazionale*);

b) al comma 3 si prevede, assai significativamente, che la donna gestante abbia già – almeno di regola – figli propri; al comma 7 è ribadita la natura gratuita dell'accordo e al comma 8 è ribadita la necessità che tra i beneficiari e la gestante non intercorrano relazioni di subordinazione economica;

c) al comma 10 si prevede la revocabilità del consenso, da parte della gestante, fino alla registrazione del/la nato/a, dopo la nascita;

d) viene potenziato il ruolo del *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, sia in sede di autorizzazione preventiva dell'accordo di GPA (comma 5 e, soprattutto il nuovo comma 6) sia in sede di controllo (comma 13);

e) sempre al comma 13, vengono dettagliati i principi e criteri cui l'accordo di GPA deve conformarsi, con la dettagliata previsione dei doveri delle parti e, soprattutto, dei diritti della gestante, per tutto quel che concerne le informazioni, le decisioni da assumere durante la gravidanza e l'assistenza, anche psicologica, lungo tutto il percorso.

Ne emerge un quadro regolatorio dettagliato ed esigente, che persegue un punto di equilibrio tra il riconoscimento di un significativo ambito di autodeterminazione a tutti i soggetti coinvolti e la disciplina delle condizioni all'avverarsi delle quali tale autodeterminazione possa ritenersi effettiva e libera. Tale equilibrio è perseguito non soltanto attraverso la previsione di una mediazione pubblicistica (autorizzazione e controllo da parte del CNPMA) ma anche attraverso una serie di precise garanzie giuridiche dirette, nei limiti del possibile, a incidere non solo sul puntuale esercizio dei diritti e sull'adempimento dei doveri dei soggetti coinvolti ma anche sul contesto nel quale l'autonomia dei soggetti coinvolti viene esercitata.

Merita rilevare, infine, che l'assetto regolatorio portoghese è l'esito di un serrato dialogo tra Tribunale costituzionale (la cui funzione è, in questa chiave, ulteriormente arricchita, nel caso di specie, sia dalla esistenza del ricorso diretto da parte delle minoranze parlamentari e del Presidente della Repubblica, sia dalla possibilità per i giudici di redigere voti separati, così come dalla notevole familiarità del TC con l'argomento comparativo e il ricorso al diritto e alla giurisprudenza sovranazionali) e legislatore, con significativo impatto sulla qualità del dibattito pubblico sul tema. Si tratta di una precisazione importante, che vale a distinguere significativamente il caso portoghese dal caso italiano, nel quale l'oscillazione del legislatore tra proibizionismo (per quel che riguarda la GPA) e indifferenza (per quel che riguarda la tutela dei/delle nati/e mediante ricorso a questa pratica, con riferimento in particolare alla continuità dello *status*) si combina in modo ormai sempre più problematico con le incertezze della giurisprudenza, che tende a oscillare tra interventi in chiave evolutiva e momenti di arretramento.

4. Paradigmi ricostruttivi e alternative regolatorie

Attorno alle diverse declinazioni di libertà e dignità possono essere dunque tratteggiati diversi paradigmi ricostruttivi della gestazione per altri. Rileva anzitutto l'alternativa di fondo tra dignità intesa in senso oggettivo e dignità intesa in senso soggettivo: tra una dignità intesa cioè come limite all'esercizio di autodeterminazione e dignità come concetto legato alla rappresentazione di sé e alla realizzazione della propria personalità in condizioni di libertà. Tale polarizzazione, apparentemente chiara, si complica notevolmente quando le scelte investono l'uso del proprio corpo e la costruzione, attraverso di esso, di relazioni che qualificano lo svolgimento della propria personalità.

Come dimostra la comparazione tra Italia e Portogallo, portare alle estreme conseguenze la polarizzazione tra dignità intesa in senso soggettivo e dignità intesa in senso oggettivo rischia di irrigidire la discussione su alternative astratte e poco sensibili alle concrete esperienze di vita e relazione. Ciò non significa, tuttavia, che le due dimensioni della dignità appena tratteggiate non possano o non debbano rilevare nella riflessione sulla gestazione per altri, tutto il contrario: piuttosto, si tratta di evitare di schiacciare la ricostruzione del fenomeno sull'uno o sull'altro polo, senza dare adito al portato di valore che è racchiuso nell'altro.

Così, un paradigma ricostruttivo esclusivamente basato su una declinazione assoluta (ma soprattutto astratta rispetto ai contesti) dell'autodeterminazione dei soggetti coinvolti – dalla donna gestante, ai genitori d'intenzione, agli stessi operatori economici e giuridici – finisce inevitabilmente per rinviare a schemi di natura esclusivamente contrattualistica (paradigma *individualistico-contrattuale*), rispetto ai quali il momento regolatorio rischia di assumere un ruolo recessivo, specie per quel che riguarda la gestione degli aspetti economici; all'altro estremo, un paradigma ricostruttivo fondato su una declinazione di dignità come limite all'autodeterminazione personale finisce per negare la possibilità stessa di una regolazione giuridica della GPA, cedendo il passo a modelli proibizionisti altrettanto refrattari rispetto all'esperienza e, soprattutto, rispetto alla possibilità di far valere le virtualità regolatorie del diritto nei confronti di un complesso di esperienze che, proprio per la loro delicatezza, nel diritto potrebbero trovare uno strumento di gestione in chiave di tutela dei diversi valori e interessi coinvolti (anche, come dimostra proprio il caso italiano, in relazione alla salvaguardia della continuità dello *status filiationis* dei/delle nati/e mediante ricorso a questa pratica).

Ancora, con riferimento al paradigma individualistico-contrattuale, deve essere messo in luce come esso interagisca in modo complesso e delicato, da un lato, con la riduzione della GPA ai suoi aspetti tecnico-sanitari – ossia, alla mera applicazione di tecnologia riproduttiva su corpi, oggetto di libera determinazione da parte dei soggetti interessati – e, dall'altro, con i suoi aspetti economici, dall'esistenza o meno di un passaggio di denaro – la quale, nella logica contrattualistica, rappresenta la remunerazione della “prestazione” resa – alla stessa già richiamata mediazione di soggetti imprenditoriali che intendano trarre dalla pratica un profitto ulteriore per i servizi resi.

Occorre dunque ricercare soluzioni ricostruttive intermedie, che non vanifichino né l'istanza di libertà né l'istanza di limite, secondo logiche di equilibrio. Il caso portoghese offre, in questo senso, indicazioni molto interessanti, specie per quel che riguarda la ricostruzione del concetto di dignità e della sua specifica portata nel caso della GPA. In particolare, il rifiuto di logiche astratte – sia nell'un senso che

nell'altro – ha reso possibile al Tribunale costituzionale, e al legislatore, approntare un modello regolatorio sensibile alla concretezza delle esperienze e, soprattutto, idoneo a preconstituire adeguate tutele per tutti i soggetti coinvolti, e in particolare per la donna gestante.

In questa prospettiva, diviene da un lato possibile dare ingresso nella ricostruzione del fenomeno allo specifico rilievo dei *motivi* che possono spingere i soggetti interessati a impegnarsi in una esperienza di GPA e dunque anche, ma non solo, alla matrice solidaristica la quale può – ma non necessariamente deve – tradursi in una assenza di passaggi economico-monetari. Ancora più in profondità, una ricostruzione del fenomeno che resti sensibile alle esperienze cui l'esercizio di quelle scelte dà luogo può farsi carico dell'istanza di *relazione* che – direttamente promanante dall'esperienza originaria della gravidanza – si proietta ben al di là della nascita, disegnando una costellazione molteplice di responsabilità: dalla responsabilità verso il nascituro assunta dai genitori intenzionali, fino alla responsabilità di questi ultimi di non celare né dimenticare l'origine di quella vita e, dunque, di preservare una cornice di relazioni che accompagni il/la nato/a lungo tutta la sua esistenza, come cifra della sua storia e della sua identità.

Ancora, un approccio alla dignità che ne valorizzi il legame con l'autodeterminazione *in concreto e in prospettiva situata* può incidere sui modelli regolatori affinandone la specifica sensibilità rispetto ai contesti, sia sotto il profilo delle concrete condizioni socio-economiche e culturali nei quali le scelte afferenti alla GPA vengono esercitate, sia sotto il profilo della pretesa regolatoria del diritto anche rispetto alle dinamiche economiche eventualmente sottese.

Infine, in questa stessa prospettiva assume peculiare rilievo la mediazione pubblicistica, almeno sotto tre profili.

In primo luogo, la stessa scelta di adottare un modello di regolazione giuridica della GPA non è indifferente rispetto al paradigma nel quale ci si muova, potendo temperare in modo significativo il paradigma individualistico-contrattuale o, viceversa, escluderlo a favore di un paradigma integralmente guidato dall'intervento pubblicistico.

In secondo luogo, la mediazione pubblicistica assume peculiare rilievo per quel che riguarda il perseguimento di equilibri tra l'esercizio delle libertà individuali e il perseguimento di irrinunciabili interessi pubblici, primo fra tutti – di nuovo – quello alla tutela della dignità di tutti i soggetti coinvolti nella GPA: equilibri che possono essere assicurati anche prevedendo una mediazione di tipo amministrativo (come nel caso portoghese) o giurisdizionale (come ad esempio nel caso greco), sia in fase di autorizzazione preventiva che di controllo contestuale e successivo nella fase di attuazione degli accordi.

In terzo luogo, la mediazione pubblicistica pare suscettibile di incidere anche sul ruolo del fattore economico, sia nel quadro della generale pretesa regolatoria del diritto rispetto alle dinamiche del mercato – ad esempio assicurando il divieto di intermediazione commerciale – sia, soprattutto, per la possibilità di avocare integralmente al sistema sanitario pubblico la GPA, evitando qualunque interferenza da parte di operatori privati, ivi comprese le agenzie di mediazione.

Traccia di simili alternative “di paradigma” sono presenti, ad esempio, nelle proposte di legge elaborate nel dibattito pubblico italiano e, in particolare, nel testo elaborato dall'Associazione Luca Coscioni

e depositato alla Camera dei deputati⁴⁰ e nel disegno di legge elaborato da alcuni giuristi del portale *Articolo29.it* (fra cui chi scrive) e non ancora depositato in Parlamento⁴¹.

In particolare, la proposta di legge C. 3016 accede a un paradigma di tipo contrattualistico: infatti, seppure nel quadro di una ben precisa cornice di limiti e principi stabiliti dalla medesima proposta di legge, l'accordo di gravidanza per altri viene stipulato dalle parti, alla presenza di un avvocato (cui è conferito il potere di autentica delle firme). Al contrario, la proposta di legge elaborata da *Articolo29.it* si colloca più decisamente sul versante della mediazione pubblicitica, prevedendo che l'accordo di gravidanza per altri venga stipulato all'esito di un procedimento di giurisdizione volontaria, che si instaura mediante ricorso al Tribunale competente e si impernia sulla nomina, da parte del giudice, di un ausiliario con specifici requisiti di professionalità, il quale assisterà le parti nella fase di sottoscrizione e attuazione dell'accordo.

Analoghi sono i limiti che entrambi i testi pongono alla possibilità di stipulare l'accordo: si segnalano, in particolare, i limiti reddituali previsti per la gestante (il cui reddito deve essere almeno doppio rispetto alla soglia prevista per l'accesso al patrocinio a spese dello Stato) e la previsione che la gestante stessa debba avere già figli/e propri/e. Entrambi i testi, inoltre, confermano il divieto di intermediazione commerciale, facendo salva la previsione di cui all'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004 per le GPA realizzate in violazione delle condizioni previste da entrambi i testi. Tuttavia, mentre la proposta di legge C. 3016 esclude la possibilità di compenso e di qualsivoglia arricchimento per la gestante, la proposta di *Articolo29.it* prevede anche la possibilità di un compenso per la gestante. Resta fermo, con riferimento a entrambi i testi: a) che tutte le spese sono a carico dei beneficiari; b) che i beneficiari sono tenuti alla stipula di una assicurazione sanitaria a favore della gestante; c) che i beneficiari sono tenuti, prima dell'impianto dell'embrione, ad aprire un conto corrente dedicato a tutti i passaggi di denaro relativi alla pratica: nel caso della p.d.l. C. 3016, il medesimo conto corrente è soggetto a rendicontazione da parte di un notaio.

Entrambi i testi, peraltro, ammettono il ricorso alla GPA delle persone singole e delle coppie di persone dello stesso sesso, unite civilmente o conviventi.

Per quel che riguarda la posizione della gestante si segnala che – mentre il testo di *Articolo29.it* prevede la possibilità di revoca del consenso anche dopo la nascita – il testo della proposta di legge C. 3016 prevede che il consenso possa essere revocato solo in caso di interruzione volontaria di gravidanza. Entrambi i testi assicurano alla gestante piena autonomia in tutte le scelte che riguardano la gravidanza, il suo svolgimento e i trattamenti sanitari.

Degna di nota, infine, nel testo elaborato da *Articolo29.it*, la qualificazione degli accordi di gravidanza per altri come «accordi di natura familiare»; conseguentemente, della relazione avviata con il ricorso alla GPA viene riconosciuta la proiezione anche al di là e oltre la nascita, prevedendo che la donna che ha partorito ed il nato abbiano diritto di instaurare e conservare una relazione significativa di natura familiare, ivi compreso il reciproco diritto di visita. Si tratta di un tentativo che, significativamente, si

⁴⁰ C. 3016 (On. Termini e altri), *Disciplina della gravidanza solidale e altruistica*, che può essere consultato a questo indirizzo: <https://www.camera.it/leg18/126?leg=18&idDocumento=3016>.

⁴¹ M. GATTUSO, A. SCHILLACI, *Il sasso nello stagno: uno schema di disegno di legge di Articolo29 per la regolamentazione della surrogazione di maternità* (16 ottobre 2018): <http://www.articolo29.it/2018/il-sasso-nello-stagno-uno-schema-di-disegno-di-legge-di-articolo29-per-la-regolamentazione-della-surrogazione-di-maternita/>).

incrive in un quadro ricostruttivo del fenomeno fortemente sensibile alla concretezza delle esperienze e delle relazioni cui le scelte delle persone coinvolte possono dare luogo.

La sintetica (ed esemplificativa) esposizione dei contenuti dei due testi consente di svolgere brevi considerazioni conclusive su alcuni profili rilevanti. Anzitutto, la trattazione sin qui svolta ha messo in luce la *possibilità* e la *virtualità* di una regolazione giuridica della GPA e il modo in cui le stesse si intreccino con le diverse declinazioni della dignità – e del suo rapporto con la libertà – e con il rilievo delle stesse nell’elaborazione di paradigmi ricostruttivi della GPA stessa. Così, da un lato, una comprensione del rapporto tra dignità e libertà astratto e sganciato da contesti e relazioni si presta – paradossalmente – a polarizzare le scelte regolatorie tanto su un paradigma di tipo proibizionista quanto su un paradigma di tipo radicalmente contrattualistico, che mantiene rigida la separazione tra la sfera in cui si esplica la libertà – anche economico-commerciale – degli individui e degli operatori e l’intervento del diritto. D’altro canto, e viceversa, una comprensione del rapporto tra dignità e libertà sensibile rispetto alla concretezza delle situazioni e allo specifico rilievo dei contesti consente ai modelli regolatori di mantenersi in equilibrio tra la salvaguardia dell’istanza di libero svolgimento della personalità e quella, con essa concorrente, di tutela della dignità dei soggetti coinvolti garantendo l’adempimento di specifici doveri di corresponsabilità e, soprattutto, limitando l’intervento del mercato (o, addirittura, escludendolo del tutto).

In questa prospettiva possono essere inquadrare e comprese, gettando su di esse una luce in parte nuova, almeno alcune delle alternative disciplinari che caratterizzano i diversi modelli regolatori della GPA. Si pensi, ad esempio, all’alternativa tra il modello solidaristico e quello commerciale che non coincide – nella prospettiva di questo scritto – con l’alternativa tra modello oneroso e modello gratuito, bensì piuttosto con la diversa incidenza del ruolo del mercato e dunque degli operatori economici e degli intermediari commerciali nella vicenda della GPA; si pensi, ancora, alla diversa disciplina delle condizioni alle quali la donna può esercitare e condurre la propria scelta di portare una gravidanza per altre o altri (ad esempio, mediante la fissazione di specifici requisiti reddituali o attraverso il requisito dell’aver già avuto figli/e propri/e) ma anche al modo in cui la disciplina di quelle condizioni possono reagire sul contesto (non solo socio-economico e culturale, ma anche più strettamente esperienziale) in cui quella scelta viene esercitata e attuata.

Filo conduttore del percorso attraverso queste differenti alternative – nel solco della comparazione che si è proposta tra il caso italiano e quello portoghese – è, di nuovo, la comprensione della dignità e del suo rapporto con la libertà, come presidi posti «non per custodire un’essenza, bensì per mettere ciascuno nella condizione di determinare liberamente il proprio progetto di vita», con il corollario che della dignità stessa debba essere superata una declinazione astratta, costruendola piuttosto «in modo da dover essere sempre misurata sulla concretezza delle situazioni»⁴².

⁴² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2010, 190-191 e 194. Per ulteriori approfondimenti, cfr. P. RIDOLA, *La dignità dell’uomo e il «principio libertà» nella cultura costituzionale europea*, in *Id.*, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, 2018, 236 ss. nonché A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2018.

Protezione dei dati personali e ricerca scientifica: un rapporto controverso ma necessario

Francesco Di Tano*

PROTECTION OF PERSONAL DATA AND SCIENTIFIC RESEARCH: A CONTROVERSIAL BUT NECESSARY RELATIONSHIP

ABSTRACT: In a social context of rapid technological evolution, scientific research must be inspired by respect for ethical principles, to protect the human rights and freedoms of research participants and to guarantee the lawful processing of their personal data, as also established by the ethical review process of the European scientific research framework programs. However, during the research activities, ethical and legal uncertainties and criticalities may be encountered, which require particular attention and intervention to remove any obstacles and make the pursuit of scientific research purposes more efficient while respecting the rights of the participants and data subjects involved.

KEYWORDS: Scientific research; ethics; privacy; data protection; artificial intelligence

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I requisiti etici e di protezione dei dati personali dei progetti di ricerca scientifica – 3. Le principali criticità di carattere etico-giuridico – 3.1. L'inquadramento dei ruoli e delle responsabilità sul trattamento dei dati personali in ambito progettuale – 3.2. Il riuso dei dati personali a fini di ricerca – 3.3. L'intelligenza artificiale nella ricerca scientifica e il rispetto dei diritti e delle libertà delle persone – 4. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

La ricerca scientifica è stata, ed è tuttora, fortemente influenzata dalla rapida evoluzione tecnologica, che ha rivoluzionato le modalità di comunicazione e consentito l'utilizzo di strumenti sempre più sofisticati nelle attività umane. Se i benefici di questi nuovi sviluppi sono innegabili, sorgono, al tempo stesso, preoccupazioni di carattere etico per gli impatti imprevedibili che possono derivare dalle intense interazioni tra le nuove tecnologie e il tessuto sociale.

Nello specifico e delicato ambito della ricerca medica e biomedica sugli esseri umani, la sensibilità ai principi etici si è sviluppata in un percorso originatosi dalla Dichiarazione di Helsinki della World Medical Association, la cui prima edizione risale al 1964, che riconosce esplicitamente la prevalenza dei diritti e degli interessi dei singoli soggetti partecipanti alla ricerca sullo scopo della ricerca medica di generare nuove conoscenze non possa mai prevalere sui diritti e sugli interessi dei singoli soggetti partecipanti alla ricerca.

* *Assegnista di ricerca presso il Centro Interdipartimentale Alma Mater Research Institute for Human-Centered Artificial Intelligence – (Alma AI), Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Mail: francesco.di-tano@unibo.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

Ad essa, si sono poi affiancati strumenti giuridicamente vincolanti come la Convenzione 108 di Strasburgo per la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento automatizzato dei dati personali del 1981, la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 1997, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che prevede principi giuridici applicabili anche alla ricerca medica, e, più di recente, il Regolamento (UE) 536/2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e il Regolamento (UE) 679/2016 sulla protezione dei dati personali (General Data Protection Regulation – GDPR).

È particolarmente evidente, dunque, come l'Unione Europea abbia riposto sempre maggiore attenzione agli aspetti etici e privacy nella ricerca scientifica. E ciò si è riverberato ancor di più sui suoi programmi quadro di ricerca e innovazione, attraverso i quali, finanziando i progetti di ricerca più meritevoli, viene attuata la politica comunitaria in materia di scienza e innovazione.

La tutela dei diritti fondamentali alla privacy e alla protezione dei dati nei progetti finanziati da Horizon 2020, prima, e Horizon Europe, oggi, è difatti tra le principali priorità del processo di revisione etica.

Il GDPR ha rappresentato una svolta normativa dirimpente, andando a introdurre nell'ordinamento giuridico degli Stati membri dell'Unione Europea nuovi principi ed elementi giuridici volti ad aumentare la trasparenza e la responsabilità del trattamento dei dati e rafforzare i diritti di protezione dei dati delle persone fisiche¹. Trattandosi di Regolamento europeo, il GDPR è direttamente applicabile nell'ordinamento di ciascuno Stato membro, ma prevede deroghe e flessibilità, concedendo alle leggi degli Stati membri di intervenire in specifici punti. Ciò è avvenuto, ad esempio, in Italia con il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, che ha modificato sensibilmente il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (meglio conosciuto come Codice in materia di protezione dei dati personali, o Codice Privacy), anche in relazione alla ricerca scientifica.

Proprio la ricerca scientifica ha ricevuto specifica cura dal legislatore europeo², essendo riconosciuta meritevole di incoraggiamento e sviluppo e, dunque, di un regime più favorevole rispetto ai generali oneri e obblighi sanciti in tema di protezione dei dati personali, comunque a fronte dell'adozione di adeguate garanzie tecniche e organizzative per i diritti e le libertà degli interessati (ai sensi dell'art. 89 GDPR).

¹ Basti pensare al principio di *accountability* e a quelli di *privacy by design* e *by default*, l'adempimento della valutazione d'impatto dei trattamenti, nonché i diritti riconosciuti in capo ai soggetti interessati, le procedure di gestione di tali richieste e dei *data breach* e, infine, le misure sanzionatorie.

² Nell'ambito del GDPR, ai sensi del Considerando 159, «il trattamento di dati personali per finalità di ricerca scientifica dovrebbe essere interpretato in senso lato e includere ad esempio sviluppo tecnologico e dimostrazione, ricerca fondamentale, ricerca applicata e ricerca finanziata da privati, oltre a tenere conto dell'obiettivo dell'Unione di istituire uno spazio europeo della ricerca ai sensi dell'articolo 179, paragrafo 1, TFUE. Le finalità di ricerca scientifica dovrebbero altresì includere gli studi svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica».

Tale regime contempla, da un lato, eccezioni al principio di limitazione delle finalità³, al principio di limitazione della conservazione⁴ e al trattamento di dati rientranti nelle categorie particolari⁵; dall'altro lato, concede al diritto dell'Unione europea e degli Stati membri di prevedere deroghe ai diritti degli interessati di cui agli articoli 14, 15, 16, 18, 21 del GDPR⁶.

Si vedrà, però, come la citata normativa nazionale italiana di dettaglio e i provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali rendano più complessi, rispetto alle previsioni del GDPR, i trattamenti di dati personali relativi a ricerche mediche, biomediche ed epidemiologiche, anche e soprattutto nell'ambito di consorzi intraeuropei.

Il presente contributo si concentra sulle dinamiche legate al trattamento e alla protezione dei dati personali nell'ambito della ricerca scientifica finanziata con fondi pubblici e, in particolare, nel più specifico contesto della progettazione europea caratterizzata da consorzi e partenariati. A partire dalla prassi quotidiana e alla luce dell'attuale impostazione derivante da norme, provvedimenti delle Autorità e orientamenti interpretativi, l'obiettivo principale è quello di portare in evidenza le criticità che i ricercatori incontrano, anche inconsapevolmente, sotto il profilo "privacy" e, più in generale, etico e giuridico, nonché tentare di fornire chiavi interpretative e riferimenti a modelli operativi utili al raggiungimento di soluzioni possibilmente adeguate

L'analisi prende avvio, nel successivo paragrafo, dai requisiti etico-giuridici e di *data protection* che, nei progetti di ricerca internazionali e non, sono oramai costantemente richiesti (o, meglio, imposti) dalle istituzioni finanziatrici e dunque rappresentano il paradigma di riferimento per un'*accountability* progettuale.

³ Art. 5, par. 1, lett. d) GDPR: «un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali».

⁴ Art. 5, par.1, lett. e) GDPR: «i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato».

⁵ Il trattamento dei dati personali rientranti in categorie particolari è vietato per difetto salvo che ricorra una delle condizioni previste dall'art. 9 GDPR, tra cui il fatto che il trattamento sia «necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato».

⁶ Art. 89, par. 2 GDPR: «Se i dati personali sono trattati a fini di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, il diritto dell'Unione o degli Stati membri può prevedere deroghe ai diritti di cui agli articoli 15, 16, 18 e 21, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 1 del presente articolo, nella misura in cui tali diritti rischiano di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità specifiche e tali deroghe sono necessarie al conseguimento di dette finalità». Nell'ordinamento italiano, così come previsto dall'art. 106, comma 2, lett. f) del Codice Privacy, le Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica, pubblicate il 19 dicembre 2018, prevedono un'unica lieve deroga all'esercizio dei diritti, all'articolo 12: «Qualora, in caso di esercizio dei diritti di cui agli art. 15 e ss del Regolamento, sono necessarie modifiche ai dati che riguardano l'interessato, il titolare del trattamento provvede ad annotare, in appositi spazi o registri, le modifiche richieste dall'interessato, senza variare i dati originariamente immessi nell'archivio». www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9069637 (ultima consultazione, 07/01/2022)

Dal conseguente necessario adeguamento etico-privacy delle attività di ricerca emergono, soprattutto nel contesto dei consorzi di ricerca europei e internazionali, difficoltà e incertezze che, in questo contributo, si intende affrontare in maniera critica.

Dapprima, ci si soffermerà su un aspetto preliminare, ma fondante, dei progetti consorziati: il rapporto intercorrente tra i partner in relazione al trattamento dei dati personali, con precisa identificazione dei ruoli e delle connesse responsabilità. Ciò, come si può immaginare, ha rilevanti ricadute su dinamiche operative quali, ad esempio, la predisposizione delle informative, i rapporti con i soggetti interessati e la gestione degli eventuali *data breach*.

Successivamente, sarà affrontato il tema del riuso dei dati personali a fini di ricerca (o uso secondario). Grazie a una crescente capacità di digitalizzare e condividere, in un mondo interconnesso, sempre più dati personali⁷, i ricercatori riescono a costituire una grande quantità di dati da analizzare per vari scopi di ricerca, tanto in campo medico quanto negli altri settori scientifici⁸. L'uso così esteso di dati preesistenti può avere vantaggi considerevoli alla ricerca scientifica, tra cui la capacità analitica propria dei *big data* e, potenzialmente, la possibilità di evitare problemi che caratterizzano, a livello per lo più pratico e amministrativo, la raccolta primaria di dati. Al tempo stesso, però, l'utilizzo secondario di grandi masse di dati personali implica opportune verifiche della sussistenza di idonee basi giuridiche e garanzie a salvaguardia dei diritti e delle libertà delle persone, che consentano il superamento del principio di limitazione delle finalità sancito dal GDPR⁹.

Infine, tenuto conto che nell'attuale società basata sui dati (e come appena ricordato, sui *big data*) gli algoritmi di profilazione e processi decisionali automatizzati sono una realtà in forte crescita, il contributo tratterà il rapporto tra intelligenza artificiale nella ricerca scientifica e rispetto dei diritti e delle libertà delle persone. Il GDPR ha cercato di fornire una soluzione, trasversale a tutti gli ambiti sociali, attraverso diversi strumenti: dal diritto a ricevere informazioni su logiche, significato ed effetti previsti dei processi decisionali automatizzati (artt. 13, par. 2, lett. f, 14, par. 2, lett. g, 15, par. 1, lett. h) al diritto a non essere assoggettati a tali processi, con tutele e vincoli per le limitate ipotesi in cui è comunque consentito (art. 22). Alla luce di ciò, i ricercatori sono tenuti a sviluppare o utilizzare sistemi di intelligenza artificiale rispettosi dei diritti e delle libertà delle persone interessate, ma anche ad elaborare, prima del loro utilizzo, informazioni chiare, approfondite e precise sul funzionamento degli stessi.

2. I requisiti etici e di protezione dei dati personali dei progetti di ricerca scientifica

In letteratura, si sono sviluppate posizioni discordanti sul rapporto tra attività di ricerca scientifica e l'attuale disciplina europea in materia di protezione dei dati personali. Taluni autori vedono il GDPR

⁷ J. MESZAROS, C. HO, *AI research and data protection: Can the same rules apply for commercial and academic research under the GDPR?*, in *Computer Law & Security Review*, 41, 2021.

⁸ J. VAN DE HOVEN, G. COMANDÈ, S. RUGGIERI, J. DOMINGO-FERRER, F. MUSIANI, F. GIANNOTTI, F. PRATESI, M. STAUCH, *Towards a Digital Ecosystem of Trust: Ethical, Legal and Societal Implications*, in *Opinio Juris In Comparatione*, 1, 2021, 131-156; D. PELOQUIN, M. DIMAIO, B. BIERER, M. BARNES, *Disruptive and avoidable: GDPR challenges to secondary research uses of data*, in *European Journal of Human Genetics*, 28, 2020, 697-705.

⁹ P. QUINN, *Research under the GDPR – a level playing field for public and private sector research?*, in *Life Sciences, Society and Policy*, 17, 4, 2021, 2-3; G. MALGIERI, *Data protection and research: A vital challenge in the era of COVID-19 pandemic*, in *Computer Law & Security Review*, 37, 2020.

come un ostacolo dannoso per la ricerca¹⁰, altri lamentano la mancanza di chiare linee interpretative per questo specifico ambito¹¹, altri ancora riconoscono una particolare ricchezza di opzioni offerta alla ricerca dal GDPR, a seconda degli attori e dei contesti¹², o identificano nel GDPR stesso la pietra angolare attorno alla quale costruire un flusso di dati sicuro e libero per la ricerca¹³.

È comunque incontrovertibile il fatto che il GDPR riconosca un ruolo fondamentale alla ricerca scientifica, a partire dai Considerando 157 e 159, con cui è esplicitamente dichiarato l'obiettivo di facilitare la ricerca ed è chiarita l'interpretazione in senso lato del concetto di ricerca scientifica, da considerarsi inclusivo, ad esempio, di sviluppo tecnologico e dimostrazione, della ricerca fondamentale, della ricerca applicata, di quella finanziata da privati, nonché gli studi svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica. Lo stesso ventaglio di basi giuridiche potenzialmente disponibili e applicabili (dal consenso all'assistenza e terapia sanitaria di cui alle lettere a ed i dell'art. 9, paragrafo 2, o proprio la necessità per fini di ricerca scientifica esplicitamente riconosciuta dalla lettera j della medesima norma) e le eccezioni legate al riutilizzo dei dati personali (di cui si tratterà in seguito) rinforza tale convincimento¹⁴.

Si sono però aperti interrogativi e dubbi interpretativi. Primo fra tutti, se esista un comune assoggettamento alle medesime regole in materia di trattamento di dati personali, e dunque parità di condizioni, tra le differenti tipologie di titolari del trattamento: dall'ente universitario all'azienda pubblica ospedaliera o sanitaria, dalle piccole e medie imprese ai grandi e potenti operatori commerciali. Ciascuno di essi, normalmente operante in ambienti caratterizzati da diversi livelli di risorse e in possesso di altrettanto diverse capacità di accesso ai dati personali¹⁵, sulla base della natura giuridica (pubblica o privata), delle caratteristiche e soprattutto dello scopo della ricerca (pubblicistico o commerciale privato), può beneficiare o meno di determinate basi giuridiche o eccezioni¹⁶. Tuttavia, le divergenze si appiattiscono, a parere di chi scrive, nel contesto – principale oggetto d'esame – della ricerca scientifica finanziata, evidentemente correlata a comuni obiettivi di interesse pubblico.

In questo ambito, come accennato in precedenza, il rispetto dei principi etici, volti a garantire la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà dei partecipanti alla ricerca e la liceità del trattamento dei loro dati personali, è stato correttamente imposto a tutti i beneficiari nel processo di revisione etica appli-

¹⁰ D. PELOQUIN, M. DIMAIO, B. BIERER, M. BARNES, *op. cit.*; B.A. SIMELL ET AL., *Transnational Access to Large Prospective Cohorts in Europe: Current Trends and Unmet Needs*, in *New Biotechnology*, 49, 2019, 98-103; A. WIEBE, N. DIETRICH, *Open Data Protection: Study on Legal Barriers to Open Data Sharing – Data Protection and PSI*, Göttingen, 2017; L. DETERMAN, *Healthy Data Protection Law*, in *Michigan Technology Law Review*, 26, 2020, 229-278.

¹¹ R. EISS, *Confusion over Data-privacy Law Stalls Scientific Progress*, in *Nature*, 584, 2020, 498.

¹² P. QUINN, *op. cit.*, 21.

¹³ G. COMANDÈ, G. SCHNEIDER, *Can the GDPR make data flow for research easier? Yes it can, by differentiating! A careful reading of the GDPR shows how EU data protection law leaves open some significant flexibilities for data protection-sound research activities*, in *Computer Law & Security Review*, 41, 2021, 2.

¹⁴ *ibidem*.

¹⁵ J. HARTLEY, J. ALFORD, E. KNIES, S. DOUGLAS, *Towards an empirical research agenda for public value theory*, in *Public Management Review*, 19, 5, 2017, 670-685; A. MAROTO, J. GALLEGO, L. RUBALCABA, *Publicly funded R&D for public sector performance and efficiency: Evidence from Europe*, in *R&D Management*, 46, 2016, 564-578.

¹⁶ G. COMANDÈ, G. SCHNEIDER, *op. cit.*, 4-5; P. QUINN, *op. cit.*, 21-29.

cato nei recenti programmi quadro in materia di ricerca scientifica europea. Tali requisiti sono evidentemente ispirati al principale postulato etico della ricerca, secondo il quale la partecipazione (e sottoposizione) ad attività di ricerca dovrebbe essere libera, volontaria, consapevole e informata¹⁷.

La rilevanza e l'istituzionalità dei programmi quadro europei, unite all'autorevolezza della revisione etica attuata sui progetti ivi candidati, rendono i requisiti etico-giuridici sopra menzionati un modello estendibile a ogni livello, in quanto diretta manifestazione di regole e principi riconosciuti in atti e trattati internazionali e, come tali, applicabili nel nostro ordinamento indipendentemente dall'ambito territoriale dei bandi di finanziamento dei progetti di ricerca scientifica.

A seconda degli obiettivi della ricerca, dei soggetti reclutati, della tipologia e della natura dei dati personali trattati, della metodologia adottata e dei potenziali rischi per i partecipanti, i candidati e beneficiari dei bandi di Horizon 2020 e Horizon Europe devono rispettare una serie di standard etici e giuridici, valutati periodicamente da un'apposita commissione, riflettenti i loro corrispondenti obblighi.

Sotto lo specifico profilo della protezione dei dati personali, ogni qual volta un progetto di ricerca preveda il trattamento di dati personali di persone fisiche partecipanti, i beneficiari sono chiamati a fornire approfonditi chiarimenti sui seguenti temi e adempimenti:

- le responsabilità di ciascun partner e del consorzio nel suo insieme in relazione al trattamento dei dati personali nelle attività di progetto;
- le procedure attuate (o da attuarsi) per la raccolta dei consensi informati per la partecipazione delle persone e sul trattamento dei dati personali, se del caso anche riguardanti i minori;
- i modelli delle informative sulla partecipazione alla ricerca sul trattamento dei dati personali (in linguaggio e termini comprensibili), e relativi moduli di consenso, da produrre o conservare a seconda della richiesta;
- la giustificazione del trattamento di categorie particolari di dati, potendo potenzialmente esporre i partecipanti alla ricerca a rischi più elevati e dovendo pertanto essere garantito un livello di protezione più elevato per tali operazioni di trattamento, unitamente a una descrizione completa della politica di protezione dei dati e delle disposizioni in materia di sicurezza;
- la verifica in merito a deroghe particolari in materia di diritti degli interessati o di trattamento di dati genetici, biometrici e/o sanitari previsti dalla legislazione nazionale del Paese in cui si svolge la ricerca e una dichiarazione di conformità rispetto a ciascun quadro giuridico nazionale;
- l'illustrazione di come tutti i dati personali che si intenda trattare siano pertinenti e limitati alle finalità del progetto di ricerca, secondo il principio di minimizzazione dei dati sancito dal GDPR;
- la descrizione delle misure tecniche e organizzative attuate (o da attuarsi) per la salvaguardia dei diritti e le libertà degli interessati partecipanti alla ricerca;

¹⁷ Il fondamento giuridico del consenso informato alla partecipazione ad attività di ricerca scientifica attiene al rispetto della dignità umana e della autonomia personale ed è esplicitamente riconosciuto dai già citati Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina, Regolamento (UE) 536/2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano, nonché la Dichiarazione Universale sulla bioetica e i diritti umani dell'Unesco di Parigi, del 2005. Sul punto, si veda CNR, COMMISSIONE PER L'ETICA DELLA RICERCA E LA BIOETICA, *Il consenso informato nella ricerca scientifica: Ethical Toolkit*, 2017, che evidenzia come da tale principio discenda «il diritto dei partecipanti di essere informati e il dovere del ricercatore ad informarli adeguatamente e la vincolatività dei contenuti del consenso informato per la liceità dello svolgimento delle attività di ricerca condotte con o su di essi».

- la descrizione delle misure di sicurezza attuate (o da attuarsi) per prevenire l'accesso non autorizzato ai dati personali o alle apparecchiature utilizzate per il trattamento;
- la descrizione delle tecniche di anonimizzazione e pseudonimizzazione da implementarsi;
- la conferma della nomina del Responsabile della protezione dei dati (RPD) per ciascun beneficiario titolare o responsabile del trattamento e della messa a disposizione di tutti gli interessati dei relativi dati di contatto; per i soggetti non tenuti a nominare un Responsabile della protezione dei dati ai sensi del GDPR, è necessario presentare una policy dettagliata sulla protezione dei dati per il progetto;
- in caso di trasferimento di dati personali dall'Unione Europea verso un paese extra UE o un'organizzazione internazionale, la conferma che tali trasferimenti siano conformi al Capo V del GDPR;
- nel caso in cui i dati personali siano, invece, trasferiti da un paese extra UE verso l'Unione Europea (o altro stato terzo), la conferma che tali trasferimenti siano conformi alle leggi del paese in cui i dati sono stati raccolti;
- se il progetto si dovesse basare su un ulteriore trattamento dei dati personali raccolti in precedenza (il c.d. riutilizzo o uso secondario di dati personali), la conferma che sussista un'adeguata base giuridica e che siano in atto misure tecniche e organizzative adeguate per salvaguardare i diritti degli interessati;
- se la ricerca dovesse comportare la profilazione o un processo decisionale automatizzato, ai sensi dell'art. 22 del GDPR, l'illustrazione di come gli interessati ne siano informati, quali siano la logica ad essa sottostante e le possibili conseguenze, nonché come siano tutelati i loro diritti fondamentali;
- la valutazione dei rischi etici relativi alle attività di trattamento ed elaborazione dei dati del progetto, includendo un parere se la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati debba essere, o meno, condotta ai sensi dell'articolo 35 del GDPR;
- in caso di trattamento dei dati integrante la profilazione, il monitoraggio sistematico delle persone o il trattamento su larga scala di categorie speciali di dati, metodi intrusivi di trattamento dei dati o qualsiasi altra operazione di trattamento dei dati che possa comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà dei partecipanti alla ricerca, la descrizione completa di tali metodi di trattamento nel protocollo di ricerca, con una valutazione dei rischi etici associati alle attività di trattamento dei dati e dei potenziali danni ai diritti dei partecipanti alla ricerca e l'ideazione di misure di mitigazione del rischio.

I requisiti etico-giuridici in questione – non necessariamente tutti – sono imposti dalla Commissione Europea in fase successiva all'avvenuta sottomissione della proposta progettuale, e dunque dopo l'avvenuta valutazione etica del progetto. A seconda delle singole situazioni – senza poter ravvisare uno standard generalizzato – il loro soddisfacimento può essere richiesto entro la stipulazione del Grant Agreement, nel corso della sua fase di preparazione e negoziazione, con la loro integrazione all'interno dello stesso accordo, oppure successivamente, tramite la produzione di *deliverables* a scadenze fissate dalla medesima Commissione Europea. In ogni caso, deve comunque avvenire prima dell'avvio di attività di ricerca coinvolgenti esseri umani, con connesso trattamento dei relativi dati personali.

In ossequio al principio di *accountability*¹⁸, il giusto bilanciamento tra l'esigenza di coinvolgimento di partecipanti e di trattamento dei relativi dati personali, da una parte, e la tutela dei loro diritti fondamentali, dall'altra, responsabilizza (o dovrebbe responsabilizzare) i ricercatori nel corso dell'intero progetto di ricerca. A tal fine, risulta necessaria la corretta applicazione, in concreto, di principi di *ethics by design* e *by default*, nonché di *privacy by design* e *by default*, con adozione di adeguate misure tecniche e organizzative¹⁹.

Come anticipato in precedenza, proprio i requisiti etico-giuridici previsti dalla Commissione Europea possono costituire un modello di riferimento per un compiuto e responsabile adeguamento delle attività di ricerca, in esecuzione un processo di *accountability* in relazione al trattamento dei dati personali, ed etico in generale, a partire dall'ideazione fino a giungere alla conclusione del progetto.

3. Le principali criticità di carattere etico-giuridico

Sin dalla fase di progettazione, ma soprattutto nel corso delle attività progettuali, quando si concretizza la necessità di soddisfare i requisiti etici e di protezione dei dati, si possono riscontrare situazioni di incertezza e particolare criticità sotto il profilo etico-giuridico.

Prima fra tutte, l'inquadramento dei ruoli legati al trattamento dei dati personali, e delle connesse responsabilità di chi partecipa al progetto. In particolar modo, nei consorzi, ove solitamente vi è una diversificazione delle attività di ricerca da svolgere e una relativa attribuzione delle stesse a più partner, l'identificazione di questi ultimi quali titolari autonomi, responsabili del trattamento oppure contitolari rappresenta una fondamentale necessità per la correttezza di tutte le operazioni di trattamento e può essere, al tempo stesso, oggetto di difficoltose e lunghe trattative.

In secondo luogo, il riuso dei dati personali, che nella ricerca scientifica costituisce un elemento ricorrente e di strategica importanza, porta con sé la necessità di adeguare giuridicamente siffatto trattamento, con idonee basi di legittimità compatibili non solo con il GDPR, ma anche con gli ordinamenti nazionali degli eventuali enti di ricerca coinvolti. Tale aspetto si presenta non solo nell'attualità, in relazione al singolo progetto in corso, ma anche in funzione prospettica, per quella che dovrebbe essere la lungimirante esigenza di preparare la base giuridica per il lecito riutilizzo dei dati personali nelle future attività di ricerca.

Da ultimo, lo sviluppo e l'eventuale successiva applicazione di sistemi decisionali basati interamente sull'intelligenza artificiale, che si ricollegano inevitabilmente al riutilizzo dei dati personali, spesso di ingenti quantità (*big data*) per una alimentazione il più possibile completa del sistema. Tuttavia, la necessità di tutela dei diritti delle persone coinvolte e dei relativi dati personali, non si esaurisce nella

¹⁸ *Accountability*, in questo contesto, è inteso non solo come diretta espressione del principio sancito dal GDPR all'articolo 5, bensì, più in generale, anche come responsabilità etica e scientifica nell'intero processo di ricerca. Si vedano anche B. WAGNER, *Accountability by design in technology research*, in *Computer Law & Security Review*, 37, 2020; C.D. RAAB, *Information privacy, impact assessment, and the place of ethics*, in *Computer Law & Security Review*, 37, 2020.

¹⁹ M, KOŠČÍK, M. MYŠKA, *Data protection and codes of conduct in collaborative research*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 32, 1, 2018, 141-154; D. AMRAM, *Building up the "Accountable Ulysses" model. The impact of GDPR and national implementations, ethics, and health-data research: Comparative remarks*, in *Computer Law & Security Review*, 37, 2020, 2.

prima fase di raccolta, ma emerge anche e soprattutto là dove il trattamento può produrre effetti significativi sul singolo interessato. Ciò comporta, come si osserverà, oneri informativi e di intervento in capo all'ente di ricerca titolare, ai sensi degli articoli 13, 14 e 22 del GDPR, che richiedono consapevolezza dei requisiti etico-giuridici e piena padronanza dei sistemi di intelligenza artificiale per un loro sviluppo e utilizzo adeguato ed eticamente affidabile.

Per una maggior chiarezza espositiva, le suddette questioni saranno di seguito affrontate e approfondite singolarmente.

3.1. L'inquadramento dei ruoli e delle responsabilità sul trattamento dei dati personali in ambito progettuale

La conduzione di attività di ricerca scientifica eticamente e giuridicamente corrette, in linea con i principi e i requisiti prima osservati, non può prescindere da un primo, basilare, adempimento: l'identificazione del flusso di dati personali (dalla raccolta alla distruzione, passando per l'eventuale comunicazione o condivisione) abbinato all'effettiva funzione progettuale e dunque al ruolo dei soggetti coinvolti. Si tratta di stabilire i ruoli e le responsabilità di questi ultimi, ai sensi del GDPR, con ricadute anche operative sulle informazioni da fornire sul trattamento di dati personali ai soggetti partecipanti.

Come ha chiarito il Comitato europeo per la protezione dei dati (già Gruppo di Lavoro ex art. 29), i concetti di titolare, contitolare e responsabile del trattamento svolgono un ruolo cruciale nell'applicazione della normativa, poiché determinano chi sarà responsabile del rispetto delle diverse disposizioni sulla protezione dei dati e come gli interessati possano esercitare i loro diritti nella pratica.

In particolare, il GDPR qualifica, all'articolo 4, n. 7, il titolare del trattamento come la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri (contitolari del trattamento), determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali²⁰. Il responsabile del trattamento è, invece, ai sensi del successivo n. 8 del medesimo articolo, la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento.

Nei consorzi progettuali europei e internazionali, dove tra l'altro è spesso prevista una condivisione di dati personali transfrontaliera, l'assegnazione dei ruoli è altresì essenziale per individuare le leggi nazionali di adeguamento al GDPR da applicarsi alle attività dei singoli partner coinvolti e, con esse, le (eventuali) relative estensioni o deroghe alla disciplina comunitaria.

L'assegnazione di ruoli, e connesse responsabilità, in materia di protezione dei dati personali nel contesto di un consorzio di progetto è una sfida particolarmente ostica, che necessita di una competente analisi dei molti elementi fattuali e sostanziali. L'incertezza, anche giuridica, che può derivarne rappresenta un potenziale e serio ostacolo ai negoziati tra i partner all'inizio del progetto o, nelle situazioni

²⁰ Il Comitato europeo per la protezione dei dati ha riconosciuto, nelle sue *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (versione 2.0 del 7 luglio 2021), un'ulteriore distinzione tra i mezzi essenziali trattamento, che sono determinati dal titolare, e i mezzi non essenziali, che possono essere determinati da un responsabile: tra i primi, vi rientrano il tipo di dati personali trattati, la durata del trattamento, le categorie di destinatari dei dati e dei soggetti interessati; tra i mezzi non essenziali, invece, le misure di sicurezza, edpb.europa.eu/sites/default/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf (ultima consultazione, 07/01/2022).

più critiche, ad attività progettuali già avviate, nel momento in cui sono chiamati a farlo²¹. Non è raro, infatti, imbattersi in enti che, per scarsa conoscenza della materia o per mero opportunismo, rifuggano da qualsivoglia responsabilità e rifiutino, o comunque ostacolino, l'assunzione formale di ruoli che prevedano la stipula di specifici contratti (come, ad esempio, la nomina del responsabile del trattamento o l'accordo di contitolarità). Eppure, nel contesto della protezione dei dati personali e del relativo quadro normativo, la sostanza prevale sulla forma, quale diretta manifestazione del principio di *accountability*²².

Dunque, nella ricerca scientifica coinvolgente più soggetti, lo status e la qualifica di titolare, contitolare o responsabile del trattamento sono determinati osservando direttamente le effettive attività da svolgere e tutte le circostanze fattuali relative al trattamento.

Oltretutto, lo stesso soggetto può agire contemporaneamente come titolare per determinati trattamenti e come responsabile per altri, anche all'interno del medesimo progetto di ricerca, e la qualifica deve essere valutata in relazione a ciascuna specifica attività di trattamento dei dati. Non è da escludere, difatti, che in un unico progetto possano emergere più operazioni di trattamento sugli stessi dati, diverse tra loro e aventi contitolarità o titolarità anch'esse differenti.

Analogamente, anche la valutazione della contitolarità dovrebbe essere effettuata sulla base di un'analisi sostanziale, piuttosto che formale, dell'effettiva influenza sulle finalità e sui mezzi del trattamento. Un criterio unicamente formale non sarebbe idoneo poiché, in alcuni casi, potrebbe mancare la nomina formale di un contitolare, mentre, in altri, tale nomina, seppur esistente, potrebbe non rispecchiare la realtà ad attribuire formalmente il ruolo di contitolare a un soggetto che di fatto non è in grado di determinare le finalità e i mezzi del trattamento.

Ovviamente, non tutti i trattamenti che coinvolgono più soggetti danno luogo a contitolarità, in special modo in ambito progettuale. Anche in questo caso, il criterio fondamentale per determinare la sussistenza di una contitolarità è la partecipazione congiunta di due o più soggetti alla definizione delle finalità e dei mezzi di un trattamento, che incida in maniera decisiva su se e come debba avvenire. Come suggerito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea²³, la convergenza delle decisioni su finalità

²¹ R. BECKER, A. THOROGOOD, J. BOVENBERG, C. MITCHELL, A. HALL, *Applying GDPR Roles and Responsibilities to Scientific Data Sharing*, 2021, ssrn.com/abstract=3851128 (ultima consultazione, 07/01/2022).

²² Il Comitato europeo per la protezione dei dati ha esplicitamente chiarito, nelle già citate *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, che «*the concept of controller is a functional concept, it is therefore based on a factual rather than a formal analysis*». In ogni caso, anche il Garante per la protezione dei dati personali, nella vigenza della previgente disciplina legislativa nazionale, era già intervenuto in casi concreti prescrivendo la formale designazione, quali responsabili del trattamento, di soggetti identificati come autonomi titolari del trattamento, sebbene nella sostanza fossero effettivamente dei responsabili esterni. Si vedano, in particolare, i provvedimenti del 29 aprile 2009, www.gdpd.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1617709 (ultima consultazione, 07/01/2022), e n. 230 del 15 giugno 2011, www.gdpd.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1821257 (ultima consultazione, 07/01/2022).

²³ *Ex multis*: Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v. Wirtschaftsakademie (C-210/16), Tietosuoja-valtuutettu v. Jehovan todistajat — uskonnollinen yhdyskunta (C-25/17), Fashion ID GmbH & Co. KG v. Verbraucherzentrale NRW eV (C-25/17), -40/17). È, comunque, da precisare che tali sentenze sono state emesse dalla Corte sull'interpretazione del concetto di contitolare riguardo alla Direttiva 95/46/CE, ma gli elementi qualificanti rimangono i medesimi anche nel vigore dell'attuale normativa europea.

e mezzi si ha laddove esse si completino a vicenda e abbiano un impatto tangibile sulla determinazione finale.

Nelle situazioni più semplici, ove è un unico soggetto (proponente o coordinatore) a condurre un progetto di ricerca coinvolgente esseri umani, e uno o più terzi si limitano a fornire dati personali senza interessarsi o beneficiare dei risultati della ricerca, è abbastanza agevole identificare il primo come titolare del trattamento e i secondi quali suoi responsabili del trattamento ai sensi dell'art. 28 del GDPR.

Il proponente (o coordinatore), difatti, determina autonomamente gli obiettivi della ricerca progettuale, identifica la popolazione oggetto di studio e le categorie di dati da raccogliere ed elaborare, e stabilisce infine la metodologia. Il fornitore dei dati personali, invece, non ha alcuna influenza sugli obiettivi scientifici che indirizzano le finalità del trattamento, né tantomeno sui mezzi essenziali della ricerca e del relativo trattamento, in quanto non partecipa alla definizione della metodologia, specificando le categorie di interessati o i tipi di dati da raccogliere o comunque processare.

Vi possono, però, essere fattispecie nelle quali un partner di progetto non si limiti a fornire unicamente dati personali, ma abbia interesse a beneficiare dei risultati della ricerca. In tali situazioni, l'attenta valutazione dell'effettivo beneficio perseguito, che si tratti dell'arricchimento del proprio know-how, di riconoscimenti di contributi scientifici o della proprietà intellettuale sui risultati, può rappresentare un elemento discrezionale importante per determinare la sussistenza di un rapporto di contitolarità. Ma, ancor di più, è decisiva l'effettiva partecipazione, nella fase di progettazione dell'attività di ricerca, all'identificazione degli obiettivi e degli impatti da conseguire, nonché dei metodi di svolgimento delle operazioni correlate a tutto il flusso di dati personali, dalla raccolta alla distruzione, passando per la loro conservazione.

Nella prassi, l'impegno profuso dagli enti di ricerca, all'interno dei singoli progetti, nell'inquadrare correttamente il loro ruolo può richiedere anche duraturi e complessi periodi di analisi, ragionamento e negoziazione²⁴.

Tutto ciò, però, può andare a discapito del rispetto delle norme previste dal GDPR e dalle singole discipline nazionali di dettaglio, oltre che dei diritti e delle libertà dei soggetti interessati, nel momento in cui la proposta progettuale si concretizza nello svolgimento delle attività. Basti pensare alla necessità di informare in maniera chiara e corretta i soggetti interessati (i partecipanti), tra le altre cose, sull'identità e i dati di contatto di titolari o contitolari del trattamento. Senza contare, oltretutto, il rispetto delle scadenze eventualmente poste dall'istituzione o ente finanziatore del progetto, come avviene per i bandi Horizon 2020 e Horizon Europe, per la dimostrazione dell'avvenuto adeguamento ai requisiti privacy richiesti.

In attesa di un'auspicabile enunciazione di linee guida e standard più precisi sul tema da parte del Comitato europeo per la protezione dei dati, una maggiore e soprattutto tempestiva attenzione a questo aspetto preliminare e propedeutico si rende necessaria da parte di chi intenda condurre o partecipare ad attività di ricerca scientifica.

²⁴ Una volta condiviso l'inquadramento dei ruoli, difatti, subentra la contrattazione legata alla stipulazione dei contratti di contitolarità, ai sensi dell'art. 26 del GDPR, o di nomina di responsabili del trattamento, ai sensi dell'art. 28 GDPR.

3.2. Il riutilizzo dei dati personali a fini di ricerca

In stretta connessione con il tema della corretta identificazione, sotto il profilo della protezione dei dati personali, di ciascun ente partecipante a un progetto di ricerca, nell'ambito della ricerca scientifica emerge, con tutta la sua portata critica, il cosiddetto riutilizzo (o uso secondario) di dati personali.

Con tale concetto si fa usualmente riferimento a ricerche condotte utilizzando (*rectius*: riutilizzando) dati personali o campioni biologici già raccolti per precedenti e differenti ricerche oppure non per scopi di ricerca, come ad esempio nel corso della pratica clinica da parte di enti ospedalieri.

Nella prassi, dati personali e campioni biologici riutilizzati nella ricerca sono solitamente codificati mediante identificatori univoci applicati delle informazioni identificative (nomi, cognomi e altri dati simili). Procedendo in questo modo, il gruppo di ricerca che li rielabora non sarebbe materialmente in grado di identificare direttamente i relativi soggetti interessati, non essendo in possesso della chiave di re-identificazione ed essendo altresì vincolato – quantomeno, si suppone – a divieti di accesso ai (o di ricezione dei) dati primari identificativi, in virtù di formali accordi con i fornitori.

Tali dati, però, sono qualificati come “pseudonimizzati” ai fini della normativa europea in materia di protezione dei dati personali. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 4, n. 5 del GDPR, per pseudonimizzazione si intende «il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile». In secondo luogo, il Considerando 26 evidenzia che è «auspicabile applicare i principi di protezione dei dati a tutte le informazioni relative a una persona fisica identificata o identificabile. I dati personali sottoposti a pseudonimizzazione, i quali potrebbero essere attribuiti a una persona fisica mediante l'utilizzo di ulteriori informazioni, dovrebbero essere considerati informazioni su una persona fisica identificabile». E che «i principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca».

Lo stesso Comitato europeo per la protezione dei dati ha inequivocabilmente confermato tale impostazione nel recente *Documento del Comitato europeo per la protezione dei dati sulla risposta alla domanda di chiarimenti della Commissione europea in merito all'applicazione coerente del GDPR, con un'attenzione particolare alla ricerca in campo sanitario*²⁵.

Conseguentemente, dovendo considerare i dati pseudonimizzati come dati personali a tutti gli effetti, ricadenti nell'ambito di applicazione della normativa in materia, il loro utilizzo (o riutilizzo) a fini di ricerca scientifica deve poggiare su una adeguata base giuridica.

²⁵ COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Documento del Comitato europeo per la protezione dei dati sulla risposta alla domanda di chiarimenti della Commissione europea in merito all'applicazione coerente del GDPR, con un'attenzione particolare alla ricerca in campo sanitario* (2 febbraio 2021), edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_replyec_questionnaire_research_final.pdf (ultima consultazione, 07/01/2022).

I problemi maggiori sorgono, in particolare per i titolari del trattamento italiani, in relazione al riuso di dati personali sanitari o genetici per finalità di ricerca scientifica, e ancor più per quella medica, biomedica o epidemiologica. Rispetto a tali tipologie di dati deve sussistere non solo una base giuridica per il trattamento, ai sensi dell'art. 6 del GDPR, ma anche una deroga, ai sensi dell'art. 9 del GDPR, al divieto generale del loro trattamento quali categorie particolari di dati.

Rispetto agli altri Paesi europei, l'ordinamento italiano prevede norme, anche contenute in provvedimenti del Garante privacy, più rigide di quelle contemplate dal GDPR. Ciò crea, come emerge nella prassi quotidiana, particolari problemi di coordinamento e omogeneizzazione delle attività di ricerca, che prevedano il riuso di dati personali appartenenti a categorie particolari, condotte presso più Paesi europei nell'ambito dei consorzi di ricerca progettuale.

Per quel che concerne il riuso di dati personali (non appartenenti a categorie particolari ex art. 9 del GDPR) per finalità diverse da quelle per le quali i dati siano stati inizialmente raccolti, gli ostacoli parrebbero pochi: il Considerando 50 del GDPR ne riconosce la liceità laddove il nuovo trattamento sia «compatibile con le finalità per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti» e in tal caso «non è richiesta alcuna base giuridica separata oltre a quella che ha consentito la raccolta dei dati personali», ma aggiunge anche che «l'ulteriore trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, o di ricerca scientifica o storica o a fini statistici dovrebbe essere considerato un trattamento lecito e compatibile». Inoltre, l'articolo 5, paragrafo 1, lettera b) del GDPR prevede un'eccezione al principio di limitazione delle finalità, specificando che «un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali».

L'art. 89 del GDPR, in particolare, assoggetta il trattamento a fini di ricerca scientifica o storica (oltre che per fini statistici o di archiviazione nel pubblico interesse) a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, che assicurino la predisposizione di misure tecniche e organizzative e, in special modo, il rispetto del principio di minimizzazione dei dati. Tali misure possono includere la pseudonimizzazione, purché tali finalità possano essere così conseguite. Se ugualmente possibile, però, è necessario condurre un trattamento che non preveda l'identificazione dell'interessato. Inoltre, se i dati personali sono trattati a fini di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, il diritto dell'Unione europea o degli Stati membri può prevedere deroghe ai diritti di cui agli articoli 15, 16, 18 e 21 del GDPR se ritenute necessarie per conseguire tali finalità e nella misura in cui tali diritti rischiano di rendere impossibile o di pregiudicarne gravemente il conseguimento, fatte comunque salve le condizioni e le garanzie sopra specificate²⁶.

L'art. 89 del GDPR è stato identificato, in letteratura, come il cardine normativo del trattamento dei dati personali per le finalità di ricerca scientifica o storica (e di archiviazione nel pubblico interesse o statistiche)²⁷, avente natura sia programmatica che precettiva. Programmatica, perché indirizza i legi-

²⁶ Per una panoramica più dettagliata sull'articolo 89 del GDPR e relativi profili controversi e questioni interpretative, si vedano: R. DUCATO, *Commento all'articolo 89 del Regolamento UE 2016/679*, in R. D'ORAZIO, G. DE GREGORIO (a cura di), *Codice della privacy e data protection*. Milano, 2021, 957-975; A. MACINATI, *Commento all'articolo 89 del Regolamento UE 2016/679*, in L. BOLOGNINI, E. PELINO (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Milano, 2019, 491-495.

²⁷ R. DUCATO, *op. cit.*, 959.

slatori nazionali ed europeo, per le loro eventuali discipline integrative, verso la realizzazione del principio di minimizzazione e il conseguimento dell'obiettivo, giuridicamente sussidiario rispetto all'interesse generale alla conoscenza, della non identificabilità dell'interessato. È, allo stesso tempo, una norma precettiva, poiché impone immediatamente il rispetto delle indicate garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, della minimizzazione dei dati e (se possibile) della non identificabilità degli interessati²⁸.

Benché, in piena coerenza con il principio di *accountability*, le garanzie non siano dettagliate puntualmente, il chiaro richiamo all'art. 32 del GDPR mediante l'esplicito riferimento alle misure tecniche e organizzative pone principalmente l'attenzione sulla sicurezza dei dati e dei processi di trattamento²⁹. In questa direzione si pongono azioni come il rispetto di standard internazionali (ISO/IEC), la previsione di obblighi di segretezza e confidenzialità in capo al personale, l'implementazione dei principi di *privacy by design* e *privacy by default*, l'applicazione di tecniche di pseudonimizzazione e anonimizzazione, l'adozione di strumenti di prevenzione e *policies* interne, nonché – come rilevato dal Comitato europeo per la Protezione dei Dati³⁰ – aggiornamenti informativi costanti o la predisposizione di un piano di ricerca esaustivo da mettere a disposizione degli interessati³¹.

L'adozione delle garanzie adeguate in questione costituisce, dunque, condizione necessaria ai fini dell'operatività dell'eccezione al principio di limitazione delle finalità riconosciuta dall'art. 5, par. 1, lett. b) del GDPR. Il Garante europeo della protezione dei dati ha, per primo, fornito un chiarimento sul concetto di presunzione di compatibilità introdotto da quest'ultima norma, escludendo che essa possa costituire un'autorizzazione generale a riutilizzare i dati, in tutti i casi, per finalità storiche, statistiche o scientifiche. Ogni fattispecie deve essere debitamente considerata in relazione alle sue specifiche circostanze e garanzie tecniche e organizzative eventualmente implementate. In linea di principio, però, i dati personali raccolti in un contesto commerciale o sanitario possono essere ulteriormente trattati per scopi di ricerca scientifica, dall'originario o da un nuovo titolare, se sono poste in essere le menzionate garanzie adeguate ex art. 89 del GDPR. A tal fine, il Garante ha promosso un test di compatibilità per il riutilizzo dei dati, specialmente nel contesto in cui i dati sono stati originariamente raccolti per scopi diversi o al di fuori dell'ambito della ricerca scientifica³².

Lo stesso Comitato europeo per la protezione dei dati, intervenuto sulle sperimentazioni cliniche, pur riservandosi cautamente di intervenire in maniera specifica sul tema del riuso dei dati per fini scientifici, ha al momento ritenuto di non escludere in via generale la presunzione di compatibilità, fatte salve

²⁸ G.M. UDA, *Il trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 573-578.

²⁹ P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, Napoli, 2021, 135.

³⁰ COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679* (4 maggio 2020), edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_it.pdf (ultima consultazione, 07/01/2022).

³¹ R. DUCATO, *op. cit.*, 966-967.

³² GARANTE EUROPEO DELLA PROTEZIONE DEI DATI, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research* (6 gennaio 2020), edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-01-06_opinion_research_en.pdf (ultima consultazione, 07/01/2022)

le condizioni di cui all'articolo 89 del GDPR, per l'uso secondario dei dati di sperimentazione clinica al di fuori del protocollo di sperimentazione clinica per altri fini scientifici³³.

Anche il GDPR prevede, all'art. 6, par. 4, una sorta di test per verificare se il trattamento per un'altra finalità sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti. A tal fine, il titolare dovrebbe tenere conto di: (i) ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto; (ii) il contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare relativamente alla relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento; (iii) la natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali, oppure se siano trattati dati relativi a condanne penali e a reati; (iv) le possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati; (v) l'esistenza di garanzie adeguate, che possono comprendere la cifratura o la pseudonimizzazione.

Tuttavia, il GDPR non specifica come tale valutazione debba essere eseguita ed eventualmente documentata e controllata. È stato correttamente rilevato, in letteratura, come i titolari del trattamento dovrebbero condurre la valutazione seguendo le linee guida a livello europeo (come quelle del Garante europeo e del Comitato europeo) e che i risultati dovrebbero essere poi esaminati dalle autorità di controllo nazionali, con l'eventuale supporto delle eventuali autorità o comitati etici responsabili della ricerca scientifica in relazione ai singoli casi³⁴. Tuttavia, attualmente non è stata ancora raggiunta, all'interno dell'Unione Europea, un'intesa comune su come disciplinare queste attività.

In Italia, in misura ora circoscritta alle ricerche mediche, biomediche ed epidemiologiche³⁵, il consenso è riconosciuto implicitamente, dall'Autorizzazione generale n. 9/2016 del Garante, come modificata e adeguata al GDPR mediante il Provvedimento n. 497 del 13 dicembre 2018, come la principale base giuridica per il trattamento di dati personali. In particolare, al punto 5.3 (rubricato "Consenso") del provvedimento di adeguamento di tale Autorizzazione generale al GDPR è precisato che il consenso dell'interessato «non è necessario quando la ricerca è effettuata in base a disposizioni di legge o di regolamento o al diritto dell'Unione europea» e che «quando non è possibile acquisire il consenso degli interessati, i titolari del trattamento devono documentare, nel progetto di ricerca, la sussistenza delle ragioni, considerate del tutto particolari o eccezionali, per le quali informare gli interessati risulta

³³ 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))* (23 gennaio 2019), edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_opinionctrq_a_final_it.pdf (ultima consultazione, 07/01/2022).

³⁴ J. MESZAROS, C. HO, *op. cit.*, 2-3; D. AMRAM, *op. cit.*, 7; C. HO, *Challenges of the EU General Data Protection Regulation for Biobanking and Scientific Research*, in *Journal of Law, Information and Science*, 25, 1, 2018, 1-20.

³⁵ Il 13 dicembre 2018, il Garante per la protezione dei dati personali ha pubblicato il Provvedimento che individua le prescrizioni contenute nelle Autorizzazioni generali nn. 1/2016, 3/2016, 6/2016, 8/2016 e 9/2016 che risultano compatibili con il Regolamento e con il d.lgs. n. 101/2018 di adeguamento del Codice. In particolare, l'Autorizzazione generale n. 9/2016 così prevede: «concernono il trattamento effettuato da: a) università, altri enti o istituti di ricerca e società scientifiche, nonché ricercatori che operano nell'ambito di dette università, enti, istituti di ricerca e ai soci di dette società scientifiche; b) esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari; c) persone fisiche o giuridiche, enti, associazioni e organismi privati, nonché soggetti specificatamente preposti al trattamento quali designati o responsabili del trattamento (ricercatori, monitor, commissioni di esperti, organizzazioni di ricerca a contratto, laboratori di analisi, ecc.) (art. 2-quaterdecies del Codice; 28 del Regolamento UE 2016/679)», www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9068972 (ultima consultazione, 07/01/2022).

impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca». Tra tali ragioni vi rientrano esplicitamente:

- (i) motivi etici riconducibili alla circostanza che l'interessato ignori la propria condizione;
- (ii) motivi di impossibilità organizzativa nel ricontattare i soggetti interessati, all'esito di ogni ragionevole sforzo compiuto, tenendo conto delle modalità di arruolamento, della numerosità del campione, del tempo trascorso dalla prima raccolta, ivi compresi ovviamente i soggetti deceduti³⁶;
- (iii) motivi di salute dell'interessato, impossibilitato a comprendere il contenuto dell'informativa e a prestare validamente il consenso; in tali casi, però, la ricerca deve essere volta al miglioramento dello stesso stato clinico in cui versa l'interessato e deve essere dimostrato che le finalità non possano essere conseguite mediante il trattamento di dati di persone in grado di comprendere l'informativa e prestare validamente il consenso oppure con altre metodologie di ricerca.

Tali motivi di impossibilità sono da valutarsi in maniera oggettiva e assoluta, posta la fondamentale importanza del diritto alla protezione dei dati personali, in special modo quelli relativi alla salute, e il semplice dubbio sull'incapacità di comprensione dell'interessato per motivi di salute o la difficoltà, seppur alta, nel ricontattare gli interessati, non possono soddisfare i requisiti in questione.

Quanto al trattamento di dati appartenenti alle categorie particolari per finalità di ricerca scientifica, l'articolo 9 del GDPR contempla espressamente, tra le condizioni di liceità, la sua necessità «a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato».

Da una prima lettura, anche superficiale, parrebbe già di per sé concesso alle attività di ricerca scientifica il trattamento di dati rientranti nelle categorie particolari. In realtà, prevedendo come base il «diritto dell'Unione o nazionale», è comunque richiesto l'intervento del legislatore europeo o, in alternativa, di quello nazionale, tramite adozione di norme specifiche, con potenziali condizioni differenti tra Stato membro e Stato membro. Inoltre, è da considerarsi comunque necessario il raggiungimento degli scopi di cui all'art. 89, con applicazione di misure tecniche e organizzative appropriate rispetto alla particolare sensibilità dei dati oggetto di trattamento.

Più nello specifico, anche in relazione a tali categorie di dati personali, nell'ordinamento italiano si erge un altro provvedimento del Garante, intervenuto anch'esso in epoca antecedente al GDPR e successivamente adattato con aggiornamenti *ad hoc* al GDPR: le Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica, pubblicate ai sensi dell'art. 20, comma 4, del d.lgs. 10 agosto 2018. All'articolo 7 di tali Regole, è previsto che i soggetti rientranti nell'ambito di applicazione³⁷ possano

³⁶ In tali casi, resta comunque «fermo l'obbligo di raccogliere il consenso al trattamento dei dati degli interessati inclusi nella ricerca in tutti i casi in cui, nel corso dello studio, sia possibile rendere loro un'adeguata informativa e, in particolare, laddove questi si rivolgano al centro di cura, anche per visite di controllo».

³⁷ Le Regole Deontologiche si applicano, secondo l'articolo 2, comma 1, «all'insieme dei trattamenti effettuati per scopi statistici e scientifici – conformemente agli standard metodologici del pertinente settore disciplinare –,

trattare le particolari categorie di dati per scopi statistici e scientifici esclusivamente quando l'interessato abbia espresso liberamente il proprio consenso sulla base degli elementi previsti nell'informativa. È, dunque, inequivocabilmente sancito il consenso quale base giuridica del trattamento di categorie particolari di dati per finalità di ricerca scientifica.

Ad ogni modo, con il D. Lgs. 10 agosto 2018, n. 101, il legislatore italiano ha introdotto nel Codice in materia di protezione di dati personali l'art. 110³⁸, che esclude l'obbligo del consenso per il solo trattamento di dati sanitari, a fini di ricerca scientifica in ambito medico, biomedico o epidemiologico, quando: (i) la ricerca è effettuata in base a disposizioni di legge o di regolamento o al diritto dell'UE ed è condotta e resa pubblica una valutazione di impatto; (ii) a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulti impossibile o implichi uno sforzo sproporzionato, oppure rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca, e sono adottate misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, mentre il programma di ricerca è stato oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale e viene sottoposto a preventiva consultazione del Garante ai sensi dell'articolo 36 del GDPR.

Si tratta di una sostanziale replica del contenuto dell'Autorizzazione generale n. 9/2016, seppur in misura strettamente circoscritta.

A ciò, si deve aggiungere anche l'art. 110 *bis* del Codice³⁹, che prevede la facoltà del Garante di autorizzare, anche mediante provvedimenti generali, il trattamento ulteriore di dati personali a fini di ricerca scientifica da parte di soggetti terzi che svolgano principalmente tali attività quando, a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulti impossibile o implichi uno sforzo sproporzionato, oppure rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca, a condizione che siano adottate misure per la tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato, ai sensi dell'art. 89 del GDPR. L'Autorizzazione generale n. 9/2016, così come modificata e adattata al GDPR con il citato Provvedimento n. 497/2018, rientra in tale previsione normativa. In tutti gli altri casi, in mancanza di autorizzazioni generali, il Garante comunica la decisione adottata sulla richiesta di autorizzazione entro quarantacinque giorni, decorsi i quali la mancata pronuncia equivale a rigetto.

Ciò può rappresentare, innanzitutto, una preoccupante incertezza in capo al ricercatore italiano, che si vede costretto a una trepidante attesa di una valutazione decisiva, da parte del Garante, riguardo alle stesse prospettive di ricerca, laddove il riuso dei dati costituisca un elemento essenziale⁴⁰. In se-

di cui sono titolari università, altri enti o istituti di ricerca e società scientifiche, nonché ricercatori che operano nell'ambito di dette università, enti, istituti di ricerca e soci di dette società scientifiche».

³⁸ E. PELINO, *Commento all'articolo 110 del D.lgs. 196/2003*, in L. BOLOGNINI, E. PELINO (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Milano, 2019, 121-126.

³⁹ E. PELINO, *Commento all'articolo 110-bis del D.lgs. 196/2003*, in L. BOLOGNINI, E. PELINO (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Milano, 2019, 155-158.

⁴⁰ P. GUARDA, *op. cit.*, 167-168, il quale ha rilevato come la procedura di autorizzazione *ex art. 110 bis* del Codice Privacy, oltre ad andare in contrasto con la disciplina prevista a livello europeo (artt. 9 e 89 del GDPR) subordinante il trattamento dei dati sanitari per finalità di ricerca alla sola adozione di misure tecniche e organizzative per rispettare il principio di minimizzazione, sia particolarmente pretenziosa, essendovi un concreto rischio di rigetto delle richieste non per motivi di merito quanto per l'oggettiva impossibilità di valutarle nel dettaglio nel termine indicato.

condo luogo, comunque connesso al primo, l'incertezza può essere trasferita anche su tutto il consorzio di progetto, nel caso in cui l'ente di ricerca italiano ne faccia parte. E, in contesti internazionali, governati da forte competizione e tempi particolarmente ristretti, ciò può non essere tollerato⁴¹.

In ogni caso, l'ultimo comma dell'art. 110 *bis* del Codice Privacy esplicitamente chiarisce come non costituisca trattamento ulteriore da parte di terzi il riutilizzo a fini di ricerca dei dati personali raccolti per l'attività clinica da parte degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (IRCCS), pubblici e privati, in ragione del carattere strumentale della loro attività di assistenza sanitaria rispetto alla ricerca. Si tratta, però, in tutta evidenza, di una disposizione estremamente circoscritta di cui solo pochi enti possono beneficiare e, oltretutto, esclusivamente per il riutilizzo di dati personali raccolti nel corso della pratica clinica.

Nei contesti progettuali internazionali, questa rigorosa disciplina italiana si scontra con altre regolamentazioni nazionali, in particolar modo con quelle che, seguendo la traccia del GDPR, presentano maggiori flessibilità, come ad esempio Spagna⁴², Germania⁴³ o Danimarca⁴⁴.

Può infatti accadere che, in un progetto internazionale congiunto, enti partner stranieri abbiano la possibilità di riutilizzare dati personali, nel rispetto del GDPR e delle rispettive normative nazionali, condividendoli all'interno del consorzio per le finalità progettuali⁴⁵. In tali situazioni, ciascun ente di ricerca, diverso dal fornitore, che debba trattare (e, dunque, riutilizzare) tali dati è tenuto a munirsi di un'adeguata base giuridica, sia che si tratti di titolarità autonoma che di contitolarità.

Pertanto, prim'ancora di confermare la partecipazione a un siffatto progetto di ricerca, e così assumere rilevanti impegni e responsabilità, il ricercatore italiano è chiamato al difficile compito di individuare la sussistenza di una base di legittimità al trattamento dei dati, nella consapevolezza che un nuovo consenso dell'interessato possa essere un'opzione alquanto remota, poiché dipendente da soggetti terzi

⁴¹ E.B. VAN VEEN, *Observational health research in Europe: understanding the General Data Protection Regulation and underlying debate*, in *European Journal of Cancer*, 104, 2018, 75, ha evidenziato il rischio di disomogeneità normativa derivante dalla discrezionalità degli Stati membri, che potrebbe portare a determinare contesti di maggior flessibilità e con minori limitazioni in materia di protezione dei dati personali nella ricerca scientifica, e causare dunque problemi nei progetti di ricerca internazionali, ove alcuni enti potrebbero ritenere di non poter partecipare l'impossibilità di utilizzo dei dati di loro titolarità.

⁴² Disposición adicional decimoséptima (Tratamientos de datos de salud), Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, per cui il riutilizzo dei dati personali per finalità di ricerca biomedica è considerato lecito e compatibile quando, ottenuto il consenso per una determinata finalità, i dati sono utilizzati per finalità o ambiti di ricerca attinenti all'area della ricerca originaria.

⁴³ § 27 (Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken und zu statistischen Zwecken), Bundesdatenschutzgesetz, per il quale il trattamento di categorie particolari di dati personali è permesso, per finalità scientifiche o finalità di ricerca storica o finalità statistiche, anche senza consenso, se tale trattamento è necessario per tali finalità e gli interessi del titolare al trattamento prevalgono sostanzialmente rispetto a quelli dell'interessato non trattare i dati.

⁴⁴ Section 10, Act No. 502 of 23 May 2018, che consente il trattamento dei dati personali senza il consenso dell'interessato al solo ed esclusivo scopo di effettuare studi statistici o scientifici di significativa importanza per la società e purché tale trattamento sia necessario per eseguire tali studi.

⁴⁵ Si pensi, ad esempio, ai progetti di ricerca finalizzati allo sviluppo di un sistema di Intelligenza Artificiale per finalità mediche o biomediche: gli enti clinici raccolgono e forniscono i dati sanitari necessari per lo sviluppo di tale sistema, solitamente riutilizzando dati clinici già a disposizione, mentre gli enti incaricati dello sviluppo devono necessariamente accedere a tutti i dati condivisi dagli enti clinici per perseguire tale finalità.

(i partner fornitori) che non sempre conservano dati di contatto degli interessati o raccolgono, a monte, il loro consenso ad essere ricontattati per nuove e ulteriori attività di ricerca.

Da ultimo, in aggiunta – anzi, parallelamente – a quanto sopra, il riuso dei dati personali si intreccia con il tema della determinazione dell'effettiva titolarità del soggetto riutilizzatore.

Specialmente nell'ambito della ricerca medica e biomedica, i ricercatori possono essere contemporaneamente legati a due o più enti distinti, gestendo personalmente per conto di questi ultimi determinate moli di dati personali, per finalità di ricerca o altro. I casi più evidenti riguardano, ad esempio, i medici universitari, legati sia all'università di riferimento come ricercatori o professori, sia all'ospedale universitario presso cui svolgono attività assistenziale, didattica e di ricerca⁴⁶.

Ebbene, è proprio in tali contesti, dai contorni un po' sfumati, che il ricercatore può confondersi nel comprendere quale sia esattamente l'ente titolare dei dati personali, ancor più se non consapevole – in maniera comunque negligente – dei principi e degli istituti basilari della normativa in materia.

Nella prassi, i set di dati sono materialmente raccolti, analizzati, conservati ed eventualmente distrutti dal ricercatore stesso, il quale può commettere l'errore di personalizzare (su di sé) la titolarità dei dati e ignorare quelli che sono, invece, anche e soprattutto gli aspetti anche formali che governano il trattamento dei dati personali. Un caso di scuola può riguardare proprio il medico universitario che, dopo aver raccolto dati personali sulla salute per conto dell'ente ospedaliero nel corso della normale pratica clinica assistenziale, intenda liberamente riutilizzare tali dati per finalità di ricerca, per conto dell'ente universitario.

Può, dunque, portare a gravi conseguenze il riuso di dati personali condotto per conto di un ente, là dove invece l'effettivo titolare sia un altro: *in primis*, l'illiceità del trattamento, con possibili sanzioni amministrative, oltre all'obbligo di risarcimento degli eventuali danni cagionati; da un punto di vista strettamente scientifico – non meno importante – l'annullamento o l'interruzione del progetto di ricerca eventualmente già avviato, con annessa distruzione dei dati raccolti ed elaborati. Senza contare, infine, gli eventuali impegni contrattuali assunti in seno a consorzi di progetto, che costituiscono un vincolo affatto esclusivamente morale.

3.3. L'intelligenza artificiale nella ricerca scientifica e il rispetto dei diritti e delle libertà delle persone

La ricerca scientifica, specialmente nell'ultimo decennio, si è dedicata con particolare attenzione allo sviluppo e all'applicazione di sistemi di intelligenza artificiale per i più disparati settori sociali ed economici: comunicazione, educazione, medicina, trasporti, giustizia, ecc.

Sfruttando un'estesa base di dati (personali e non), l'intelligenza artificiale è infatti capace di fornire risultati utili a fini scientifici e statistici. In medicina, per la diagnosi e la prognosi di malattie; nelle scienze sociali, per comprendere il comportamento sociale, economico o politico; nel commercio, per rilevare, categorizzare e prevedere le preferenze e le tendenze dei consumatori.

⁴⁶ Per un approfondimento, I. DEL GIGLIO, *La struttura del rapporto di lavoro del medico universitario*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 3, 2017; S. LANDINI, *I medici universitari. Problemi di inquadramento del rapporto di lavoro*, in *Diritto e Salute*, 3, 2017, 1-11.

I risultati di tali elaborazioni possono avere, in molti casi, un carattere generale, non essendo legati a individui specifici ma ad analisi aggregate e anonime, e dunque non costituire dati personali nell'accezione definita dal GDPR. In altri casi, invece, come per la diagnostica sanitaria, l'applicazione è necessariamente personalizzata sul singolo paziente.

In ogni situazione, comunque, l'elaborazione statistica e scientifica può riguardare gli individui, esponendo i loro dati personali a rischi per la sicurezza e abusi. Anche non prevedendo un'applicazione individuale sul singolo soggetto, difatti, il sistema di intelligenza artificiale può essere alimentato e addestrato, in fase di sviluppo, tramite i *big data*, o comunque a set di dati costituiti da informazioni di persone fisiche identificate o identificabili⁴⁷.

Inoltre, anche i risultati meramente statistici possono influenzare indirettamente gli individui, poiché forniscono informazioni sui gruppi a cui un individuo appartiene e sulla base delle quali il singolo può subire determinate decisioni automatizzate, o comunque conseguenze rilevanti⁴⁸.

L'Information Commissioner's Office, l'autorità di controllo sui dati personali del Regno Unito, per agevolare il focus sulle funzionalità che hanno implicazioni per la privacy e la protezione dei dati, ha delineato gli elementi distintivi, rispetto alle elaborazioni più tradizionali, dei trattamenti massivi di dati personali in relazione all'intelligenza artificiale (definiti "*big data analytics*"). Tutti potenzialmente incisivi sui dati personali e sulla loro protezione. Si tratta, in particolare, di: uso di algoritmi; opacità del trattamento; tendenza a raccogliere "tutti i dati"; riutilizzo dei dati; uso di nuovi tipi di dati (come quelli forniti dai dispositivi, anziché direttamente dall'interessato, o comunque)⁴⁹.

In relazione alla tutela dei dati personali, l'intelligenza artificiale assume rilievo quando è posta alla base dei cosiddetti processi decisionali automatizzati⁵⁰, compresa la profilazione automatizzata⁵¹. È lo stesso GDPR a ravvisare possibili significativi rischi per i diritti e le libertà degli individui riconnessi alla tendenziale opacità dei processi, degli algoritmi e dei meccanismi automatizzati, che spesso impediscono all'interessato di conoscerne i dettagli e poter, se del caso, intervenire⁵².

⁴⁷ 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*, Milano, 2020.

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, alla pubblicità online, ritagliata su misura o sulla base di categorizzazioni per gruppi, nonché alle decisioni automatizzate di compagnie assicurative o istituti bancari finalizzate alla promozione di offerte e premi o alla stipulazione di contratti, anch'esse basate sulla profilazione del cliente.

⁴⁹ INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection, ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf (ultima consultazione, 07/01/2022).

⁵⁰ GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679* (versione del 6 febbraio 2018), secondo cui il «processo decisionale esclusivamente automatizzato consiste nella capacità di prendere decisioni impiegando mezzi tecnologici senza coinvolgimento umano». Per un approfondimento sui processi decisionali automatizzati basati sull'intelligenza artificiale, si veda T. ARAUJO, N. HELBERGER, S. KRUIKEMEIER, C.H. DE VREESE, *In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence*, in *AI & Society*, 35, 2020, 611-623.

⁵¹ Art. 4, punto 4 GDPR: «la profilazione è qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

⁵² Si veda, per un'estesa analisi della relazione tra il GDPR e l'intelligenza artificiale, G. SARTOR, F. LAGIOIA, *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence*, Brussels, 2020.

Alla luce di ciò, l'articolo 22, paragrafo 1 del GDPR stabilisce un divieto generale all'adozione di un processo decisionale unicamente automatizzato relativo alle persone fisiche e produttivo di effetti giuridici, o incidente in modo analogo in maniera significativa, a meno che la decisione non sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto, oppure sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, o infine si basi sul consenso esplicito dell'interessato. Nell'ulteriore ipotesi di trattamento di categorie particolari di dati, devono essere adottate misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato e, soprattutto, devono sussistere, come base giuridica, il consenso esplicito dell'interessato o, in alternativa, motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri.

Deve trattarsi, in ogni caso, di una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato che abbia un effetto giuridico o incida in modo analogo significativamente su una persona fisica⁵³. In caso contrario, se anche solo vi fosse un parziale intervento umano nel processo decisionale, il divieto di cui all'art. 22 del GDPR non si applicherebbe.

Ad ogni modo, in considerazione dei potenziali rischi che la decisione interamente automatizzata pone sui diritti degli interessati, il titolare del trattamento dovrebbe prestare particolare attenzione agli obblighi in materia di trasparenza. A tal fine, gli articoli 13, paragrafo 2, lettera f), e 14, paragrafo 2, lettera g) del GDPR, impongono di fornire informazioni specifiche e facilmente accessibili sul processo decisionale automatizzato.

Innanzitutto, il titolare deve comunicare all'interessato che sta svolgendo tale tipo di attività. In secondo luogo, deve fornire informazioni significative sulla logica utilizzata. Non è necessaria una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati, o la loro divulgazione per esteso, ma quantomeno le informazioni devono essere rese in modo tale da far comprendere agevolmente i motivi alla base della decisione. Da ultimo, il titolare è tenuto a illustrare l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento, fornendo esempi concreti e il più possibile chiari all'interessato.

Per i processi decisionali automatizzati basati sul consenso, quali quelli adottati nel contesto di progetti di ricerca, è inoltre imposto al titolare del trattamento di attuare misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi degli interessati. Tra tali misure, il Gruppo di Lavoro ex art. 29 ha

⁵³ Il Gruppo di Lavoro ex art. 29, nelle già menzionate *Linee guida sul processo decisionale automatizzato*, chiarisce, comunque, che «il titolare del trattamento non può eludere le disposizioni dell'articolo 22 creando coinvolgimenti umani fittizi. Ad esempio, se qualcuno applica abitualmente profili generati automaticamente a persone fisiche senza avere alcuna influenza effettiva sul risultato, si tratterà comunque di una decisione basata unicamente sul trattamento automatico. Per aversi un coinvolgimento umano, il titolare del trattamento deve garantire che qualsiasi controllo della decisione sia significativo e non costituisca un semplice gesto simbolico. Il controllo dovrebbe essere effettuato da una persona che dispone dell'autorità e della competenza per modificare la decisione».

precisato, basandosi sul Considerando 71 del GDPR⁵⁴, che debbano rientrare almeno le seguenti facoltà in capo all'interessato: richiedere e ottenere l'intervento umano, esprimere il proprio punto di vista e contestare la decisione⁵⁵.

Come è stato evidenziato in letteratura, si configura un vero e proprio principio alla conoscibilità dei dati, accompagnato dal diritto alla spiegabilità dei processi decisionali automatizzati e, in generale, dei sistemi di intelligenza artificiale⁵⁶.

D'altronde, solo una persona informata in maniera trasparente e comprensibile, e nelle condizioni di poter esercitare il proprio diritto di accesso, è in grado di esprimere il proprio parere sulla decisione automatizzata, eventualmente opponendosi ad essa, nonché verificare la presenza di errori e richiedere l'intervento per la rettifica e la correzione. Tali misure, tra l'altro, non costituiscono esclusivamente una garanzia per l'interessato, ma favoriscono anche lo stesso corretto sviluppo del processo decisionale automatizzato e la sua conseguente applicazione.

Questi limiti e adempimenti, in quanto generali, ricadono inevitabilmente anche in capo ai ricercatori, e relativi enti di ricerca, che intendono sviluppare e applicare sistemi decisionali automatizzati, in particolar modo mediante uso di intelligenza artificiale. Sebbene possano rappresentare un significativo ostacolo per l'applicazione dell'intelligenza artificiale, la ricerca scientifica può, sotto certi aspetti, esserne meno colpita, poiché l'obiettivo principale delle attività di ricerca è soprattutto – ma non solo –

⁵⁴ Il Considerando 71 del GDPR specifica, inequivocabilmente, che «tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione. Tale misura non dovrebbe riguardare un minore. Al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti. Il processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni».

⁵⁵ GRUPPO DI LAVORO EX ART. 29, *op. cit.*, 30.

⁵⁶ M. PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2020, 85; G. MALGIERI, *Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislations*, in *Computer Law & Security Review*, 35, 2019, 3-5. Si veda anche G. MALGIERI, *"Just" Algorithms: Justification (Beyond Explanation) of Automated Decisions Under the General Data Protection Regulation*, in *Law and Business*, 1, 2021, 19-20, secondo il quale in processi decisionali automatizzati più complessi, basati sull'intelligenza artificiale, potrebbe essere difficile raggiungere un adeguato livello di spiegabilità, affrontando le cause, i fattori determinanti e i controfattuali. Una spiegazione né causale né contestuale è ritenuta inadeguata a mostrare all'interessato possibili motivi di impugnazione della decisione e quindi non è idonea ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 3 del GDPR. Per superare questo limite della spiegazione dell'algoritmo, l'autore propone la giustificazione della decisione automatizzata, attraverso cui spiegare non solo la logica sottostante, ma anche perché sia legalmente accettabile e conforme al GDPR.

quello di produrre nuova conoscenza, piuttosto che prendere decisioni automatizzate aventi effetti sugli individui⁵⁷.

Da una parte, è senz'altro possibile che la ricerca produca decisioni basate su dati personali. Ad esempio, quando un sistema di intelligenza artificiale analizza immagini a raggi X, decide quale paziente potrebbe avere un'alta probabilità di cancro e necessita di ulteriori esami clinici.

Dall'altra parte, come già evidenziato, il trattamento è esclusivamente automatizzato e ricade, in quanto tale, nell'alveo dell'art. 22 del GDPR solo nel caso in cui la decisione, eventualmente assunta nell'ambito delle attività di ricerca o sperimentazione, sia esclusivamente automatizzata. Dunque, nel medesimo esempio, se il sistema di intelligenza artificiale dovesse assumere, in totale autonomia, una decisione in base alle immagini a raggi X, allora si tratterebbe di una decisione esclusivamente automatizzata. Laddove invece, come più spesso accade, il sistema fornisce informazioni, pur approfondite e innovative, al medico, che poi andrebbe ad assumere la decisione finale, allora non si tratterebbe di una decisione esclusivamente automatizzata, poiché il sistema di intelligenza artificiale avrebbe una funzione (anche fondamentale) di supporto a un intervento comunque umano.

Alla luce di quanto sopra, la prima importante operazione che il ricercatore deve svolgere è determinare la portata dell'applicazione dell'intelligenza artificiale e l'eventuale esclusiva automatizzazione del relativo processo decisionale.

In caso positivo, sotto il profilo della privacy e della protezione dei dati personali, entrerebbe in gioco l'articolo 22 del GDPR, con i menzionati obblighi informativi, di trasparenza e di intervento, posti in capo all'ente di ricerca titolare del trattamento. Tali adempimenti, di per sé apparentemente banali, in realtà richiedono al titolare (o ai contitolari) una precoce e piena consapevolezza delle dinamiche governanti il processo decisionale automatizzato, dal momento che le dettagliate informazioni sul funzionamento, sulla logica utilizzata e sulle conseguenze dovrebbero, a rigore di norma, essere fornite all'interessato partecipante alle attività di ricerca prima che fornisca i suoi dati e acconsenta al relativo trattamento.

Nei progetti di ricerca, questo momento può però precedere di molto l'avvio dello sviluppo o dell'applicazione del sistema decisionale automatizzato e, dunque, non è raro assistere a mutamenti, anche sensibili, degli algoritmi e delle logiche poste alla sua base rispetto alla fase di progettazione, oltre al variare delle possibili conseguenze in capo agli interessati partecipanti. In tali casi, poiché il consenso dell'interessato al trattamento dei suoi dati personali deve essere sempre informato, attuale e specifico⁵⁸, i ricercatori sono tenuti a porre un particolare attenzione sugli obblighi informativi in questione, garantendo un costante ed esatto aggiornamento della descrizione del sistema e, parallelamente, la possibilità, per l'interessato stesso, di confermare o revocare il proprio consenso a sottoporsi al processo decisionale automatizzato.

Inoltre, nel corso del progetto, eventuali errori o distorsioni nei dati raccolti o condivisi, o nello stesso sviluppo del processo decisionale automatizzato, possono portare a risultati scientificamente inesatti e a valutazioni basate su proiezioni imprecise, che possono incidere negativamente sui partecipanti

⁵⁷ J. MESZAROS, C. HO, *op. cit.*, 5.

⁵⁸ Art. 4, n. 11) GDPR: ««consenso dell'interessato»: qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento».

alle attività progettuali. Ogni gruppo di ricerca dovrebbe, pertanto, prevedere e implementare un sistema di controllo ricorrente dei dataset raccolti e utilizzati, in modo da accertare tempestivamente eventuali distorsioni e riesaminare esattezza e pertinenza dei dati e, parallelamente, del sistema in via di progettazione o di applicazione.

Più in generale, dovendolo considerare un trattamento di dati personali vero e proprio, l'intero sviluppo del sistema decisionale basato su intelligenza artificiale deve rispettare tutti i principi in materia di protezione dei dati personali. A partire dalla *privacy by design*, che richiede, sin dalla fase di progettazione, la predisposizione di soluzioni tecniche a tutela dei dati dei soggetti interessati, in stretta correlazione con il principio di integrità e riservatezza e con la *privacy by default*, in virtù della quale tali misure devono essere garantite lungo tutto il ciclo di vita del sistema. Senza dimenticare, ovviamente, i principi fondamentali di liceità, correttezza e trasparenza, nonché di minimizzazione ed esattezza dei dati oggetto del trattamento.

Di ciò è ben consapevole, d'altronde, la stessa Unione Europea, dal momento che il Gruppo Indipendente di Esperti di Alto Livello sull'Intelligenza Artificiale, nominato dalla Commissione Europea nel giugno 2018 nell'ambito della propria strategia politica sull'intelligenza artificiale, ha elaborato gli Orientamenti Etici per un'Intelligenza Artificiale affidabile⁵⁹, presto divenute un modello di riferimento anche nell'ambito dei progetti europei finanziati dai bandi Horizon 2020 e Horizon Europe⁶⁰.

In particolare, tali linee guida promuovono una serie di sette requisiti chiave che i sistemi di intelligenza artificiale dovrebbero soddisfare per essere considerati affidabili:

- intervento e sorveglianza umani: i sistemi di intelligenza artificiale dovrebbero consentire agli esseri umani di prendere decisioni informate, promuovendo i loro diritti fondamentali, e, al tempo stesso, dovrebbero essere garantiti meccanismi di supervisione adeguati, attraverso approcci *human-in-the-loop*, *human-on-the-loop* e *human-in-command*⁶¹;
- robustezza tecnica e sicurezza: i sistemi di intelligenza artificiale devono essere resilienti e sicuri, garantendo un piano di riserva in caso di problemi, oltre ad essere precisi, affidabili e riproducibili, al fine di garantire la prevenzione e la riduzione massima anche dei danni involontari;

⁵⁹ GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI DI ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, *Orientamenti Etici per un'Intelligenza Artificiale affidabile* (8 aprile 2019), ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60430 (ultima consultazione, 07/01/2022).

⁶⁰ È la stessa Commissione Europea a prevedere, talvolta, nell'ambito della revisione etica dei progetti, l'inserimento di un apposito deliverable dedicato alla dimostrazione di un piano di affidabilità del sistema di Intelligenza Artificiale, in linea con le Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence del High-Level Expert Group on Artificial Intelligence.

⁶¹ GRUPPO INDIPENDENTE DI ESPERTI DI ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE, *op. cit.*, secondo cui: «La sorveglianza può avvenire mediante meccanismi di governance che consentano approccio con intervento umano (*human-in-the-loop* - HITL), con supervisione umana (*human-on-the-loop* - HOTL) o con controllo umano (*human-in-command* - HIC). L'approccio HITL prevede la possibilità di intervento umano in ogni ciclo decisionale del sistema, che in molti casi non è né possibile né auspicabile. L'approccio HOTL prevede l'intervento umano durante il ciclo di progettazione del sistema e il monitoraggio del funzionamento del sistema. L'approccio HIC prevede il controllo dell'attività del sistema di IA nel suo complesso (compresi i suoi effetti generali a livello economico, sociale, giuridico ed etico) e la capacità di decidere quando e come utilizzare il sistema in qualsiasi particolare situazione».

- privacy e governance dei dati: oltre a garantire il pieno rispetto della privacy e della protezione dei dati personali, devono essere assicurati anche adeguati meccanismi di *data governance*, tenendo conto della qualità e integrità dei dati, oltre a garantire un accesso legittimo ai dati da parte di chi ne abbia diritto;
- trasparenza: i dati, il sistema di intelligenza artificiale e le logiche sottostanti dovrebbero essere trasparenti, anche grazie a meccanismi di tracciabilità e ad adeguate spiegazioni alle parti interessate; gli esseri umani devono essere consapevoli che stanno interagendo con un sistema di intelligenza artificiale e devono essere informati delle capacità e dei limiti del sistema;
- diversità, non discriminazione ed equità: devono essere evitati i pregiudizi ingiusti, che potrebbero avere molteplici implicazioni negative (emarginazione dei gruppi vulnerabili, pregiudizio, stigmatizzazione e discriminazione), e devono essere promosse la diversità e l'accessibilità generale, oltre ogni disabilità, coinvolgendo le parti interessate durante l'intero ciclo di vita;
- benessere sociale e ambientale: i sistemi di intelligenza artificiale dovrebbero essere sostenibili, rispettosi dell'ambiente e avvantaggiare tutti gli esseri umani, comprese le generazioni future;
- responsabilità (*accountability*): dovrebbero essere attuati metodi per garantire l'*accountability* dei sistemi di intelligenza artificiale e dei loro risultati, prima e dopo l'attuazione, quali la verificabilità di algoritmi, dati e processi di progettazione, nonché meccanismi accessibili e adeguati di ricorso in caso di effetti negativi ingiusti.

Tuttavia, la traduzione in pratica di questi requisiti e condizioni di carattere etico-giuridico, spesso sottoposta al vaglio delle istituzioni finanziatrici i progetti di ricerca, in mancanza di metodi condivisi di comprovata efficacia per lo sviluppo di sistemi affidabili di intelligenza artificiale⁶², rappresenta una delle attuali maggiori sfide per i ricercatori e i relativi enti di appartenenza.

4. Riflessioni conclusive

Come si è potuto osservare, nell'ambito della ricerca scientifica finanziata, spesso coinvolgente grandi consorzi di enti pubblici e privati, sono emerse difficoltà su più fronti connessi al trattamento dei dati personali.

Da un lato, il GDPR ha in parte rivoluzionato i concetti e le definizioni dei soggetti del trattamento (superamento del responsabile interno del trattamento), imponendo al tempo stesso formalità contrattuali piuttosto articolate per le contitolarità del trattamento e le nomine dei responsabili.

Su tale preliminare aspetto, è onere dei ricercatori interrogarsi tempestivamente in merito al ruolo assunto da ciascun ente partner di progetto, analizzando con le dovute competenze tutte le sfaccettature dei trattamenti di dati personali previsti nelle attività di ricerca, e provvedere, sempre nei tempi opportuni e prima di qualsivoglia avvio di raccolta o utilizzo di dati personali, al corretto adeguamento ai sensi della normativa (contratti di contitolarità o responsabilità, informative, valutazioni d'impatto, ecc.).

⁶² B. MITTELSTADT, *Principles alone cannot guarantee ethical ai*, in *Nature Machine Intelligence*, 1, 11, 2019, 501-507.

Senz'altro, gioverebbero linee guida fornite dalle competenti autorità – il Garante europeo della protezione dei dati e il Comitato europeo per la protezione dei dati, che ha disatteso l'annunciata pubblicazione entro il 2021⁶³ – sui trattamenti di dati personali previsti in questo specifico e delicato settore, con esempi e casistiche che aiuterebbero a orientare i ricercatori entro confini finalmente delineati, senza permettere quella frammentazione interpretativa che governa il panorama attuale.

Tale esigenza si ricollega all'altra questione critica del riutilizzo dei dati personali nell'ambito della ricerca scientifica, che sconta fortemente la diversificazione normativa in Europa tra Stato e Stato, comunque consentita dal GDPR, rappresentando un ostacolo piuttosto evidente nella prassi quotidiana⁶⁴.

Si possono considerare maturi, pertanto, i tempi per l'elaborazione di soluzioni per facilitare il riuso dei dati personali, o comunque per agevolarlo in maniera uniforme nell'Unione Europea, per importanti ricerche scientifiche (a partire da quelle mediche e biomediche), pur mantenendo adeguate protezioni sulla privacy e sulla protezione dei dati personali degli interessati.

Su questo specifico tema, se, nel breve periodo, è oltremodo difficile ambire a interventi normativi a livello europeo o dei singoli Stati membri, si attendono quantomeno con fiducia le ulteriori indicazioni promesse dal Comitato europeo per la protezione dei dati. L'intervento chiarificatore sarebbe particolarmente utile nelle aree in cui sono emersi ostacoli e rallentamenti per la comunità della ricerca, e quindi: (i) il concetto di anonimizzazione e l'eventuale riconducibilità ad esso, in determinate circostanze, dei dati pseudonimizzati⁶⁵; (ii) la base giuridica (o le basi giuridiche) per il riuso dei dati personali per finalità di ricerca scientifica; (iii) la base giuridica per l'eventuale trasferimento transfrontaliero di dati personali a fini di ricerca scientifica⁶⁶.

Lo stesso Garante italiano avrebbe la possibilità di intervenire, mediante una nuova autorizzazione generale al trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica – in ogni area e non esclusivamente in relazione a quella medica, biomedica ed epidemiologica – come si ha attualmente con la già citata Autorizzazione generale n. 9/2016. Tale limitazione, d'altronde, non avrebbe più ragion d'essere, considerando che in ogni ambito di ricerca è oramai previsto il trattamento di dati sensibili (dati sulla salute, opinioni politiche, convinzioni religiose, origine razziale o etnica, su tutti), anche di persone vulnerabili (quali minori, anziani, migranti), e il loro uso secondario.

Anche in relazione all'intelligenza artificiale sarebbero senz'altro utili modelli e protocolli istituzionali, validati dalle autorità, che guidino i ricercatori, da un punto di vista prettamente operativo, alla realiz-

⁶³ COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Documento del Comitato europeo per la protezione dei dati sulla risposta alla domanda di chiarimenti della Commissione europea in merito all'applicazione coerente del GDPR, con un'attenzione particolare alla ricerca in campo sanitario*, cit., 3.

⁶⁴ D. PELOQUIN, M. DIMAIO, B. BIERER, M. BARNES, *op. cit.*, 697-698.

⁶⁵ E. PODDA, M. PALMIRANI, *Inferring the Meaning of Non-personal, Anonymized, and Anonymous Data*, in V. RODRÍGUEZ-DONCEL, M. PALMIRANI, M. ARASZKIEWICZ, P. CASANOVAS, U. PAGALLO, G. SARTOR (a cura di), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems XI-XII. AICOL 2020, AICOL 2018, XAILA 2020. Lecture Notes in Computer Science, vol 13048*, Cham, 2021, 279, che evidenzia, oltretutto, come l'attuale stato dell'arte sembri confermare che la pseudonimizzazione abbia un maggiore potenziale di protezione dei dati rispetto all'anonimizzazione.

⁶⁶ D. PELOQUIN, M. DIMAIO, B. BIERER, M. BARNES, *op. cit.*, 704.

zazione di sistemi affidabili e rispettosi tanto della normativa in materia di protezione dei dati personali, quanto dei principi etici sanciti dal Gruppo Indipendente di Esperti di Alto Livello sull'Intelligenza Artificiale, non sufficientemente specifici per un'applicazione pratica.

Emergono, nella recente letteratura, metodologie e modelli proposti indirizzare utilmente la progettazione, lo sviluppo e l'implementazione di sistemi di intelligenza artificiale affidabili e rispettosi dei principi etici in questione⁶⁷. Alcuni si concentrano sugli interventi nelle prime fasi dei processi di sviluppo, attraverso l'aumento della consapevolezza delle questioni etiche tra gli sviluppatori⁶⁸, la composizione di gruppi di lavoro diversificati⁶⁹, l'incorporazione di valori etici nei sistemi attraverso una progettazione proattiva⁷⁰, la verifica dei modelli decisionali e del relativo codice sottostante⁷¹. Altri metodi, come le valutazioni d'impatto⁷², tengono in considerazione i risultati delle applicazioni dei sistemi decisionali automatizzati, o, ancora, si preoccupano del contesto, prevedendo il coinvolgimento diretto di operatori umani⁷³. Ulteriori processi, invece, si basano sulla valutazione basata sull'etica, con un costante raffronto con i principi e le norme rilevanti, al fine di controllare o influenzare il comportamento dei sistemi di intelligenza artificiale⁷⁴.

Sotto altro versante, è stato promosso un metodo per l'adeguamento etico dei sistemi di intelligenza artificiale ritenuto più potente rispetto a quello attuale dell'intelligenza artificiale "spiegabile" (eXplainable AI), incentrato su un approccio generalizzato (definito *one-size-fits-all*) e dunque incapace di

⁶⁷ J. MÖKANDER, J. MORLEY, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Ethics-Based Auditing of Automated Decision-Making Systems: Nature, Scope, and Limitations*, in *Science and Engineering Ethics*, 27, 4, 2021, 3-4.

⁶⁸ L. FLORIDI, J. COWLS, M. BELTRAMETTI, R. CHATILA, P. CHAZERAND, V. DIGNUM, C. LUETGE, R. MADELIN, U. PAGALLO, F. ROSSI, B. SCHAFFER, P. VALCKE, E. VAYENA, *AI4People—An ethical framework for a good AI society: Opportunities, risks, principles, and recommendations*, in *Minds and Machines*, 28, 4, 2018.

⁶⁹ J. SÁNCHEZ-MONEDERO, L. DENCİK, L. EDWARDS, *What does it mean to 'solve' the problem of discrimination in hiring? Social, technical and legal perspectives from the UK on automated hiring systems*, in *FAT* '20: Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2020.

⁷⁰ E. AIZENBERG, J. VAN DEN HOVEN, *Designing for human rights in AI*, in *Big Data & Society*, 7, 2, 2020; I. VAN DE POEL, *Embedding Values in Artificial Intelligence (AI) Systems*, in *Minds and Machines*, 30(3), 2020.

⁷¹ L.A. DENNIS, M. FISHER, N.K. LINCOLN, A. LISITSA, S.M. VERES, *Practical verification of decision-making in agent-based autonomous systems*, in *Automated Software Engineering*, 23, 3, 2016.

⁷² ECP, *Artificial intelligence impact assessment*, 2018, ecp.nl/wp-content/uploads/2019/01/Artificial-Intelligence-Impact-Assessment-English.pdf (ultima consultazione, 07/01/2022).

⁷³ F. JOTTERAND, C. BOSCO, *Keeping the "Human in the Loop" in the Age of Artificial Intelligence: Accompanying Commentary for "Correcting the Brain?" by Rainey and Erden*, in *Science and Engineering Ethics*, 26(5), 2020; I. RAHWAN, *Society-in-the-loop: programming the algorithmic social contract*, in *Ethics and Information Technology*, 20, 1, 2018.

⁷⁴ J. MÖKANDER, J. MORLEY, M. TADDEO, L. FLORIDI, *op. cit.*, 9-17; R.V. ZICARI ET AL, *Z-Inspection®: A Process to Assess Trustworthy AI*, in *IEEE Transactions on Technology and Society*, 2, 2, 2021, 83-97. Z-Inspection®, in particolare, partendo dai sette requisiti chiave che i sistemi di intelligenza artificiale dovrebbero soddisfare per essere considerati affidabili, prevede la loro concreta applicazione proponendo un processo di valutazione, praticabile e adattabile ai più disparati settori e casi d'uso, composto da tre fasi principali: una prima fase di impostazione, dedicata all'identificazione dei presupposti e dell'ambito di valutazione, oltre alla creazione di un protocollo; una fase centrale di valutazione, che prevede l'analisi dell'utilizzo del sistema di intelligenza artificiale, l'individuazione di possibili criticità etiche, tecniche e giuridiche e la loro riconduzione ai requisiti individuati dal Gruppo Indipendente di Esperti di Alto Livello sull'Intelligenza Artificiale, con annessa verifica; infine, una fase di risoluzione, che affronta le questioni etiche, tecniche e giuridiche emerse, producendo raccomandazioni e prescrizioni anche per garantire, se necessario, una costante affidabilità etica dell'intelligenza artificiale nel tempo.

soddisfare le specifiche esigenze dei singoli utenti e illustrare in maniera concreta e pragmatica il processo decisionale automatizzato, contrariamente a quanto richiesto dal GDPR e dalle linee guida del Gruppo di Esperti di Alto Livello sull'Intelligenza Artificiale. Questo metodo alternativo dell'intelligenza artificiale "esplicativa" (explanatory AI), pur basandosi sulla "spiegabilità", intende muovere oltre, organizzando e articolando tutte le informazioni "spiegabili" in narrazioni esplicative centrate sull'utente all'interno di uno "spazio esplicativo", affinché sia l'utente stesso, nell'esplorarlo in modo interattivo attraverso un'apposita interfaccia, a prodursi la spiegazione più adatta alle proprie necessità⁷⁵.

Ad ogni modo, oltre all'adozione di promettenti modelli di questo tipo, più in generale è raccomandabile perseguire nuovi approcci e strategie per il supporto dei ricercatori nella tutela dei dati personali e nello sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale affidabili nel corso di attività di ricerca. Formazione (anche obbligatoria) dei ricercatori sui principi etici e giuridici che governano la ricerca, composizione di gruppi di ricerca interdisciplinari che siano in grado di coprire tutti gli aspetti etico-giuridici rilevanti, assistenza da parte di personale specializzato in privacy ed etica, valutazioni da parte di comitati etici interni o esterni agli enti di ricerca⁷⁶, sono alcune delle soluzioni di immediata attuabilità che possano contribuire al necessario incremento di consapevolezza e competenza tra i ricercatori sui temi privacy ed etici, affinché possano ridursi sempre più criticità ed errori e, al contempo, anche i rischi per i diritti e le libertà delle persone coinvolte nelle attività di ricerca scientifica.

⁷⁵ M. PALMIRANI, *Interpretabilità, conoscibilità, spiegabilità dei processi decisionali automatizzati*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Torino, 2021, 66-79; F. SOVRANO, F. VITALI, M. PALMIRANI, *Making Things Explainable vs Explaining: Requirements and Challenges Under the GDPR*, in V. RODRÍGUEZ-DONCEL, M. PALMIRANI, M. ARASZKIEWICZ, P. CASANOVAS, U. PAGALLO, G. SARTOR (a cura di), *op. cit.*, 173-180, i quali forniscono un esempio chiarificatore su un'applicazione di intelligenza artificiale "esplicativa": l'art. 8 del GDPR, com'è noto, fissa a 16 anni l'età minima per prestare il consenso senza l'autorizzazione del genitore o legale rappresentante, con possibilità di deroga a tale limite dal diritto interno di ciascuno Stato membro (in Italia, il limite è stato abbassato a 14 anni). In tale situazione, supponendo che un adolescente italiano di 14 anni utilizzi WhatsApp, e che suo padre voglia rimuovere l'iscrizione del figlio dalla piattaforma poiché preoccupato per la privacy, il sistema decisionale automatizzato respingerebbe la richiesta del padre a fronte della normativa italiana vigente. Laddove il padre volesse conoscere i motivi del rifiuto della sua richiesta, grazie allo strumento esplicativo incentrato sull'utente, potrebbe scegliere quali informazioni espandere (attraverso uno specifico pulsante, ad esempio) e considerare, costruendo dunque la propria spiegazione personalizzata a partire da uno spazio esplicativo predefinito.

⁷⁶ Per un approfondimento sul tema, con specifico riferimento allo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale affidabili nella ricerca scientifica, C. GALLESE, *Developing a Trustworthy AI culture in Scientific Research*, Conferenza "The Culture of Trustworthy AI. Public debate, education, practical learning", 2-3 Settembre 2021, Venezia, Italia, www.unive.it/pag/fileadmin/user_upload/progetti_ricerca/osai/img/grafica/OSAI21_paper_15.pdf (ultima consultazione, 07/01/2022).



Donazione mitocondriale: recenti sviluppi, problematiche etiche attorno al concetto di “identità” dei nati e impieghi non terapeutici. Perché le *Mitochondrial Replacement Techniques* sono ancora un capitolo aperto nel grande libro della fecondazione assistita

Tullia Penna*

MITOCHONDRIAL REPLACEMENT TECHNIQUES: LATEST DEVELOPMENTS, ETHICAL CONCERNS ON OFFSPRING’S IDENTITY, AND NON-THERAPEUTICAL USE. WHY MRTS ARE STILL AN OPEN CHAPTER OF IVF? ABSTRACT: Mitochondrial Replacement Techniques (MRTs), designed to prevent mitochondrial diseases, are far from being an efficient and safe opportunity to eradicate mitochondrial DNA’s disorders. Indeed, there are still many scientific, ethical, and social concerns. Particularly when it comes to identity issues for MRT-conceived people and non-therapeutical uses. This paper aims to suggest some reflections on these topics, without overlooking scientific grounds and regulatory references.

KEYWORDS: Mitochondrial Replacement Techniques; Mitochondrial donation; Non-Identity Problem; mtDNA diseases; IVF

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Contesto biologico: mitocondri, DNA mitocondriale e patologie mitocondriali – 3. Tipologie e caratteristiche delle MRTs – 4. Normative in materia di MRTs – 5. MRTs e legame genetico: ruolo della donatrice e applicazione delle tecniche per le coppie lesbiche – 6. Non-Identity Problem e gamete essentialism: riflessioni attorno al concetto di identità nelle MRTs – 7. Ulteriori riflessioni etiche sulle MRTs e sull’identità dei nati – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

La *Mitochondrial Replacement Technique* (MRT), anche nota come donazione mitocondriale, consiste in un insieme di tecniche note per prevenire l’ereditarietà di alcune malattie mitocondriali altamente invalidanti, se non letali. Recenti sviluppi nella tecnica e il proseguimento del dibattito etico sulle conseguenze della loro implementazione rendono opportuno un contributo che muova da premesse scientifiche per proporre alcune considerazioni sui riflessi sociali delle MRTs, nonché sulle implicazioni filosofiche. Queste ultime precipuamente dedicate al tema dell’identità genetica e personale. L’analisi dei temi rilevanti per le tecniche di modifica alla linea germinale (*germline editing*) viene tralasciata per dare spazio ad argomenti che appaiono, a parere di chi scrive, meno diffusi in letteratura. Infine, alcuni cenni vengono operati alle relative normative nazionali esistenti.

* Ricercatrice in Filosofia del diritto – Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino. Mail: tullia.penna@unito.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.



2. Contesto biologico: mitocondri, DNA mitocondriale e patologie mitocondriali

Da un punto di vista biologico, i mitocondri sono organelli, strutture delimitate da una specifica doppia membrana, presenti all'interno della maggior parte delle cellule degli organismi eucarioti¹. Collocati nel citoplasma, sono caratterizzati da un'elevata variabilità in fatto di dimensioni (0,5-1 µm di diametro e fino a 7 µm di lunghezza)² e rappresentanza numerica all'interno di una singola cellula (1-10.000)³. Tale variabilità deriva dalla principale funzione che i mitocondri svolgono a livello cellulare: la respirazione aerobica, processo grazie al quale l'energia chimica assunta attraverso alcuni alimenti viene trasformata in energia chimica dell'adenosina trifosfato (ATP)⁴. Quest'ultimo composto costituisce il combustibile cellulare, necessario a molteplici funzioni metaboliche essenziali per l'organismo umano⁵. La variabilità in fatto di dimensioni e numero dipende quindi dal diverso fabbisogno energetico di ogni specifico tessuto in cui la cellula è collocata⁶. I mitocondri costituiscono non solo una fonte imprescindibile di energia cellulare⁷, ma svolgono anche funzioni cruciali per il mantenimento⁸ per la crescita, per la differenziazione, per la riparazione⁹, nonché per l'apoptosi cellulare¹⁰.

Ulteriore tratto distintivo dei mitocondri, nonché elemento saliente per la presente riflessione, è la loro natura semi-autonoma, derivante dalla presenza di un proprio genoma. Tale caratteristica che li accomuna al nucleo cellulare e li distingue da tutti gli altri organelli¹¹. Il genoma dei mitocondri, molto compatto e formato da 37 geni (13 messaggeri RNA, 22 RNA e 2 ribosomi RNA) e circa 16.500 paia di

¹ W. ZOU et al., *Mitochondria and Their Role in Human Reproduction*, in *DNA and Cell Biology*, 39, 8, 2020, 1370; T. KASAHARA, T. KATO, *What Can Mitochondrial DNA Analysis Tell Us About Mood Disorders?*, in *Biol Psychiatry*, 83, 2018, 735.

² H.C. MOREIRA FARNEZI et al., *Three-parent babies: Mitochondrial replacement therapies*, in *JBRA Assisted Reproduction*, 24, 2, 2020, 189.

³ M. COZZOLINO et al., *New Frontiers in IVF: mtDNA and autologous germline mitochondrial energy transfer*, in *Reproductive Biology and Endocrinology*, 17:55, 2019, 2.

⁴ M. TACHIBANA et al., *Mitochondrial replacement therapy and assisted reproductive technology: A paradigm shift toward treatment of genetic diseases in gametes or in early embryos*, in *Reprod Med Biol*, 17, 2018, 422.

⁵ M. YAMADA et al., *Mitochondrial replacement by genome transfer in human oocytes: Efficacy, concerns, and legality*, in *Reprod Med Biol.*, 20, 2021, 53.

⁶ R. DIMOND, *Social and ethical issues in mitochondrial donation*, in *British Medical Bulletin*, 115, 2015, 174.

⁷ Ne producono il 95% attraverso il processo biochimico di fosforilazione ossidativa, vd. L. SENDRA et al., *Mitochondrial DNA Replacement Techniques to Prevent Human Mitochondrial Diseases*, in *Int. J. Mol. Sci.*, 22, 551, 2021, 1; V.F. GONÇALVES, *Mitochondrial Genetics*, in A. URBANI, M. BABU (eds), *Mitochondria in Health and in Sickness*, Singapore, 2019, 251.

⁸ Come l'omeostasi calcica e generazione di specie reattive dell'ossigeno, vd. J. KIM, E. SELI, *Mitochondria as a biomarker for IVF outcome*, in *Society for Reproduction and Fertility*, 157, 2019, R235.

⁹ A.J. NEWSON, A. WRIGLEY, *Is Mitochondrial Donation Germ-line gene therapy? Classification and Ethical Implications*, in *Bioethics*, 31, 1, 2017, 56; P.D. TURNPENNY, *Emery's Elements of Medical Genetics*, St. Louis, 14th ed., 2012, 181–183.

¹⁰ S. ANDERSON et al., *Sequence and organization of the human mitochondrial genome*, in *Nature*, 290, 5806, 1981, 462.

¹¹ H.C. MOREIRA FARNEZI, *op. cit.* 189.

basi, è chiamato DNA mitocondriale (mtDNA)¹². I 37 geni contenuti nel mtDNA codificano per le componenti essenziali del processo respiratorio cellulare¹³ e, all'interno di ciascun mitocondrio, sono contenute da 2 a 10 copie di mtDNA¹⁴, che nel complesso costituiscono lo 0,1% del genoma di una cellula. Il preminente 99,9% è infatti costituito dal DNA nucleare¹⁵. Presenti in quasi tutte le cellule umane, i mitocondri sono rintracciabili anche in quelle riproduttive, i gameti, sia maschili che femminili. Tuttavia, in seguito alla fecondazione di un ovocita, i mitocondri dello spermatozoo iniziano un processo di autodistruzione, in seguito al quale il DNA mitocondriale dello zigote risulterà provenire in modo esclusivo dall'ovocita. L'embrione che si formerà possederà quindi mtDNA di derivazione esclusivamente femminile (c.d. eredità matroclina)¹⁶.

Rispetto al DNA nucleare, che ogni nuovo individuo della specie umana eredita per il 50% dal gamete maschile e per il 50% dal gamete femminile, il mtDNA, con le sue essenziali funzioni energetiche, metaboliche e di controllo cellulare, discende per via femminile e costituisce lo 0,1% del genoma totale dell'embrione. Inoltre, a differenza del DNA nucleare, quello mitocondriale risulta più vulnerabile, perché maggiormente soggetto a mutazioni¹⁷. Mutazioni derivanti dai numerosissimi cicli di replicazione cui è soggetto (aumentano quindi le possibilità di errore della macchina replicativa), nonché della minor efficienza, rispetto al DNA nucleare, dei meccanismi endogeni di riparazione. Un'ulteriore complicazione deriva dalla possibilità che una certa mutazione del mtDNA possa essere presente in tutte le cellule dell'organismo (omoplasma) solo in casi molto rari. Nella maggior parte delle evenienze, invece, convivono nell'organismo cellule che possiedono mitocondri sani e mitocondri mutanti, diffusi diversamente a seconda dei tessuti considerati (eteroplasma). Soltanto qualora si tratti di omoplasma si potrà avere una certezza della trasmissibilità ai figli della mutazione, mentre l'eteroplasma, condizione più verificata, implica un elevato grado di incertezza rispetto alla probabilità di trasmissione e alla gravità delle conseguenze¹⁸. Il superamento di un livello-soglia perché la mutazione si verifichi¹⁹,

¹² F. NOOHI et al., *Clinical translation of mitochondrial replacement therapy in Canada: a qualitative study of stakeholders' attitudes*, in *FACETS*, 6, 2021, 449; A. ARYAMVALLY et al., *Mitochondrial replacement therapy: Genetic counselors' experiences, knowledge, and opinions*, in *J Genet Couns*, 30, 2021, 828.; L. SENDRA et al., *op. cit.*, 1; W. ZOU et al., *op. cit.*, 1370; J. KIM, E. SELI, *op.cit.*, R235.

¹³ O.M. RUSSELL et al., *Mitochondrial diseases: hope for the future*, in *Cell*, 181, 1, 2020, 178.

¹⁴ A. GREENFIELD et al., *Assisted reproductive technologies to prevent human mitochondrial disease transmission*, in *Nat. Biotechnol.*, 35, 2017, 1063.

¹⁵ F. NOOHI et al., *op. cit.*, 459; D.P. WOLF et al., *Mitochondrial replacement therapy in reproductive medicine*, in *Trends in Molecular Medicine*, 21, 2, 2015, 72; F. BAYLIS, *The ethics of creating children with three genetic parents*, in *Reprod. BioMedicine Online*, 26, 2013, 532; R.W. TAYLOR et al., *The determination of complete human mitochondrial DNA sequences in single cells: Implications for the study of somatic mitochondrial DNA point mutations*, in *Nucleic Acids Res.*, 29, 2001, e74.

¹⁶ Occorre comunque tenere in considerazione come un ovocita maturo contenga tra le 200.000 e le 300.000 copie di mtDNA, mentre uno spermatozoo sia dotato di circa 100 copie, vd. M. TACHIBANA et al., *op. cit.*, 422; L. SENDRA et al., *op. cit.*, 1; A.J. NEWSON, A. WRIGLEY, *Is Mitochondrial Donation Germ-line gene therapy? Classification and Ethical Implications*, in *Bioethics*, 31, 1, 2017, 56-57.

¹⁷ A.J. NEWSON, A. WRIGLEY, *op. cit.*, 57.

¹⁸ A.L. GROPMAN, *Diagnosis and treatment of childhood mitochondrial diseases*, in *Curr Neurol Neurosci Rep.*, 1, 2, 2001, 185-194; M. TACHIBANA et al., *op. cit.*, 422; W. ZOU et al., *op. cit.*, 1372-1373; A. ARYAMVALLY et al., *op. cit.*, 829.

¹⁹ L. CRAVEN, D.M. TURNBULL, *Reproductive Options for Women with Mitochondrial Disease*, in *Diagnosis and Management of Mitochondrial Disorders*, 3, 2019, 378-379.

l'instabilità connaturata al mtDNA, con la conseguente difficoltà di identificare con precisione l'alterazione²⁰, arricchiscono questo quadro dotato di intrinseca complessità²¹.

Inoltre le mutazioni nel mtDNA sono in grado di causare l'insorgenza di patologie genetiche connesse alle alterazioni delle funzioni mitocondriali. Tali disfunzioni possono dipendere esclusivamente da mutazioni presenti nel mtDNA oppure da una combinazione di mutazioni sia nel mtDNA, sia nel DNA nucleare²². In generale, tuttavia, con "malattie mitocondriali" si intendono quelle specifiche patologie derivanti da mutazioni del solo mtDNA. Simili patologie si contraddistinguono per la loro collocazione (nei distretti dell'organismo che richiedono maggiore produzione di energia, come sistema nervoso, sistema muscolare, apparato visivo, cuore, reni, etc.)²³ e per la variabilità della loro gravità (anche in seno a una medesima famiglia biologica). Si tratta di patologie usualmente croniche, con effetti elevatamente invalidanti, spesso con risvolti neurodegenerativi ed episodi di ictus, senza tralasciare sintomatologie che includono distrofia muscolare, cardiomiopatia, epilessia, diabete, sordità, cecità e probabilità elevata di morte prematura²⁴. Va inoltre segnalato come le mutazioni di mtDNA si rivelino sempre più spesso connesse a patologie con alto impatto sociale, quali la malattia di Alzheimer, il morbo di Parkinson e la malattia di Huntington. Impatto determinato dal rilevante numero di soggetti colpiti, nonché dalla peculiarità dell'insorgenza dalla malattia in qualunque momento della vita²⁵. Ad oggi la comunità di ricercatori e clinici stima l'incidenza delle malattie mitocondriali in uno ogni 5-10mila adulti, ma l'ampio spettro di sintomi e patologie connesse lascia pensare che la cifra possa essere nettamente superiore²⁶. Infine, appare opportuno mettere in luce come l'imponente numero di sintomatologie e patologie mitocondriali fino a qui descritto non conosca oggi cure, ma solo protocolli palliativi per il decorso della malattia²⁷.

²⁰ J.M. FULK, *Two & A half parents: three parent IVF and medical malpractice in United States*, in *Concordia Law Review*, 3, 1, 2018, 229-229;

²¹ H. SHARMA, *Development of mitochondrial replacement therapy: A review*, in *Helyion*, 6, 2020, 2.

²² C. PALACIOS-GONZALEZ, *Mitochondrial replacement techniques: egg donation, genealogy and eugenics*, in *Monash Bioeth. Rev.*, 34, 1, 2016, 34-51; H. SHARMA, *op. cit.*, 2.

²³ L. GROPMAN, *op. cit.*, 189; M. TACHIBANA et al., *op. cit.*, 422.

²⁴ Il termine "malattie mitocondriali" è stato introdotto nel 1988 per descrivere la prima sintomatologia riconosciuta come connessa alle mutazioni di mtDNA e andando successivamente a includere patologie quali encefalomiopatia mitocondriale, acidosi lattica, sindrome di MELAS (episodi ischemici, epilettici con perdita graduale di funzioni cognitive e motorie), sindrome di MERFF (epilessia mioclonica), neuropatia ottica ereditaria di Leber (LHON), sindrome di Leigh (encefalomiopatia subacuta necrotizzante) – vd. R. DIMOND, *op. cit.*, 175; F. BAYLIS, *op. cit.*, 531; J.P. GRADY et al., *Disease progression in patients with single, large-scale mitochondrial DNA deletions*, in *Brain*, 137, 2014, 323-334; V.S. DHILLON, M. FENECH, *Mutations that affect mitochondrial functions and their association with neurodegenerative diseases*, in *Mutat. Res. Rev.*, 759, 2014, 1-13; A.L. BREDENOORD et al., *Dealing With Uncertainties: Ethics of Prenatal Diagnosis and Preimplantation Genetic Diagnosis to Prevent Mitochondrial Disorders*, in *Hum Reprod Update*, 14, 2008, 88.

²⁵ M. TACHIBANA et al., *op. cit.*, 422.

²⁶ M. YAMADA et al., *op. cit.*, 54.

²⁷ E.Y. ADASHI et al., *Preventing Mitochondrial Diseases: Embryo-Sparing Donor-Independent Options*, in *Trends in Molecular Medicine*, 24, 5, 2018, 449; Y.S. NG YS, D.M. TURNBULL, *When to think about mitochondrial disease*, in *Practical Neurology*, 20, 2020, 260-261; M. TACHIBANA et al., *op. cit.*, 424; C. NOGUEIRA et al., *Nuclear-mitochondrial intergenomic communication disorders: clinical and laboratory approach*, in *Arq Med*, 29, 2015, 11; H.C. MOREIRA FARNEZI, *op. cit.* 189.

3. Tipologie e caratteristiche delle MRTs

Acclarato quale ruolo rivesta il mtDNA e quali conseguenze possano derivare da mutazioni che ne alterino il funzionamento, a partire dagli anni '90 sono iniziati percorsi di ricerca volti a impedirne la trasmissione verticale, di madre in figlio. Si è ipotizzato quindi di ricorrere a una fecondazione in vitro (IVF), intervenendo a livello mitocondriale prima della fecondazione dell'ovocita o nel momento immediatamente successivo. Le tecniche di questo tipo sono state definite *Mitochondrial Replacement Techniques* (MRTs) o *Mitochondrial Replacement Therapies* (MRTs). Impiegando l'acronimo MRT per il presente lavoro, si avrà cura di proporre nelle parti successive a questa, definitiva, una riflessione sull'ordine di senso della scelta linguistica operata da chi opta per il concetto di "tecnica" o di "terapia". La MRT consiste, in un senso molto ampio, nella sostituzione di mitocondri malati con altri sani, grazie all'apporto di una donatrice di ovociti che fornisca il materiale genetico a una coppia, in cui la donna sia portatrice di una mutazione mitocondriale. Si tratta di una tecnica ragionevolmente includibile tra quelle volte alla modifica della linea germinale (*germline editing*), in quanto la sostituzione del mtDNA malato, con altro di tipo sano, implica la trasmissione del secondo alla propria discendenza²⁸. Occorre ricordare, come precedentemente sottolineato, che l'ereditarietà del mtDNA è matroclina, vale a dire che di struttura matrilineare. Ciò significa che, qualora la discendenza della coppia che ha accesso alla MRT fosse esclusivamente maschile, la tecnica non inciderebbe su più generazioni, ma esclusivamente sulla prima. Tuttavia, occorre incidentalmente sottolineare come l'inclusione delle MRTs tra le tecniche di *germline editing* non raccolga un pieno consenso, stante anche la relativa novità della procedura e la presenza di un vivo dibattito lessicale nel mondo della ricerca medica, della medicina clinica, nonché dei bioeticisti e dei filosofi²⁹. Stanti questi limiti, appare evidente che la scelta di classificare o meno come intervento di *germline editing* le MRTs avrebbe cruciali risvolti sul piano della riflessione dell'accettabilità etica della procedura e, conseguentemente, di quella sociale e giuridica. Secondo alcuni, le tecniche di sostituzione mitocondriale costituirebbero una specifica sottocategoria, individuata come "Conditionally Inheritable Genomic Modification" (CIGM). Queste ultime si contraddistinguerebbero per l'ereditarietà matroclina, per l'imprevedibilità della replicazione dei mitocondri e per l'effetto soglia che si produce nell'embriogenesi³⁰.

Al netto della loro classificazione, esistono 5 tipologie di MRTs descritte nella letteratura medica e bioetica. La più risalente si colloca nella seconda metà degli anni '90 e consiste nell'iniezione di citoplasma estratto dall'ovocita di una donatrice, e contenente mitocondri sani, nell'ovocita della madre d'intenzione, portatrice di una mutazione del mtDNA. Il *Cytoplasmic Transfer* (CT) si configura come un supplemento di materiale genetico, che avviene grazie al trasferimento di citoplasma ovocitario (*ooplasm*). I più recenti studi hanno però dimostrato l'inefficacia del CT come terapia per le malattie mitocondriali, in quanto richiederebbe un volume di citoplasma troppo ingente per garantire un'adeguata diluizione del mtDNA portatore di mutazioni. La quantità necessaria (30-50% del volume finale) implicherebbe la lisi, vale a dire la dissoluzione, della cellula ovocita. Nondimeno, nelle circa 30 nascite

²⁸ F. BAYLIS, *op. cit.*, 533.

²⁹ C. PALACIO-GONZÁLES, G. CAVALIERE, *Yes' to mitochondrial replacement techniques and lesbian motherhood: a reply to Françoise Baylis*, in *Med Ethics*, 45, 4, 2019, 280.

³⁰ A.J. NEWSON, A. WRIGLEY, *op. cit.*, 66-67.

ottenute a livello mondiale si sono verificati alti numeri di anomalie cromosomiche e difetti patologici emersi con la nascita dei bambini così concepiti³¹.

Una strategia alternativa al CT, implementata in laboratorio e mai in ambito clinico, consisterebbe nel trasferire una parte di DNA nucleare della donna, madre d'intenzione, affetta da mutazioni del mtDNA nell'ovocita di una donatrice nel cui citoplasma si trovino mitocondri sani. Ciò sarebbe possibile esclusivamente in una fase iniziale dello sviluppo oocitario, quando la cellula è immatura per la fecondazione e dotata di un nucleo ben visibile: si tratta del primo stadio di sviluppo fisiologico, in cui il gamete femminile è detto vescicola germinale (GV)³². I risultati dei primi esperimenti hanno comprovato la praticabilità tecnica della procedura, benché la sua applicazione in ambito clinico appaia sconsigliabile perché il trasferimento del nucleo della madre d'intenzione porterebbe comunque con sé un'ampia quantità di mtDNA nell'ovocita donato³³.

Successivamente ai primi tentativi di applicazione clinica del CT, due nuove tecniche sono emerse quali potenziali alternative, rivelandosi indubbiamente meno rischiose e più efficaci. La prima è il *Maternal Spindle Transfer* (MST), che consiste nell'enucleazione dell'ovocita di una donatrice, in cui collocare il fuso meiotico (*spindle*) della madre d'intenzione (estratto dall'ovocita durante lo stadio di sviluppo della metafase). Tale fuso meiotico contiene il DNA nucleare, che viene quindi trasferito in un ovocita dotato di citoplasma contenente mitocondri non affetti da mutazione³⁴. La tecnica richiede di essere eseguita prima della fecondazione dell'ovocita, si concretizza come forma di riproduzione selettiva (simile alla diagnosi prenatale e alla diagnosi genetica preimpianto – PGD)³⁵ e presenta la possibilità di ridurre al minimo il rischio di trasportare inavvertitamente minuscole porzioni di citoplasma malato nell'ovocita sano³⁶.

La seconda tecnica è il *Pronuclear Transfer* (PNT), sviluppata nel Regno Unito, da un gruppo di ricerca del *Fertility Center* della Newcastle University³⁷, che aveva ottenuto un finanziamento da più di 4 milioni di sterline per indagare le prospettive del MRT³⁸. Nel PNT, a differenza del MST, non si interviene sulle cellule riproduttive, bensì su gli zigoti. In particolare, uno zigote creato dall'unione dei gameti dei genitori d'intenzione e uno creato dal gamete del padre d'intenzione e dall'ovocita di una donatrice (al

³¹ D.T. BROWN et al., *Transmission of mitochondrial DNA disorders: possibilities for the future*, in *Lancet*, 368, 9529, 2006, 87-89. La Food and Drug Administration statunitense ha posto un divieto sull'impiego del CT in futuro, vd. M. TACHIBANA et al., *op. cit.*, 424.

³² M. TACHIBANA et al., *Mitochondrial replacement therapy and assisted reproductive technology: A paradigm shift toward treatment of genetic diseases in gametes or in early embryos*, in *Reprod Med Biol*, 17, 2018, 425; T. TAKEUCHI et al., *Effect of treating induced mitochondrial damage on embryonic development and epigenesis*, in *Biol Reprod*, 72, 3, 2005, 584-592.

³³ M. TACHIBANA et al., *op. cit.*, 425; D.R. DUNBAR et al., *Different cellular backgrounds confer a marked advantage to either mutant or wild-type mitochondrial genomes*, in *Proc Natl Acad Sci USA*, 92, 14, 1995, 6562-6566.

³⁴ E. LABARTA et al., *Mitochondria as a tool for oocyte rejuvenation*, in *Fertil. Steril.*, 111, 2, 2019, 219-226.

³⁵ A. WRINGLEY et al., *Mitochondrial replacement: ethics and identity*, in *Bioethics*, 29, 9, 2015, 635.

³⁶ H. SHARMA, *Development of mitochondrial replacement therapy: A review*, in *Helyion*, 6, 2020, 2; F. JOSE et al., *Three parent child: a review*, in *Int J of Novel Trends in Phar. Sci*, 7, 2, 2017, 2277-2782.

³⁷ T. LEWENS, *The fragility of origin essentialism: Where mitochondrial 'replacement' meets the non-identity problem*, in *Bioethics*, 35, 2021, 617; M. POMPEI, F. POMPEI, *Overcoming bioethical, legal, and hereditary barriers to mitochondrial replacement therapy in the USA*, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 36, 2019, 383.

³⁸ A. TAVARE, *Scientists are to investigate "three parent IVF" for preventing mitochondrial disease*, in *BMJ*, 344, 2012, 2.

fine di garantire la presenza di mtDNA privo di mutazioni). Il primo embrione (al giorno-1 di coltura *in vitro*) viene privato dei suoi pronuclei (*pronuclear transfer*), contenenti il materiale genetico nucleare della coppia, e il secondo embrione li riceve dopo essere stato enucleato dei propri³⁹. Chiaramente si tratta di un'operazione che implica non solo la già avvenuta fecondazione dell'ovocita e un'ancora minore possibilità di condurre insieme ai pronuclei del citoplasma contenente mitocondri con mutazioni⁴⁰, ma anche l'inevitabile distruzione delle parti rimanenti dell'embrione creato con i gameti dei genitori intenzionali.

Infine, ulteriore MRT in corso di studio e valutazione è il *Polar Body Transfer* (PBT), che si riferisce al trasferimento dei corpi polari dell'ovocita (durante la maturazione) della madre intenzionale in un ovocita proveniente da una donatrice e privato degli equivalenti corpi. Questi ultimi, contenenti DNA nucleare, risultano in grado di evitare quasi integralmente il rischio di trasportare insieme a essi, nell'ovocita donato, anche parte dei mitocondri portatori di mutazioni, stante l'irrisoria presenza di citoplasma correlato ai corpi polari⁴¹. Questo tipo di intervento, svolto a livello di ovociti, è definito di primo livello (PB1T/TPBI) e implica, ovviamente, la successiva fecondazione dell'ovocita (ottenuto con i pronuclei della madre d'intenzione, e le restanti parti già presenti nell'ovocita donato) con lo spermatozoo del padre d'intenzione. Diversamente, con specifici accorgimenti tecnici, e in un momento immediatamente successivo alla creazione di due zigoti (entrambi con gamete del padre d'intenzione, ma primo con il gamete della madre d'intenzione e il secondo con quello di una donatrice), è possibile adottare una tecnica detta di secondo livello (PB2T/TPBI)⁴². In quest'ultimo caso, al pari del PNT, si darà luogo alla distruzione del primo embrione in seguito all'asportazione dei corpi polari contenenti il DNA nucleare.

Illustrate le diverse tipologie esistenti di MRT, e prima di interrogarsi sulle loro implicazioni sociali ed etiche, appare opportuno indicare sinteticamente sulle principali obiezioni condotte sul piano della scienza dura⁴³. Innanzitutto, la principale obiezione medica al MRT è che non sia effettivamente in grado né di curare le conseguenze delle mutazioni del mtDNA⁴⁴, né di prevenirle completamente, visto il concreto rischio di trasportare anche mitocondri mutati⁴⁵. Inoltre il livello di accuratezza della tecnica, nonché di sicurezza dei suoi esiti, risulta ancora troppo incerta e non quantificabile, anche rispetto

³⁹ H.C. MOREIRA FARNEZI et al., *Three-parent babies: Mitochondrial replacement therapies*, in *JBRA Assisted Reproduction*, 24, 2, 2020, 191; H. SHARMA, *op. cit.*, 2; KAUR, M. NAGPAL, *Recent advancement in human reproduction three-parent babies: a technique to neutralize mitochondrial disease load- A boon or a bane for society?*, in *Curry Trends Diagn Treat*, 1, 2, 2017, 100–103; D.P. WOLF et al., *Mitochondrial genome inheritance and replacement in the human germline*, in *EMBO J.*, 36, 2017, 2177–2181.

⁴⁰ La quantità di citoplasma proveniente dal primo zigote, e rintracciabile nel secondo, risulta essere nulla o raggiungere il 5% al massimo; vd. M. HERBERT, D. TURNBULL, *Progress in mitochondrial replacement therapies*, in *Nat.Rev. Mol. Cell Biol.*, 19, 2, 2018, 71–72.

⁴¹ H. SHARMA, *op. cit.*, 2; E. LABARTA et al., *Mitochondria as a tool for oocyte rejuvenation*, in *Fertil. Steril.*, 111, 2, 2019, 221.

⁴² L. SENDRA et al., *Mitochondrial DNA Replacement Techniques to Prevent Human Mitochondrial Diseases*, in *Int. J. Mol. Sci.*, 22, 551, 2021, 11–13; H.C. MOREIRA FARNEZI et al., *op. cit.*, 192; M. TACHIBANA et al., *op. cit.*, 431.

⁴³ Sintetizzate da H. SHARMA, *op. cit.*, 5.

⁴⁴ T. RULLI, *The mitochondrial replacement 'therapy' myth*, in *Bioethics*, 31, 5, 2016, 368–374

⁴⁵ T. KLOPSTOCK et al., *Mitochondrial replacement approaches: challenges for clinical implementation*, in *Genome Med.*, 8, 2016, 126.

ai nascituri⁴⁶. In aggiunta a ciò, andrebbe indagato meglio il fenomeno di relazione tra mtDNA e DNA nucleare⁴⁷, considerato, come si è sottolineato in precedenza, che le disfunzioni a carico dei mitocondri umani possono derivare anche da mutazioni nel DNA del nucleo. Specialmente nel momento in cui si trovino a dialogare a livello cellulare (ovocita, zigote, embrione in sviluppo) il mtDNA di una donatrice e il DNA nucleare della madre d'intenzione, la cui potenziale incompatibilità potrebbe sortire ingenti effetti sui nascituri⁴⁸.

4. Normative in materia di MRTs

Acclarate le basi scientifiche delle tecniche di donazione, appare opportuno illustrare sinteticamente le normative a oggi esistenti in materia di MRTs. *In primis*, il Regno Unito, come si è visto, è stato il primo Paese a dotarsi di specifiche disposizioni, con lo Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015. Queste ultime stabiliscono che per procedere all'applicazione clinica delle tecniche sia indispensabile per le cliniche essere dotate di precipua autorizzazione, fornita dal HFEA's License Committee. Al contempo, le donne interessate a ricevere una donazione mitocondriale devono vedere approvato il proprio caso dal HFEA's Statutory Approvals Committee. Soddisfatti tali requisiti e qualora la procedura vada a buon fine, il nascituro potrà conoscere esclusivamente i dati non identificativi della donatrice, la quale non verrà riconosciuta né quale genitrice legale, né come genitrice genetica, e il nato riceverà specifiche raccomandazioni per sottoporsi a un follow-up clinico di lungo periodo.

Differente situazione è quella statunitense, dove la legislazione federale è rimasta più cauta negli ultimi 20 anni. A seguito della nascita di una 30ina di bambini con tecniche di trasferimento di citoplasma, la Food and Drug Administration (FDA) nel 2001 vietò la procedura, in seguito ad anomalie cromosomiche nei bambini nati e alle ingenti perplessità residue sul funzionamento della tecnica⁴⁹. Nel 2014 la FDA ha incaricato l'Institute of Medicine (IOM – ora National Academy of Medicine) di redigere un rapporto che prefiggesse requisiti, condizioni e obiettivi di una futura normativa federale in materia di MRTs. Il rapporto autorizzava cautamente le ricerche, pur presentando una minima tolleranza al rischio rispetto al modello britannico⁵⁰. Inoltre le MRTs venivano classificate come “inheritable genetic

⁴⁶ L. SENDRA et al., *op. cit.*, 1-21; M. YAMADA et al., *op. cit.*, 58; R. CARR, “Three Parent babies”: techniques explained, objections examined, in *Can. J. Law Technol.*, 13, 2015, 119–129.

⁴⁷ P.F. CHINNERY et al., *The challenges of mitochondrial replacement*, in *PLoS Genet.*, 10, 4, 2014, 5; K. REINHARDT et al., *Mitochondrial replacement, evolution and the clinic*, in *Science*, 341, 6152, 2014, 1345–1346.

⁴⁸ È stata teorizzata, ma non ancora provata, la possibilità che insorga una “mito-nuclear incompatibility” (E. Wolf) in K. REINHARDT et al., *Evolution, and the Clinic*, in *Science*, 341, 2013, 1345–1346; vd. G. CAVALIERE, C. PALACIOUS-GONZALEZ, *Lesbian motherhood and mitochondrial replacement technique: reproductive freedom and genetic kinship*, in *J. Med. Ethics*, 44, 2018, 836.

⁴⁹ M. TACHIBANA et al., *Mitochondrial replacement therapy and assisted reproductive technology: A paradigm shift toward treatment of genetic diseases in gametes or in early embryos*, in *Reprod Med Biol*, 17, 2018, 424; J.P. APPLEBY, *The ethical challenges of the clinical introduction of mitochondrial replacement techniques*, in *Med Health Care and Philos*, 18, 2015, 503; D.T. BROWN et al., *Transmission of mitochondrial DNA disorders: possibilities for the future*, in *Lancet*, 368, 9529, 2006, 87-89.

⁵⁰ National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, *Mitochondrial replacement techniques: ethical, social, and policy considerations*, Washington, DC, 2016.

modification” dallo IOM e per questa ragione andarono incontro a uno specifico taglio del budget destinato alle tecniche così etichettate, come il FDA Advisory Committee comunicò nell'immediatezza⁵¹. Pochi mesi dopo la FDA inviò una lettera di diffida al medico del New Hope Fertility Center che, dopo aver proceduto a un *Maternal Spindle Transfer* (MST), aveva ottenuto in Messico la prima nascita di un bambino sano⁵². Ad oggi, al di là dei limiti nel budget, il Consolidated Appropriation Act del 2016 impedisce alla FDA di considerare le richieste autorizzative di procedure nelle quali un embrione umano sia creato intenzionalmente, o modificato, per andare incontro a un editing genetico ereditabile⁵³.

In Canada, invece, da due anni è in corso un processo di *public engagement* in ottica di riforma dell'Assisted Human Reproduction Act 2004 (AHRA), caratterizzato in senso fortemente proibitivo rispetto a qualsivoglia tecnica che includa degli interventi sul genoma⁵⁴. Alcuni autori suggeriscono la strada della democrazia deliberativa, e dunque un ulteriore e più radicale coinvolgimento della società civile per addivenire velocemente a una riforma, nel timore che, al contrario, i progressi tecnologici in ambito di MRTs si verifichino sempre di più in quei Paesi dove la mancanza di legislazione permette alla ricerca una libertà incondizionata⁵⁵.

A proposito di Paesi nei quali le MRTs sono state applicate in forza di mancanza di vincoli legislativi, occorre segnalare come il Messico sia stato il luogo di nascita del primo bambino concepito con MST (grazie all'assenza di norme federali in merito). L'Ucraina, sempre nel silenzio legislativo, vede fiorire le cliniche della fertilità in cui si propone soprattutto il PNT e, seppur con alcune ombre rispetto alle relative pubblicazioni di dati e risultati, almeno 7 bambini sarebbero già nati⁵⁶. In Grecia, nel frattempo, un team composto da scienziati e medici greci e spagnoli sta conducendo studi, e relative applicazioni cliniche, per implementare le MRTs non tanto per prevenire mutazioni nel mtDNA, quanto per innalzare la qualità ovocitaria per i comuni trattamenti di fecondazione assistita, specialmente per le donne in età avanzata⁵⁷.

5. MRTs e legame genetico: ruolo della donatrice e applicazione delle tecniche per le coppie lesbiche

Proposte le principali caratteristiche delle funzioni mitocondriali, le conseguenze delle relative disfunzioni, il ruolo del mtDNA, l'esistenza di diverse MRTs e gli esistenti ostacoli di ordine scientifico, è possibile proporre alcune riflessioni inerenti alle implicazioni sociali, alle obiezioni etiche e alle soluzioni

⁵¹ Nel 2016 la FDA ricevette un incremento del 5% del budget, ma un taglio specifico per le tecniche destinate ad apportare modifiche genetiche ereditabili, vd. M. POMPEI, F. POMPEI, *Overcoming bioethical, legal, and hereditary barriers to mitochondrial replacement therapy in the USA*, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 36, 2019, 385.

⁵² I.G. COHEN et al., *The Regulation of Mitochondrial Replacement Techniques Around the World*, in *Annu. Rev. Genom. Hum. Genet.*, 21, 2020, 570.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ivi*, 570-571.

⁵⁵ F. NOOHI et al., *Clinical translation of mitochondrial replacement therapy in Canada: a qualitative study of stakeholders' attitudes*, in *FACETS*, 6, 2021, 460.

⁵⁶ I.G. COHEN et al., *op. cit.*, 578.

⁵⁷ *Ivi*, 579. In merito a questi usi delle MRTs, vd. Nota 87.

normative in relazione all'applicazione delle MRTs. Da un punto di vista sociale, a partire dal 2012, quando il Nuffield Council on Bioethics rilasciò un report cauto, ma pur sempre autorizzativo, verso una maggiore investigazione delle MRTs nel Regno Unito⁵⁸, alcune precipe critiche sono state avanzate in letteratura. In via preliminare sembra essenziale gettare luce su una constatazione non trascurabile: ad oggi, e anche prima dell'invenzione delle MRTs, sussistono valide alternative per realizzare un progetto genitoriale qualora si sia portatrici di disfunzioni mitocondriali. Senza riferirsi all'adozione, il cui richiamo in relazione o paragone alla fecondazione assistita non sempre è pertinente, basti pensare alla donazione ovocitaria o embrionale. In che cosa consiste pertanto il *quid pluris* delle MRTs? Nella possibilità per i genitori d'intenzione di darsi una discendenza sì sana, ma soprattutto legata a loro geneticamente.

Rispetto alle obiezioni di ordine sociale, in primo luogo si è discusso, e si continua a dibattere, sul significato da attribuire al contributo genetico apportato dalla donatrice di ovocita e sul conseguente ruolo, o sulla sua negazione, rispetto al nascituro. Simile argomento non risulta certo nuovo né esclusivamente pertinente al tema della sostituzione mitocondriale, visto e considerata la sua rilevanza rispetto a tutte le biotecnologie riproduttive che coinvolgano un donatore e/o una donatrice di gameti⁵⁹. Questo profilo, come altri che affronteremo, si propone quale *Giano bifronte*, offrendo una lettura di sé, tanto alla stregua di possibili critiche sociali, quanto di quelle etiche. Rispetto alle prime, appare ragionevole interrogarsi sull'eventualità di riconoscere o meno la donatrice di ovociti nelle MRTs quale *genetic parent* del nascituro. In tal senso le MRTs sono anche note come *Mitochondrial Donation* e, anzi, nella nostra lingua, la "donazione mitocondriale" risulta indubbiamente una terminologia di maggiore semplicità d'impiego. Si presti attenzione, nondimeno, al non limitato uso del concetto di *Three-Parent IVF* (Fecondazione in vitro con 3 genitori) ricorrente tanto nella letteratura scientifica, quanto nel linguaggio mediatico anglofono⁶⁰. Tale concetto evoca in modo evidente una preminenza dell'elemento di partecipazione genetica della donatrice, mettendo in luce la crucialità che ancora molti studiosi attribuiscono al dato bio-genetico quando si tratti di origini, parentela, famiglia e relazioni familiari. Il Nuffield Council, nel Report del 2012 che rappresenta ancora una colonna portante del dibattito in merito alle MRTs, aveva sottolineato come i genitori intenzionali, su un piano squisitamente biogenetico, contribuiscano con il 99,9% del DNA (nucleare), mentre la donatrice con il restante 0,1% (mtDNA). La prospettiva quantitativa si concretizzava come dirimente rispetto alla domanda: ha rilevanza, e se sì, quale, l'apporto genetico della donatrice? In un'epoca in cui il Regno Unito già aveva

⁵⁸ Come si avrà modo di vedere, le MRTs sono state autorizzate per la prima volta al mondo nel Regno Unito, con lo Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015. Nuffield Council on Bioethics, *Novel Techniques for the Prevention of Mitochondrial DNA Disease: An Ethical Review*, 2012. <https://www.nuffieldbioethics.org/publications/mitochondrial-dna>, last visited 7 jan 2022.

⁵⁹ T. PENNA, *Nati da dono di gameti: il diritto di accesso alle origini tra Cross Border Reproductive Care, pluralismo giuridico e genetica*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2021, 55-74; L. BUSATTA, S. PENASA, *Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, Special Issue 1, 2021, 187-208.

⁶⁰ R. DIMOND, *Social and ethical issues in mitochondrial donation*, in *British Medical Bulletin*, 115, 2015, 176; cfr. V. RAVITSKY et al., *The "Three-Parent Baby": A Case Study of How Language Frames the Ethical Debate Regarding an Emerging Technology*, in *The American Journal of Bioethics*, 15, 12, 2015., 57-60.

reso il proprio un sistema di *open-identity donors*⁶¹, vale a dire che l'anonimato di donatori e donatrici di gameti era stato rimosso per l'IVF con dono (PMA eterologa), il Nuffield Council si poneva in contrasto con questa impostazione, non ravvisando ragione per permettere a eventuali nascituri, concepiti con donazione mitocondriale, di conoscere le proprie origini biogenetiche. Non solo per il dato quantitativo, ma anche per il ruolo esclusivo del DNA nucleare di contribuire alla definizione di alcuni caratteri fisici e personali⁶². In aggiunta a ciò, non va sottovalutato il ruolo delle componenti sociali (comunità di riferimento, livello di inserimento di una famiglia nel tessuto sociale), culturali (tabù sull'impiego di biotecnologie riproduttive e/o donatori, donatrici) e legali nella definizione di quale venga identificato come relazione parentale, anche genetica, o meno⁶³. Nel 2015 il Regno Unito è divenuto il primo Paese a legalizzare l'impiego clinico della sostituzione mitocondriale, rimanendo parzialmente fedele alla linea dettata dal Nuffield Council, e prevedendo che i nascituri non possano conoscere che i caratteri non identificativi delle donatrici di ovociti da cui i mitocondri sani sono tratti⁶⁴. Quel che appare evidente è che un'ideologia saldamente radicata nell'identificazione della biogenetica quale condizione di verità del rapporto parentale permane, e pervade, le società occidentali. Tale problematica, tuttavia, ben al di là dall'essere risolta, non è precipua della donazione mitocondriale, bensì attraversa in modo trasversale ogni fecondazione assistita che richieda il contributo di un donatore o una donatrice. Infine, probabilmente a complicare la riflessione sul tema è il punto visuale prescelto, in quanto «a closer look at the biological facts will not give us an answer to this question because the process by which one becomes a genetic parent, i.e., the process of reproduction, is not a concept that can be settled by looking. It is, rather, a concept in need of philosophical attention»⁶⁵.

Tra le tematiche sociali sollevate dall'avvento delle MRTs, e con peculiare attenzione rivolta al legame genetico tra coppia di genitori d'intenzione e nascituri, sembra proficuo considerare l'istanza delle coppie lesbiche. Alla base vi è la proposta di consentire l'impiego della donazione mitocondriale a scopo non-terapeutico, bensì schiettamente sociale, vale a dire non per provare a prevenire delle malattie mitocondriali, ma per costituire un ovocita che porti in sé il DNA nucleare di una madre e il mtDNA dell'altra. Più in generale, per ogni coppia formata da due individue con ovaie funzionali (transgender, intersessuali). Su questo fronte, vale la pena un azzardo definitorio di questo tipo, si sono affrontati alcuni studiosi e studiose in un intenso incontro intellettuale e di letteratura antropologico-

⁶¹ In virtù delle HFEA Regulations adottate nel 2004, "Disclosure of Donor Information" e della revisione del 2008 allo Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

⁶² Nuffield Council on Bioethics, *Novel Techniques for the Prevention of Mitochondrial DNA Disease: An Ethical Review*, 2012, 52. <https://www.nuffieldbioethics.org/publications/mitochondrial-dna>, last visited 7 jan 2022. Per un approfondimento sulla contrapposizione tra "quantity claim" e "quality claim", vd. J.B. APPLEBY, *Should Mitochondrial Donation Be Anonymous?*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 43, 2018, 261-280. Appleby aveva solidamente argomentato a favore di un sistema open-identity anche per la donazione mitocondriale.

⁶³ R. DIMOND, *op. cit.*, 176.

⁶⁴ Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015, Sections 3.16-3.20. In conformità anche con quanto era stato suggerito in Department of Health, *Mitochondrial Donation: Government response to the consultation on draft regulations to permit the use of new treatment techniques to prevent the transmission of a serious mitochondrial disease from mother to child*, 2014. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/332881/Consultation_response.pdf, last visited 7 jan 2022.

⁶⁵ M. PIOTROWSKA, *Why is an Egg Donor a Genetic Parent, but not a Mitochondrial Donor?*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 28, 2019, 488.

sociale⁶⁶. Da un lato si collocano le voci a favore dell'uso delle MRTs per costituire un doppio legame genetico, non potendosi addivenire al medesimo risultato con diversi mezzi, ivi inclusa la Reception of Oocytes from Partner (ROPA), in cui una delle due donne porta a termine una gravidanza con l'ovocita della partner⁶⁷. La donazione mitocondriale, invece, si costituirebbe come esercizio della libertà procreativa intesa quale "practice of self-making" che permette ai genitori d'intenzione di dare forma proattivamente alle loro vite⁶⁸, e, pertanto, indissolubilmente connessa al rispetto della vita privata e personale delle donne coinvolte. In questo senso, secondo alcuni, impedire alle coppie di donne di accedere alle tecniche di sostituzione mitocondriale sarebbe una lesione del loro diritto al rispetto della vita privata e risulterebbe anche un trattamento disuguale di situazioni analoghe, in quanto anche le coppie eterosessuali ricorrerebbero alla donazione di mitocondri non tanto per evitare una patologia mitocondriale, quanto per instaurare un legame genetico. Infatti, lo scopo preventivo rispetto alle malattie mitocondriali sarebbe perfettamente realizzabile con il ricorso alla donazione di ovociti o embrioni⁶⁹. Invero, il desiderio di avere figli geneticamente legati a sé è diffuso nelle società occidentali e non conosce distinzione in base all'orientamento sessuale, mentre distinte risposte vengono fornite dagli ordinamenti in questo ambito. Altri, al contrario, contestano da un lato l'ambiguità dell'acronimo MRT (usato talvolta come *Mitochondrial Replacement Technique*, altre come *Therapy*) e sostengono che il ricorso a tali procedure sia sempre eugenetico, a prescindere dal fatto che lo scopo si configuri come terapeutico o sociale. Infatti, anche nel caso dello scopo terapeutico, le MRTs sono volte a portare in vita una "particular kind of individual"⁷⁰, nel senso di eliminare la componente di mtDNA mutante da una generazione alla successiva. In questo senso, quindi, le MRTs si configurerebbero quali pratiche eugenetiche, se non nell'intenzione, quanto meno nel risultato. Quest'ultimo consisterebbe infatti nel portare alla luce una vita specifica, come priva di una specifica porzione genetica, cioè quella corrispondente al mtDNA mutante. Ciò risulterebbe verificabile specialmente considerando la genitorialità "primarily a social and legal obligation, rather than a biological one"⁷¹. D'altra parte se la prima posizione si fonda esplicitamente su una visione pienamente liberale di libertà riproduttiva, la seconda adotta invece un'ottica precauzionale sia rispetto agli interessi sociali, sia rispetto a quelli etici, ancorati, come si vedrà nel prosieguo alla contrapposizione tra scopi terapeutici e non terapeutici, anche in virtù delle risorse disponibili⁷².

⁶⁶ Ci si riferisce allo scambio avvenuto in diversi paper tra Françoise Baylis e Giulia Cavaliere insieme a César Palacio-González. Vd. G. CAVALIERE, C. PALACIO-GONZÁLES, *Lesbian motherhood and mitochondrial replacement techniques: reproductive freedom and genetic kinship*, in *J Med Ethics*, 44, 2018, 835-842; F. BAYLIS, 'No' to lesbian motherhood using human nuclear genome transfer, in *J Med Ethics*, 44, 12, 2018, 865-867; G. CAVALIERE, C. PALACIO-GONZÁLES, 'Yes' to mitochondrial replacement techniques and lesbian motherhood: a reply to Françoise Baylis, in *J Med Ethics*, 45, 4, 2019, 280-281.

⁶⁷ G. CAVALIERE, C. PALACIO-GONZÁLES, *op. cit.*, 2018, 838.

⁶⁸ *Ivi*, 839-840.

⁶⁹ Il desiderio generare figli con un legame genetico è diffuso nelle società occidentali e non conosce distinzione, in senso psicologico, sulla base dell'orientamento sessuale

⁷⁰ F. BAYLIS, *op. cit.*, 2018, 866.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² "Because in our world – a world of heedless liberalism, reproductive rights understood narrowly in terms of freedom from interference, rampant consumerism, global bio-exploitation, technophilia and hubris undaunted by failure – no genetic or reproductive technology seems to be too dangerous or too transgressive.", vd. F. BAYLIS, *The ethics of creating children with three genetic parents*, in *Reprod. BioMedicine Online*, 26, 2013, 534.

Infine, ponendosi nell'ottica degli interessi sociali, occorre ricordare che le MRTs, oltre a non essere diffusamente applicate in ambito clinico e all'aver finora consentito il concepimento e la nascita di pochissimi individui, hanno anche costi ingenti, al pari, in proporzione, della ricerca che ne è alla base. Un quesito lecito riguarda quindi la ragionevolezza di destinare cospicui investimenti pubblici alla ricerca in tecnologie ancora oggi poco conosciute per i loro effetti sui nascituri e la sicurezza dell'implementazione. Al fine di giustificare simili interventi si è soliti ricercare un elevato valore sociale nell'obiettivo della ricerca, come, ad esempio, l'esistenza di un numero elevato di pazienti che beneficerebbero dei risultati e dell'urgenza nel rintracciare una cura. Tuttavia, come è stato sottolineato, la donazione mitocondriale non costituisce né una valida cura per i pazienti già in vita (si limita a provare a creare nuove vite sane), né permetterebbe di eradicare completamente le malattie mitocondriali (che continuerebbero a esistere in quelle donne che si riproducano sessualmente, ignare di essere portatrici oppure prive dei mezzi sociali ed economici per accedere alle MRTs) e di sicuro non costituisce una pratica, una volta verificata a pieno, che si possa applicare su larga scala (per strumentazione richiesta e costi connessi)⁷³. Anche perché, come si è ribadito, esistono procedure alternative alla donazione mitocondriale, che si differenziano da quest'ultima per non poter costituire un legame genetico con il nascituro, ma risultano molto più sicure, anche in virtù dei decenni e delle centinaia di migliaia di applicazioni cliniche (ovodonazione, embriodonazione). L'instaurazione di un legame genetico con un figlio, infatti, difficilmente può essere identificato quale diritto e rimane tuttalpiù una preferenza, legittima, ma pur sempre preferenza, nell'esercizio della libertà riproduttiva di ciascuno. Preferenza che non coincide neanche con un bisogno medico⁷⁴, mentre, al contempo, sussistono oggigiorno altre e più basilari, nonché urgenti, carenze sanitario-riproduttive, di cui fanno esperienza preminentemente le donne e che richiederebbero ingenti investimenti⁷⁵.

6. Non-Identity Problem e gamete essentialism: riflessioni attorno al concetto di identità nelle MRTs

La complessità delle tecniche di sostituzione mitocondriale, unitamente alla difficoltà di porre a termine una revisione concettuale severa dei canoni culturali che informano la visione occidentale della genetica, si riverbera indubbiamente sulla riflessione filosofica che concerne queste procedure. Riflessione imprescindibile se si intende superare la mera "osservazione" dei fatti⁷⁶ e si intende attribuirvi significati di senso in ordine alle vite esistenti e alle generazioni future.

Partendo da questo presupposto, appare opportuno affrontare il tema del *Non-Identity Problem* (NIP), risalente agli anni '70 nelle sue prime proposte, ma divenuto noto grazie al contributo di Parfit nel decennio successivo⁷⁷. L'intenzione di addentrarsi, per quanto sinteticamente, nelle seguenti riflessioni, tiene comunque conto del fatto che il «nonidentity problem (NIP) is a deep puzzle in moral

⁷³ T. RULLI, *What is the Value of Three-Parent IVF?*, 2016, 38-47 (cit. 40).

⁷⁴ *Ivi*, 43.

⁷⁵ F. BAYLIS, *op. cit.*, 2013, 534.

⁷⁶ M. PIOTROWSKA, *op. cit.*, 488.

⁷⁷ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1st ed., 1984, repr. 1987.

theory, involving the evaluation of the moral permissibility of existence-inducing action»⁷⁸. Ciò premesso, il NIP è stato praticato, a livello concettuale, quale schema di indagine più diffuso negli ultimi anni rispetto alle MRTs e si dimostra foriero di preziose intuizioni etiche e morali. Alcuni autori, infatti, hanno impiegato il concetto di identità numerica⁷⁹, ricorrendo ai gameti quali criterio di definizione dell'identità, per formulare l'assunto secondo cui un essere umano è un determinato organismo in quanto originato da due specifici gameti, la cui intrinseca proprietà di rendere unico quell'organismo è che nessun altro organismo possiede i medesimi gameti alla base della propria esistenza⁸⁰. Tale assunto, definito *gamete essentialism*, costituisce una declinazione più specifica della c.d. *Origin View* di Parfit, secondo cui «each person has this distinctive necessary property: that of having grown from the particular pair of cells from which this person in fact grew»⁸¹. A questa premessa, per affacciarsi alla riflessione sulle MRTs, occorre unire la nozione di *harm* non quale “violazione di diritti”, bensì di azione che provochi un risultato peggiore di quello che si sarebbe verificato se l'azione non fosse stata compiuta. Un'azione che comporti un danno desumibile esclusivamente per via comparativa (nell'alternativa tra azione compiuta o non compiuta, tra risultato conseguente all'azione e risultato in assenza dell'azione considerata) e consistente nella possibilità del venire in essere di una condizione di vita qualitativamente peggiore. Nel caso di specie si considererebbero le condizioni di salute fisica (e conseguentemente psichica, stanti le ingenti conseguenze delle patologie mitocondriali) che connoterebbero il nascituro. In quest'ottica, il mancato ricorso alle tecniche di sostituzione mitocondriale implicherebbe o un concepimento sessuale da cui deriverebbe un nascituro affetto da malattia mitocondriale, oppure, applicando il *gamete essentialism* la non-esistenza di quello specifico nascituro. In altre parole il ricorso a una specifica biotecnologia riproduttiva implicherebbe la nascita di un individuo diverso, in senso numerico, da quello che verrebbe al mondo se la stessa biotecnologia non fosse usata, in quanto i gameti coinvolti nell'azione non sarebbero i medesimi⁸². Se la biotecnologia in questione fosse la sostituzione mitocondriale, occorrerebbe dunque domandarsi se il suo impiego fosse da considerarsi un *harm* nei confronti del nascituro, che non verrebbe diversamente al mondo (nascerebbe un *altro* individuo). In tal senso si considererebbe la mancata nascita quale situazione peggiore e non preferibile rispetto alla nascita.

In quest'ottica rileva la fondamentale differenza tra MST (Maternal Spindle Transfer) e PNT (Pronuclear transfer): il primo avviene a livello di ovociti, prima della fecondazione, mentre il secondo concerne due zigoti già creati⁸³. Questo, applicando la lente di lettura del *gamete essentialism*, implica che solamente il MST sia una tecnologia di tipo *identity-affecting*, perché se l'ovocita può rimanere numericamente identico pur con diversi mitocondri, la possibilità che a fecondarlo sia lo stesso spermatozoo che vi sarebbe riuscito senza il ricorso al MST risulta pressoché impossibile⁸⁴. Diversamente, intervenendo il PNT in seguito alla fecondazione, il tipo di eventuale *harm* da considerare avverso il nascituro

⁷⁸ S. COHEN, *Harming and Wronging in Creating*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 46, 2021, 466.

⁷⁹ L'identità numerica è una relazione che una persona intrattiene con se stessa e con se stessa esclusivamente, tale da escludere un'analogia relazione con qualsiasi altra persona.

⁸⁰ A. WRIGLEY et al., *Mitochondrial replacement: Ethics and Identity*, in *Bioethics*, 29, 9, 2015, 633.

⁸¹ D. PARFIT, *op. cit.*, 352.

⁸² A. WRIGLEY et al., *op. cit.*, 634.

⁸³ Si rinvia al § 1 per la trattazione di dettaglio delle tecniche.

⁸⁴ A. WRIGLEY et al., *op. cit.*, 635.

è di tipo classico, vale a dire non coincidente con la possibilità della non-esistenza. La sostituzione dei pronuclei, infatti, viene eseguita su uno zigote già formato, la cui identità numerica è già definita, e, pertanto, il tipo di azione implementata porterà o meno beneficio a *quello* specifico individuo. In questo senso è possibile inoltre sostenere che la natura *identity-affecting* del MST ci permetta di qualificarla come riproduzione selettiva, mentre il PNT si presenterebbe quale terapia o modificazione embrionale. Conseguentemente la scelta morale se scegliere o meno di ricorrere al PNT riguarderà la valutazione dei rischi associati alla possibilità di danneggiare uno specifico futuro bambino; mentre per il MST il criterio morale impiegato potrà coincidere con diversi paradigmi, tra i quali rilevano la *Procreative Beneficence* (per cui scegliere di mettere al mondo l'individuo con le migliori aspettative di vita)⁸⁵ o l'interesse dei genitori ad affrontare le sfide, di diversa natura, derivanti dal crescere un figlio con malattie altamente invalidanti. Connessa al criterio dirimente rispetto alla decisione morale, emerge la differenza tra obblighi morali genitoriali. Se per il PNT l'obbligo morale pare più stringente, perché si concretizza nella scelta se evitare o meno una malattia a quello specifico individuo, per il MST l'obbligo appare più controverso derivante da un'operazione di riproduzione selettiva paragonabile alla diagnosi genetica preimpianto. Ancora lungo tale linea di riflessione, assumendo che le MRTs siano intrinsecamente eugenetiche in quanto orientate a migliorare il pool genetico (mitocondriale) delle generazioni future, il MST risulterebbe più facilmente soggetto a obiezioni morali in quanto orientato a selezionare quale individuo far nascere, data la natura *identity-affecting* della procedura⁸⁶.

Altri autori, pur riconoscendo la pertinenza dell'identità numerica e dell'*Origin View* quali lenti di analisi etica delle MRTs, hanno sollevato diverse obiezioni all'impiego del *Non-Identity Problem* come descritto. Innanzitutto sottolineando come il ragionamento risulti debole se ancorato al generico *gamete essentialism*, perché noncurante del fatto che ricorso alle MRTs (sia MST, che PNT) implichi una selezione anche dell'ovocita. L'impiego di una forma di *ovular essentialism*, per quanto mai sostenuta nella letteratura e certamente controversa, avrebbe dimostrato la fallacia del ragionamento⁸⁷. Inoltre, rispetto alla natura *identity-preserving* del PNT, c'è chi sostiene che in realtà un'entità cellulare principia a esistere quando è in grado di regolare e coordinare i propri processi vitali, continua a esistere finché vi riesce e cessa di esistere quando ne perde la capacità⁸⁸. Pertanto l'enucleazione di un ovocita o di uno zigote costituirebbe in ogni caso la cessazione dell'esistenza di quella *specifica* vita cellulare, a prescindere dal momento della fecondazione⁸⁹. Nondimeno, il *Non-Identity Problem* in termini di *gamete essentialism* richiederebbe, per essere solida, una più specifica analisi del significato attribuito al corredo genetico. Gli autori che riflettono su tale questione danno per assunto il fatto che l'identità

⁸⁵ J. SAVULESCU, *Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children*, in *Bioethics*, 15, 2001, 413–426.

⁸⁶ A. WRIGLEY et al., *op. cit.*, 638.

⁸⁷ T. LEWENS, *The fragility of origin essentialism: Where mitochondrial 'replacemet' meets the non-identity problem*, in *Bioethics*, 35, 2021, 619, come evidenziato da T. RULLI, *The mitochondrial replacement "therapy" myth*, in *Bioethics*, 31, 2016, 370.

⁸⁸ S.M. LIAO, *Do Mitochondrial Replacement Techniques affect Qualitative or Numerical Identity?*, in *Bioethics*, 31, 1, 2017, 22-23.

⁸⁹ *Ivi*, 26.

numerica *segua* il genoma nucleare⁹⁰, vale a dire che l'identità numerica, a differenza di quanto sostenuto come premessa da tali autori, non abbia come criterio di identificazione i gameti, bensì solo una loro parte: i cromosomi del DNA nucleare⁹¹. In altri termini, benché tali autori propongano come criterio dirimente dell'identità numerica i gameti, e dunque i gameti nella premessa appaiano quali elementi basilari per la definizione dell'identità numerica, nello sviluppo delle proprie argomentazioni giungono, per implicito, a far coincidere l'identità numerica esclusivamente con una *parte* dei gameti, vale a dire il loro DNA nucleare.

7. Ulteriori riflessioni etiche sulle MRTs e sull'identità dei nati

Benché contestata, la distinzione tra MST e PNT in virtù della loro essere intrinsecamente *identity-affecting* (quando l'impiego della procedura implica una differenza di identità dell'individuo che ne nascerà) o *person-affecting* (quando al ricorso alla tecnica può potenzialmente conseguire un danno a uno specifico individuo)⁹² risulta funzionale alla classificazione delle MRTs quali terapie. Quest'ultima nozione è cruciale nell'ambito bioetico in quanto, per alcuni, il discrimine tra accettabilità morale di una tecnica e sua inaccettabilità risiederebbe specificatamente nel fatto che essa sia qualificabile come terapia o che terapeutici ne siano gli scopi. Si tratta del bioconservatorismo, le cui implicazioni sociali e politiche sono spesso limitanti rispetto alla creazione di nuovi diritti, siano essi connessi alla scienza o alla libertà individuale. In tal senso, gli autori qualificabili come "bioconservatori", offrono argomentazioni a favore dell'implementazione di nuove tecnologie esclusivamente quando indirizzate a curare specifiche patologie esistenti. Diversamente, l'espansione di diritti sulla scia del costante progresso tecno-scientifico sembrerebbe sospetta sul piano morale, perché l'identificazione di uno scopo prettamente terapeutico risulterebbe di difficile realizzazione. In particolare, rispetto alle MRTs, si è in precedenza presentato il dibattito in corso nell'ottica di permettervene l'accesso anche alle coppie di donne intenzionate a costituire un legame genetico con il nascituro e in assenza di indicazioni cliniche rispetto a mutazioni mitocondriali. Alcune voci sostengono infatti che né il MST, né il PNT risultino terapie, in quanto l'enucleazione sia dell'ovocita, sia dello zigote, comporterebbe la cessazione dell'esistenza delle cellule in oggetto e la conseguente nascita di un nuovo individuo e non la cura di uno specifico individuo. Entrambe le tecniche si presenterebbero non quali terapie, a prescindere dall'orientamento sessuale di chi decida di farvi ricorso⁹³. A tale impostazione si può comunque contestare che il ricorso alle MRTs, considerata la loro attuale scarsa sicurezza e i grandi interrogativi scientifici non ancora sciolti, richiederebbe un beneficio morale elevato per essere autorizzato, come, per esempio, il fatto di presentarsi quali terapie efficaci per individui già esistenti. Diversamente, il deside-

⁹⁰ C. PALACIOS-GONZÁLEZ, *Are there moral differences between maternal spindle transfer and pronuclear transfer?*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 20, 2017, 506.

⁹¹ Si tratta di dare luogo a una declinazione dell'*origin essentialism* nella forma di *chromosomal essentialism*, ma non sono state fornite specifiche argomentazioni a riguardo, vd. T. LEWENS, *op. cit.*, 620-621.

⁹² R. SPARROW, *Human germline genome editing: On the nature of our reasons to genome edit*, in *American Journal of Bioethics*, 2021, 4.

⁹³ G. CAVALIERE, C. PALACIO-GONZÁLES, *Lesbian motherhood and mitochondrial replacement techniques: reproductive freedom and genetic kinship*, in *J Med Ethics*, 44, 2018, 836; cfr. M. LIAO, *op. cit.*, 22-23.

rio, foss'anche moralmente rilevante, di avere un figlio geneticamente legato a sé risulterebbe problematico fintanto che non si spieghi quale significato esistenziale si attribuisce al mtDNA, se la sua minuscola quantità sia rilevante nella definizione di un legame (0,1% contro il 99,9% di DNA nucleare) e se il fatto che il legame genetico si stabilisca dopo il concepimento abbia qualche peso⁹⁴.

Inoltre appare significativo notare come le MRTs siano recentemente divenute oggetto di studio non più per prevenire mutazioni nel mtDNA, bensì per innalzare la qualità degli ovociti per i comuni trattamenti di fecondazione assistita, specialmente per le donne in età avanzata. Si tratta di considerare l'invecchiamento anagrafico, o dettato da condizioni endocrine patologiche, delle cellule riproduttive femminili e il conseguente impatto sui tassi di successo delle fecondazioni⁹⁵. La sostituzione mitocondriale si è rivelata potenzialmente fruttuosa come strategia di innalzamento dei risultati in questo senso, prescindendo completamente dall'originario senso, presunto o effettivo, terapeutico avverso le disfunzioni mitocondriali.

Sempre da un punto di vista etico occorre domandarsi se effettivamente le MRTs siano in grado di produrre una sofferenza psico-sociale nei nati, a causa della confusione nella creazione della propria identità personale a causa del contributo genetico (mitocondriale) di una donatrice⁹⁶. Certamente non si può sottovalutare come «health and illness are states of being that very much inform personal identity»⁹⁷ e, pertanto, come il ruolo del mtDNA sia cruciale rispetto all'insorgenza o meno di malattie mitocondriali. Tuttavia, anche tenuti in considerazione gli studi sui nati da dono di gameti (PMA eterologa), appare ragionevole argomentare che l'identità personale, in un senso qualitativo, prenda forma e si consolidi non anche, e soprattutto, in relazione alla società e alla comunità in cui si è collocati⁹⁸, alle relazioni che si instaurano e all'elemento narrativo. Quest'ultimo coincide con l'evidenza ormai acclarata del ruolo della narrazione nella costruzione del sé: storie di concepimento, di ricerca di soluzioni riproduttive, storie proposte dai genitori e dalla rete affettiva ai nati durante la crescita⁹⁹. Non solo, anche le storie proposte dai mass media e dagli altri vettori di comunicazione pubblici, che si collocano in una posizione cruciale rispetto alla possibilità degli individui nati dalle biotecnologie riproduttive, e non solo, di identificarsi e di creare la propria identità. Infine, rispetto al tema dell'identità e delle origini bio-genetiche dei nati da MRTs, sembra opportuno evidenziare come la conoscenza del proprio corredo genetico non sempre sia rilevante nell'ambito di quel *sense of self* in cui ciascuno

⁹⁴ W. SIMKULET, *Mitochondrial Replacement Techniques, the Non-Identity Problem, and Genetic Parenthood*, in *Asian Bioethics Review*, 13, 2021, 333.

⁹⁵ E. BABAYEV, F.E. DUNCAN, *Age-associated changes in cumulus cells and follicular fluid: The local oocyte microenvironment as a determinant of gamete quality*, in *Biol Repr*, 2022, online first; J.L. CHIANG et al., *Mitochondria in Ovarian Aging and Reproductive Longevity*, in *Ageing Res Rev*, 63, 2020, 1-12; G.N. CECCHINO, *The role of mitochondrial activity in female fertility and assisted reproductive technologies: overview and current insights*, in *RBM Online*, 36, 2018, 686-697.

⁹⁶ J.P. APPLEBY, *The ethical challenges of the clinical introduction of mitochondrial replacement techniques*, in *Med Health Care and Philos*, 18, 2015, 505.

⁹⁷ F. BAYLIS, *The ethics of creating children with three genetic parents*, in *Reprod. BioMedicine Online*, 26, 2013, 532

⁹⁸ J.L. SCULLY, *A Mitochondrial Story: Mitochondrial Replacement, Identity and Narrative*, in *Bioethics*, 31, 1, 2017, 41; cfr. S. LAWLER, *Identity*, Cambridge, 2008.

⁹⁹ J.L. SCULLY, *op. cit.*, 42-43.

racchiude le qualità individuali atte a descrivere la propria identità¹⁰⁰, ma che in questo contesto prevalgono quasi sempre tratti e caratteristiche che prescindono dal proprio genoma.

Ulteriori obiezioni di ordine etico possono essere sollevate rispetto alla pratica dell'ovodonazione, che alcuni sollevano nello specifico nel contesto delle MRTs, ma che si concretizza come possibile rischio per la salute ormonale, fisica in generale e psichica delle donatrici a prescindere dell'uso finale degli ovociti¹⁰¹. Per ciò che riguarda la classificazione delle MRTs quali tecniche di editing della linea germinale non vi sono ampi margini di dubbio e, in questa sede, le implicazioni etiche dell'implementazione di simili tecnologie non troverà spazio. Non certo per una mancanza di interesse o rilievo, ma perché trattasi degli elementi più frequentemente considerati e discussi in relazione alla donazione mitocondriale, a discapito di altri temi sovente tralasciati e ai quali si è preferito offrire spazio¹⁰².

8. Conclusioni

Le MRTs, lungi dall'aver esaurito la capacità di studiosi e scienziati di interrogarsi sui loro riflessi, appaiono oggi ancora ampiamente sconosciute nei possibili effetti sulle generazioni future di concepiti con tali tecniche. Sembra ragionevole inoltre ipotizzare che la frammentazione, nonché la scarsità, di disposizioni in merito alle stesse renderà sempre più frequente il fenomeno della *Cross Border Reproductive Care* (CBRC), che porterà potenziali interessati alla tecnica a spostarli nei Paesi in cui sia possibile realizzarla. Nel frattempo si fa strada l'intenzione di impiegare le MRTs anche per scopi diversi dalla prevenzione di malattie mitocondriali, vale a dire per creare un doppio legame genetico tra una coppia di donne e il loro potenziale bambino, nonché per aumentare la qualità ovocitaria nella fecondazione assistita, specialmente per donne in età avanzata. Alcune problematiche inerenti alle MRTs costituiscono punti nevralgici, e spesso critici, già delle biotecnologie riproduttive in generale: il tema delle origini biogenetiche dei nati da dono di gameti e da donazione mitocondriale, il ricorso all'ovodonazione con conseguente potenziale sfruttamento delle donatrici. In tale contesto assume precipua rilevanza un pensiero filosofico che sappia muoversi dai dati biologici, ma non rimanervi ancorato. Al fine di provare a proporre soluzioni che tengano conto degli individui non come monadi avulse dal mondo in cui sono calate, alla stregua di cellule solitarie in asettici laboratori, bensì della specifica natura umana di costruzione della propria personalità, e dunque identità, in relazione ai contesti sociali, culturali e affettivi in cui è posta. Senza dimenticare la responsabilità collettiva che siamo chiamati a sviluppare rispetto alle narrazioni che scegliamo di evocare e nutrire rispetto alle biotecnologie riproduttive, a partire dal linguaggio che scegliamo di implementare. Le sfide aperte dalle tecniche di donazione mitocondriale appaiono ancora molteplici e foriere di importanti questionamenti. Per tali ragioni sembrerebbe opportuno approfondire, da un lato, la riflessione sottesa alla tematica delle

¹⁰⁰ J.B. APPLEBY, *op. cit.*, 2018, 269; vd. D. BROCK, *Human cloning and our sense of self*, in *Science*, 296, 2002, 314–6.

¹⁰¹ A titolo di più che succinta spiegazione, basti pensare che il prelievo degli ovociti necessita l'impiego di tre classi di farmaci: finalizzati allo stimolo dei follicoli, all'inibizione dell'ovulazione e atti all'induzione dell'ovulazione. Vd. R. TALEVI, R. GUALTIERI, *Biologia e Tecnologie della Riproduzione Umana*, Padova, 2019, 233.

¹⁰² Per un'ampia trattazione del rapporto tra diritto, genetica e genomica si veda, tra gli altri: AA.VV., *Law, Genetics and Genomics: An Unfolding Relationship – Special Issue*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, Special Issue 1, 2021, 1-460; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano, 2018, 375-405.

MRTs e che le accomuna ai generici casi di dono di gameti. Il profilo dell'identità bio-genetica, della sua comprensione e dei diritti a essa connessi, appare costantemente chiamato in causa.

Da parte di chi scrive non residuano dubbi circa l'interpretazione del concetto di identità rispetto alle MRTs e al dono di gameti: la componente relazionale, latamente intesa, si presenta preminente nell'analisi del rapporto genitore-figlio. Anche quando quest'ultimo derivi dalla, più o meno necessaria, donazione di cellule riproduttive da parte di un soggetto estraneo a chi dà vita al progetto parentale. Al contempo, appare contestabile la possibilità di istituire, sul piano giuridico, una discriminazione tra soggetti nati dal dono di gameti *tout-court* e soggetti nati a seguito di impiego di MRTs. In altri termini, la possibilità che in un ordinamento coesistano il diritto di accesso alle proprie origini per i nati da dono di ovociti e spermatozoi e l'inesistenza di un analogo diritto per i nati da MRTs si manifesta chiaramente discriminatoria. Infatti l'impiego del discrimine quantitativo (quanta porzione di DNA il nato e la donatrice abbiano in comune) non risulta difendibile, salva l'opzione di istituire un sistema di misurazione tanto rigoroso, quanto assurdo sul piano concettuale, al fine di fissare un'ipotetica asticella oltre la quale il contributo genetico risulti quantitativamente rilevante per porsi quale elemento dirimente nella questione identitaria.

In ultima istanza, e considerato la ridotta rilevanza, secondo chi scrive, del profilo bio-genetico nella definizione tanto dei rapporti parentali, quanto della nozione e dell'espressione dell'identità personale di un soggetto, notevoli dubbi permangono circa l'impiego delle MRTs. Benché queste ultime si possano profilare quale valido strumento di prevenzione di malattie altamente invalidanti nei nascituri, appare manifesta la possibilità di ottenere il medesimo risultato preventivo ricorrendo ad altre valide soluzioni. In questo senso non si vuole assolutamente sostenere la visione, sovente rintracciabile in dottrina e in letteratura, di un accostamento concettuale o pratico tra tecniche di fecondazione assistita, *lato sensu*, e adozione. Bensì si intende supportare la possibilità del ricorso a tecniche, come l'ovodonazione, che potrebbero restituire un senso di genitorialità paragonabile a quello ricercato con il ricorso alle MRTs. Una proposta che, indubbiamente, troverebbe contrari i fautori di una visione che voglia, e sottenda, alla genitorialità una connessione bio-genetica con il nascituro. Visione questa, purtroppo, molto diffusa tra i pazienti interessati a simili tecniche procreative e che spesso, come la letteratura dimostra, sono condotti a simili posizioni da una mitizzazione della genetica, anche a livello mediatico.

Conseil constitutionnel (2021-821 DC du 29 juillet 2021) Recherches sur l'embryon, droit, éthique

*Franck Laffaille**

CONSEIL CONSTITUTIONNEL (2021-821 DC, 29 JULY 2021). EMBRYO RESEARCH, LAW, ETHICS.

ABSTRACT: In this decision on 29th July 2021, the French Constitutional Council declares in conformity with the Constitution the innovations instituted by the legislator: the right to carry out research for improving knowledge of human biology, the right to create transgenic or chimeric embryos. The Constitutional Council adopts a self-restraint position, granting the legislator ample discretionary freedom in terms of ethical choices. This decision is important since it allows to reflect both on the status of the embryo with regard to free scientific research and on the principle of human dignity.

KEYWORDS: human embryo; freedom of scientific research, human dignity; enhancement; gene editing

RÉSUMÉ: 1. Introduction – 2. Les novations législatives instituées – 3. Les griefs des députés saisissants – 4. La jurisprudence constitutionnelle en matière de recherches sur les embryons – 5. La constitutionnalité des recherches améliorant la connaissance de la biologie humaine – 6. La constitutionnalité de la création d'embryons transgéniques ou chimériques – 7. Les autres dispositions législatives déclarées constitutionnelles – 8. Ambivalent statut de l'embryon et libre recherche scientifique – 9. Incontournable mais discuté principe de dignité de la personne humaine – 10. Conclusion.

1. Introduction

Saisi par plus de soixante députés, le Conseil constitutionnel se prononce, le 29 juillet 2021, sur la régularité constitutionnelle de la loi n°2021-1017 relative à la bioéthique. Ce faisant, il est amené à appréhender l'une des questions éthiques les plus débattues depuis plusieurs décennies: le statut de l'embryon, la recherche sur l'embryon, la protection de l'embryon¹. Il est ainsi demandé – tâche ô combien ardue – au juge de trancher, a priori au regard de la seule juridicité, des enjeux inhérents à l'ontologie même de l'humain. Il n'est pas anodin que le principe évoqué de manière récurrente soit le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, sans pour autant, toutefois, que ce principe s'avère un sésame herméneutique.

Depuis la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 (interdisant toute recherche sur l'embryon) et la décision n° 94-343/344 DC du Conseil constitutionnel (octroyant valeur constitutionnelle au principe de la sauve-

* Professeur de droit public; Faculté de droit de Villetaneuse (IDPS), Université de Paris XIII (Sorbonne-Paris-Nord). Mail: francklaffaille1967@gmail.com. L'article a été soumis à une double évaluation anonyme.

¹ D. CRISTOL, *L'embryon dans la loi de bioéthique*, in *RDSS*, 5, 2021, 778.

garde la dignité de la personne humaine), bien des évolutions sont advenues. Au-delà des débats philosophiques, éthiques, économiques survenant, une évidence s'impose: la libéralisation continue de la recherche sur l'embryon, phénomène rendu possible par les dispositions de la loi n°2013-715 du 6 août 2013 mettant fin à l'interdiction posée en 1994. La loi n°2021-1017 du 29 juillet 2021 accentue ce mouvement de libéralisation: il est possible de conduire des expérimentations sur l'embryon pour «améliorer la connaissance de la biologie humaine» (article 20 de la loi), et créer des embryons transgéniques ou chimériques (article 23 de la loi).

On assiste à un double mouvement, contradictoire. D'un côté, la libéralisation de la recherche scientifique – ici, l'expérimentation sur les embryons *in vitro* – est regardée indispensable pour permettre des avancées médicales significatives. De l'autre, apparaît la volonté de fixer un cadre et des limites à ces expériences en raison des dérives eugénistes susceptibles de naître, dérives attentatoires aux principes éthiques que l'on entend préserver. Qui n'a pas en mémoire les expériences menées en Chine en 2018 par He Jiankui? Ce dernier met au monde des jumelles à l'ADN modifié afin de les rendre résistantes au virus du Sida dont est porteur leur père². Que l'homme ait fait l'objet d'une condamnation pénale en Chine et que de telles expériences demeurent interdites sur le territoire français ne change guère la donne; la boîte de Pandore a bien été ouverte.

Il est frappant de constater que le législateur peine à suivre les novations scientifiques et hésite, ce qui est compréhensible, entre les différents chemins proposés par les scientifiques alors même qu'il n'existe guère consensus. Dès 1994, le sénateur Taittinger s'alarmait de cette césure temporelle et substantielle entre contenu de la loi et «évolution rapide de la biologie»³. Les évolutions scientifiques sont à ce point rapides – et les connaissances à ce point remises en question – que nombre de dispositions, à peine adoptées par le législateur, suscitent interrogation. Ainsi, la loi n°2021-1017 retient la durée de quatorze jours s'agissant des expériences menées sur le développement de l'embryon *in vitro*; il est ensuite détruit. Cette barrière temporelle correspond au début de la gastrulation, moment où s'installent les deux premiers feuillettes (l'ectoderme et l'endoderme); émergent alors l'épiderme et le système nerveux (ectoderme), le système digestif et les poumons (l'endoderme); un troisième feuillet – le mésoderme – donne les organes internes⁴. Or, il s'avère que la Société internationale pour la recherche sur les cellules souches ne retient plus ce seuil de 14 jours dans les recommandations qu'elle formule en mai 2021. Comme le souligne E. Roumeau, à peine l'encre législative a-t-elle séché que les exigences posées par la norme votée sont potentiellement obsolètes pour une partie de la communauté scientifique⁵.

Le législateur doit passer sous les fourches caudines du contrôle de constitutionnalité des lois. A lire les quatre décisions rendues par le Conseil constitutionnel en 1994 (n°94-343/344 DC), 2013 (n°2013-

² He Jiankui est condamné en décembre 2019 à trois ans de prison par un tribunal chinois pour manipulation génétique d'embryons illégale à des fins de reproduction. www.sciencesetavenir.fr.

³ P.-C. TAITTINGER, *JO Sénat CR*, 15 janvier 1994, 147. Cité par J.-R. BINET, *Recherche sur l'embryon: la science rattrapée par la loi?*, in *Sociologie et société*, XLII, 2, automne 2010. <https://www.erudit.org/fr/revues/socsoc/2010-v42-n2-socsoc3977/045357ar/>.

⁴ www.futura-sciences.com.

⁵ E. ROUMEAU, *L'embryon comme objet d'expérimentation de retour devant le juge constitutionnel. A propos de la décision n°2021-821 DC du 29 juillet 2021*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2. <https://journals.openedition.org/revdh/13047>.

674 DC), 2016 (n°2015-727 DC), 2021 (2021-821 DC), apparaît une jurisprudence laissant au législateur un entier pouvoir discrétionnaire. Les enjeux éthiques semblent par trop controversés pour que le juge ose recourir à la puissance prétorienne qui est sienne; auto-limitation il y a⁶. Or, on sait qu'un juge qui adoube les choix du législateur – sur des questions éthico-morales – le fait avant tout pour préserver sa légitimité au sein du système institutionnel dont il est membre. Que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un «pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement» est une formule connue que l'on retrouve dans nombre de décisions. Elle relève d'un truisme organique et fonctionnel: le Conseil constitutionnel n'est pas le Parlement, ne possède pas d'identiques attributions et n'assume pas d'identiques fonctions. Reste que le Conseil constitutionnel use de son pouvoir de «législateur négatif» (Kelsen) quand il le désire, allant même jusqu'à s'ériger, parfois, en pouvoir constituant dérivé. Confronté à des enjeux éthiques relatifs à la nature même de l'humain, le Conseil constitutionnel préfère adopter une position de retrait qui est tout sauf neutre. Dès lors que le législateur décide – à tort ou à raison – de libéraliser les recherches scientifiques sur l'embryon, opérer un contrôle juridictionnel si restreint qu'il en devient inexistant consiste, automatiquement, à se prononcer en faveur des dispositions législatives votées.

Plusieurs points méritent intérêt pour opérer commentaire de la décision n°2021-821 DC du Conseil constitutionnel. Il convient de décrire les novations législatives instituées (1), de préciser les griefs des députés saisissants (2), et de rappeler la jurisprudence constitutionnelle en matière de recherches sur les embryons (3). Le Conseil constitutionnel ne censure pas les deux dispositions législatives au cœur du texte de loi: le droit de réaliser des recherches pour améliorer la connaissance de la biologie humaine (4), le droit de créer des embryons transgéniques ou chimériques (5). Après avoir évoqué les autres dispositions législatives déclarées constitutionnelles (6), il convient de s'appesantir sur le statut de l'embryon au regard de la libre recherche scientifique (7) que sur le principe de dignité de la personne humaine (8).

2. Les novations législatives instituées

A lire les travaux préparatoires de la loi de 2021, une intervention législative est impérative au regard des évolutions scientifiques survenues. Deux dispositions de la loi sont particulièrement au cœur du dispositif législatif et de la décision du Conseil constitutionnel: l'article 20 et l'article 23.

L'article 20 de la loi déferée procède à un élargissement du champ des recherches susceptibles d'être menées sur les embryons humains. Antérieurement, seules pouvaient être conduites des recherches possédant une «finalité médicale» (loi de 2013); désormais, il est également loisible aux chercheurs de mener des études pour «améliorer la connaissance de la biologie humaine». L'ajout sémantique n'est pas de peu puisque nous passons d'une logique *médicale* à une logique *d'amélioration*; cette dernière notion n'a pas manqué de raviver – lors des débats parlementaires – la crainte de dérives eugéniques.

⁶ Pour une critique de la décision de 1994 – le Conseil constitutionnel affirmant l'exigence constitutionnelle de protection de l'embryon tout en conférant tout en accordant un législateur un ample pouvoir discrétionnaire - voir B. MATHIEU, *La question de la recherche sur l'embryon au regard des exigences du respect des droits fondamentaux et notamment du principe de dignité*, in RFAJ, 2000, <https://www.rajf.org/spip.php?article15>.

Les possibilités ouvertes par la notion – fort générique – d'amélioration inquiètent. Certes, le législateur indique qu'il s'agit d'améliorer «la *connaissance* de la biologie humaine» et non l'être humain; reste que la différence s'efface lorsque l'on sait que l'essor de la connaissance ne peut venir que d'expérience conduite sur des embryons dont le statut même fait débat.

L'article 23 autorise la création d'embryons transgéniques ou chimériques. Par embryon *transgénique*, il faut entendre un embryon dont le génome ADN a été modifié, une ou des séquences d'ADN (lui appartenant) ayant été supprimées ou (ne lui appartenant pas) ont été ajoutées. Cela emporte modification du patrimoine génétique de l'embryon; sont modifiées les cellules donnant les gamètes, à savoir les cellules permettant la reproduction. Un embryon est qualifié de *chimérique* lorsque cohabitent en son sein deux types de cellules connaissant des ADN différents; soit sont ajoutées des cellules animales à un embryon humain, soit sont ajoutées des cellules humaines à un embryon animal. Si la chimère relève d'un imaginaire mythologique ancien, elle est une réalité expérimentale : en avril 2021, une équipe sino-américaine crée des embryons composés de cellules humaines et de cellules de singe⁷. Quant au législateur français, il prohibe toute modification d'un embryon humain par adjonction de cellules provenant d'autres espèces. La modification de l'article 16-4 du code civil vise d'ailleurs à interdire les expérimentations dont la finalité est de transformer des caractères génétiques pour modifier la descendance. Reste que le droit français doit être modifié – à lire les travaux préparatoires de la loi de 2021, cf. l'étude d'impact⁸ – en raison des dernières évolutions scientifiques relatives aux techniques de modification du génome. Il est notamment fait mention de la technique CRISPR-Cas9. Tant le Conseil d'Etat dans son étude du 28 juin 2018 (*Révision de la loi bioéthique: quelles options pour demain ?*)⁹ que le Comité national consultatif d'Éthique¹⁰ se prononcent en faveur de la levée de l'interdiction de créer des embryons transgéniques et chimériques. Ne plus interdire la création d'embryons transgéniques/chimériques s'avère indispensable au nom certes de la Science. Tel est le propos avancé par la Ministre des solidarités et de la santé lors de son audition devant la Commission spéciale de l'Assemblée nationale : les nouvelles techniques permettraient de mieux comprendre «les anomalies moléculaires que l'on retrouve dans les cancers des enfants touchant des gènes du développement [...] les traitements ciblés que l'on utilise chez l'adulte n'ont pas beaucoup d'intérêt chez l'enfant»¹¹. Si les recherches sur les embryons dont le génome est modifié sont autorisées, un encadrement survient: elles ne concernent que des embryons in vitro qui ne peuvent être conservés au-delà de quatorze jours. Si des craintes subsistent, elles sont censées disparaître grâce à l'article 16-4 du code civil qui interdit toute expérimentation dont la finalité est de transformer des caractères génétiques afin de modifier la descendance. Quant aux embryons chimériques, le législateur a posé un garde-fou: si un

⁷ Ces embryons sont cultivés in vitro pendant 19 jours. J.-F. BODART, *Premiers embryons «chimères» homme-singe: entre réalité, fantasmes et enjeux éthiques*, www.theconversation.com.

⁸ Citée in Conseil constitutionnel, *Commentaire*, Décision n°2021-821 du 29 juillet 2021, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2021-821-dc-du-29-juillet-2021-communiquede-presse>.

⁹ Cité in Conseil constitutionnel, *Commentaire*, Décision n°2021-821 du 29 juillet 2021, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2021-821-dc-du-29-juillet-2021-communiquede-presse>.

¹⁰ Voir Conseil constitutionnel, *Commentaire*, Décision n°2021-821 du 29 juillet 2021, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2021-821-dc-du-29-juillet-2021-communiquede-presse>.

¹¹ Citée in Conseil constitutionnel, *Commentaire*, Décision n°2021-821 du 29 juillet 2021, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2021-821-dc-du-29-juillet-2021-communiquede-presse>.

embryon animal peut être modifié par adjonction de cellules humaines, un embryon humain ne peut pas être modifié par adjonction de cellules animales.

La science n'est pas le seul argument avancé par le législateur. Celui-ci entend également protéger les intérêts de la science *française*: l'étude d'impact souligne combien «les interdits actuels ne permettent pas aux équipes françaises [...] de travailler sur les derniers développements de la recherche sur l'embryon»¹². Au sein d'une communauté scientifique internationale enserrée dans une impitoyable contrainte de concurrence, la compétitivité française ne doit pas être amenuisée par certaines dispositions législatives¹³. La notion de concurrence emporte des effets inéluctables sur la manière de concevoir les questions éthiques et – donc – sur les novations juridiques à apporter.

3. Les griefs des députés saisissants

Aux yeux des saisissants¹⁴, l'article 20 de la loi –modifiant les articles L. 2151-5 et L. 2151-6 du code de la santé publique et insérant un nouvel article L. 2151-9 – doit être frappé d'inconstitutionnalité. Selon les nouvelles dispositions législatives, les recherches sur l'embryon ou les cellules souches embryonnaires peuvent être menées en vue d'«améliorer la connaissance de la biologie humaine». Auparavant, de telles recherches étaient possibles seulement à raison de *fins médicales*. Cette novation serait inconstitutionnelle dans la mesure où le législateur – qui ne définit ni cette nouvelle finalité ni la notion même d'embryon humain – aurait méconnu l'étendue de sa compétence. De surcroît, le législateur n'aurait institué aucune garantie significative contre des dérives eugénistes en ne fixant pas de «limite opératoire» auxdites recherches scientifiques. Enfin, il serait porté atteinte à la liberté personnelle dès lors qu'est supprimée la mention du consentement écrit du couple (ou du conjoint survivant) dont est issu l'embryon donné à la recherche.

Les députés contestent la régularité constitutionnelle de l'article 23 de la loi déferée qui modifie l'article L. 2151-2 du code de la santé publique. Le principe de l'interdiction de la création d'embryons transgéniques chimériques est supprimé ; lui est substituée une autre interdiction, la modification d'un embryon humain par adjonction de cellules provenant d'autres espèces. En se contentant d'interdire expressément cette dernière prohibition, le législateur autorise la création d'embryons transgéniques ou chimériques par l'introduction de cellules humaines dans un embryon animal. En ne fixant pas d'objectifs et de limites à ce procédé, le législateur aurait méconnu l'intégrité de l'embryon et du patrimoine génétique de l'espèce humaine, tout comme il aurait méconnu le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Pour les députés saisissants, la possibilité de modifier un embryon animal par l'introduction de cellules humaines porte atteinte «à la distinction entre l'homme et l'animal» ainsi qu'à plusieurs principes: le principe de précaution, de la diversité biologique (Préambule de

¹² Etude d'impact, 350. Citée in Conseil constitutionnel, *Commentaire*, Décision n°2021-821 du 29 juillet 2021, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2021-821-dc-du-29-juillet-2021-communique-de-presse>.

¹³ J.-P. MARGUÉNAUD, *La révision des lois bioéthiques et l'évolution de la conception de la personne humaine. Propos conclusifs*, in *Revue générale du droit*, 2020, www.revuegeneraledudroit.eu.

¹⁴ 70 députés du groupe Les Républicains, 9 députés du groupe UDI et indépendants, 1 député du groupe Libertés et Territoires.

la Charte de l'environnement, cinquième alinéa), de la protection de l'environnement (en tant qu'OVC, objectif de valeur constitutionnelle), et de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Outre les articles 20 et 23 – qui sont au cœur de la décision du Conseil constitutionnel (et du débat public) – sont déférés au juge les articles 3, 5 et 25. Quant à la régularité de l'article 3 de la loi – modifiant l'article L. 1244-2 du code de la santé publique – elle est contestée en ce qu'il fixe les conditions dans lesquelles il est possible de procéder à des dons de gamètes. Inconstitutionnalité il y aurait: de telles dispositions autoriseraient toutes les personnes placées sous tutelle ou curatelle à procéder à des dons. L'article 5 de la loi permet à toute personne conçue par AMP (assistance médicale à la procréation) avec tiers donneur d'accéder aux données non identifiantes et à l'identité du donneur. Une commission d'accès à ces données est instituée, à charge pour celle-ci de faire droit, ou non, aux demandes formulées. En ne prévoyant pas les garanties nécessaires afin d'assurer l'indépendance des membres de la commission, ni les conditions d'examen des demandes, ni les voies de recours, le législateur aurait fait montre d'incompétence négative. Il serait encore porté atteinte au principe d'intelligibilité de la loi.

Enfin, l'article 25 de la loi – qui modifie l'article L. 2131-1 du code de santé publique – serait inconstitutionnel selon les députés saisissants. Cet article précise les conditions d'information de la femme enceinte et de l'autre membre du couple lors de la réalisation d'examens prénataux. Plus précisément, l'information de l'autre membre du couple ne peut advenir qu'après l'accord de la femme enceinte. Violation du principe d'égalité il y aurait, ainsi que de la liberté personnelle, du droit à mener une vie familiale normale, ainsi que du droit au mariage.

4. La jurisprudence constitutionnelle en matière de recherches sur les embryons

Dans le passé, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la recherche relative aux embryons. Penchons-nous sur les trois décisions (n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, n°2013-674 DC du 1^{er} août 2013, n°2015-727 du 21 janvier 2016) rendues en la matière. Elles permettent d'éclairer la politique jurisprudence du juge à la veille de se prononcer sur la loi du 29 juillet 2021.

Dans la décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel confère à «la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation» la qualité de «principe à valeur constitutionnelle». Sur le fondement du Préambule de la Constitution de 1946 (visé également dans la décision 2021-821 DC), le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine fait ainsi son entrée dans l'ordonnement juridique français. Il n'est en effet visé expressément par aucune norme constitutionnelle; il s'agit donc d'une œuvre prétorienne. Quant au législateur, il peut à bon droit décider de ne pas assurer la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés. Cela signifie que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie n'est pas applicable aux embryons. S'agissant de la sélection des embryons, les saisissants soutenaient que le principe même d'une telle sélection portait atteinte au principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité. Le juge de la loi refuse de reconnaître l'existence d'un tel principe. Il n'existe aucune disposition constitutionnelle s'opposant à ce que les «conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d'embryons dans les conditions prévues par la loi».

En 1994, tant la loi relative au respect du corps humain que la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal sont déclarées conformes à la Constitution. Point de censure.

Seconde décision évoquant la question de la recherche sur les embryons: celle du 1^{er} août 2013 (n°2013-674 DC). Est déférée au Conseil constitutionnel la loi n°2013-715 (6 août 2013) – modifiant la loi n°2011-814 (7 juillet 2011) – qui autorise la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Là encore, point de censure: l'article unique de la loi est réputé conforme à la Constitution. Certes, constate le juge, le législateur a modifié les conditions permettant l'autorisation de recherche sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires. Toutefois, la novation instituée entend favoriser la recherche à «des fins uniquement médicales; et la délivrance des autorisations de recherche est entourée de garanties effectives. Aussi, les dispositions législatives déférées ne méconnaissent pas le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Le fait que les recherches possèdent une finalité uniquement «médicale» est assurément fondamental pour le Conseil constitutionnel; le propos est d'importance puisque la loi de 2021 procède à une extension matérielle notable en autorisant les recherches en vue d'«améliorer la connaissance de la biologie humaine». En 2013, le Conseil constitutionnel insiste sur les garanties effectives instituées par le législateur: aucune recherche ne peut être réalisée sans autorisation, l'Agence de la biomédecine fixe les conditions d'autorisation des protocoles, les ministres compétents peuvent demander un réexamen du dossier, seuls sont concernés des embryons conçus in vitro dans le cadre d'une AMP, les embryons ne font plus l'objet d'un projet parental, est impératif le consentement écrit préalable du couple dont les embryons sont issus (ou du membre survivant du couple), les embryons ayant fait l'objet de recherches ne peuvent être transférés à des fins de gestation.

Troisième décision du Conseil constitutionnel digne d'intérêt au regard de notre sujet: la décision n°2015-727 du 21 janvier 2016. Si la loi déférée (n°2016-41) est partiellement censurée, ladite censure ne concerne pas les dispositions relatives à l'embryon. Est en effet déclaré conforme à la Constitution le § III de l'article 155 de la loi: celui-ci permet que soient réalisées des recherches biomédicales sur des gamètes. Cela est désormais possible alors même que ces gamètes sont destinés à constituer un embryon ou un embryon in vitro avant ou après son transfert à des fins de gestation. Il n'est point porté atteinte, selon le juge, au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, et ce pour plusieurs raisons: les dispositions déférées permettent de réaliser des essais cliniques avec des techniques en cours de développement et visant à améliorer l'efficacité des méthodes de PMA, ou à prévenir ou soigner des pathologies chez l'embryon ... les essais cliniques – menés au bénéfice de l'embryon ou de la recherche (PMA) – n'exposent pas l'embryon «à un risque sans proportion avec le bénéfice attendu» ... le consentement de chaque membre du couple est exigé pour que les essais cliniques soient autorisés ... ces derniers doivent s'inscrire dans un cadre respectant les garanties prévues par le code de santé publique ... une autorisation préalable doit être donnée par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ... respect du principe de la primauté de l'intérêt de la personne qui se prête à une recherche il doit y avoir ... un ultime principe mérite respect, celui de l'évaluation de la balance entre les risques et les bénéfices.

Une fois (rapidement) évoquées les trois décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière d'embryons, il est loisible de constater l'absence de censure. Il est laissé une ample marge d'appréciation au législateur, ample marge qui est de nouveau au cœur du raisonnement du juge dans la décision de 2021.

5. La constitutionnalité des recherches améliorant la connaissance de la biologie humaine (article 20 de la loi déferée)

Avant la loi nouvelle, les recherches sur l'embryon étaient possibles seulement à «des fins médicales»; désormais, des recherches peuvent être conduites pour «améliorer la connaissance de la biologie humaine».

Avant même de se prononcer sur cet ajout, le Conseil constitutionnel se penche sur la notion «d'embryon humain»; selon les députés saisissants, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence en ne définissant pas cette notion. Le Conseil constitutionnel – constatant que la législation d'aujourd'hui est identique, sur ce point, à la législation d'hier – affirme que le législateur n'a pas utilisé de «termes [...] imprécis» en recourant à la notion d'«embryon humain». A dire vrai, l'assertion du Conseil constitutionnel est discutable: on ne saurait soutenir que l'expression «embryon humain» est dénuée d'ambivalence: en effet, il n'existe pas de consensus en la matière. C'est la raison pour laquelle les lois relatives à l'embryon suscitent tant de controverses éthiques, politiques, juridiques. Que le Conseil constitutionnel entende octroyer un ample pouvoir discrétionnaire au Parlement peut se comprendre; de là à soutenir que la sémantique législative est synonyme de précision, il y a un pas difficile à franchir...

Le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence, contrairement à ce que soutiennent les députés saisissants. La loi prévoit – en présence de recherches portant sur l'embryon ou les cellules souches embryonnaires – l'intervention d'une autorité, l'Agence de la biomédecine; celle-ci autorise les recherches et réceptionne les déclarations exigées. Grâce à l'encadrement institué via ce processus d'autorisation/déclaration, des recherches peuvent être entreprises – y compris quand elles ne présentent pas un «intérêt médical immédiat» – pour améliorer la «connaissance de la biologie humaine». De cela, le Conseil constitutionnel tire la conclusion que le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence.

La quête d'une amélioration de la connaissance de la biologie humaine risque – selon les députés – de conduire à des dérives eugéniques; le législateur aurait ouvert la boîte de pandore en ne prévoyant pas des garanties adéquates. Le juge fait mention *du* principe au cœur du droit constitutionnel contemporain (le droit constitutionnel des droits fondamentaux): le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Fidèle à la jurisprudence posée en 1994, le Conseil constitutionnel fait lecture du Préambule de 1946: «Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés». Il est ainsi rappelé que «la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle». Quid

alors de la nouvelle finalité de recherche instituée par le législateur, à savoir *l'amélioration de la connaissance de la biologie humaine*? Pour le juge, il n'est aucunement dérogé au principe d'interdiction des pratiques eugéniques qui viseraient à sélectionner des personnes (article 16-4 du code civil). Une telle prohibition a précisément pour but d'assurer le respect du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine; or, les dispositions législatives contestées soumettent tout recherche sur l'embryon humain ou les cellules souches au respect de ce principe. Ici, il est frappant de constater combien le Conseil constitutionnel ne répond pas aux questions soulevées; il se contente d'un raisonnement légaliste-formaliste afin de ne pas cogiter sur ce que signifie (ou pourrait signifier) des recherches visant à *améliorer la connaissance de la biologie humaine*. Le renvoi au (louable) principe posé par l'article 16-4 du code civil révèle, en un sens, l'embarras du juge: alors qu'il lui est demandé de réfléchir sur la régularité constitutionnelle d'une nouvelle norme, il se réfère à une autre norme de même valeur (l'article 16-4 du code civil). La relation loi/Constitution – par définition au cœur du contrôle de la constitution des lois – est éludée au profit d'une relation loi (nouvelle)/loi (ancienne). Le juge neutralise de facto son office; parce qu'il souhaite ne pas entraver la liberté d'action du législateur, il refuse de réfléchir sur les potentialités ouvertes par la novation législative instituée. A la question posée – le principe de dignité de la personne humaine est-il méconnu à raison de la possibilité d'accomplir des recherches sur les embryons pour *améliorer la connaissance de la biologie humaine*? – nulle réponse. Le Conseil constitutionnel se retranche derrière une logique légaliste/formaliste faussement neutre.

A l'aune de ces différents éléments¹⁵, la disposition législative permettant de mener des recherches sur l'embryon - avec la finalité d'améliorer la connaissance de la biologie humaine – est jugée conforme à la Constitution.

6. La constitutionnalité de la création d'embryons transgénique ou chimérique (article 23 de la loi déferée)

L'article 23 de la loi déferée modifie en ces termes le code de la santé publique: est désormais interdite la seule modification d'un embryon humain par adjonction de cellules provenant d'autres espèces. Antérieurement, le code prohibait expressément la création d'embryons transgéniques ou chimériques. La suppression de cette interdiction emporte, selon les députés saisissants, une méconnaissance de l'intégrité de l'embryon et du patrimoine génétique de l'espèce humaine. Si la modification d'un embryon humain par adjonction de cellules animales est toujours prohibée, devient possible la

¹⁵ Deux griefs supplémentaires sont soulevés et non accueillis par le Conseil constitutionnel.

Est écarté le grief tiré de la violation du principe de la liberté personnelle. Une recherche ne peut être conduite – contrairement aux assertions des députés saisissants – qu'à partir d'embryons proposés par le ou les donneurs ; le consentement préalable de ces derniers est exigé.

Le second grief est relatif à la conservation – par les laboratoires de biologie médicale exerçant une activité d'AMP – des embryons proposés à la recherche sans qu'ils soient titulaires d'une autorisation octroyée par l'Agence de Biomédecine. Le principe d'égalité devant la loi n'est pas méconnu selon le juge dans la mesure où les laboratoires en question se trouvent dans une situation différente des autres organismes de recherche (ils bénéficient déjà d'une telle autorisation). La différence de traitement qui est instituée par le législateur repose sur une différence de situation ; cette différence de traitement est en rapport direct avec l'objet de la loi, à savoir la définition des conditions dans lesquelles la conservation d'embryons humains peut être autorisée.

modification d'un embryon animal par l'adjonction de cellules humaines. Un tel procédé serait de nature, aux yeux des députés, à porter atteinte à la distinction homme/animal. Outre la violation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, seraient méconnus l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, le principe de précaution et celui la diversité biologique.

A peine mentionnés les griefs des saisissants, le lecteur comprend que le Conseil constitutionnel ne va pas les regarder fondés. Le juge mentionne le classique truisme en vertu duquel « Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant d'autres dispositions ». Certes, ce rappel ne prend sens qu'au regard des limites inhérentes à l'Etat de droit constitutionnel jurisprudentiel. Aussi le Conseil constitutionnel précise-t-il que le législateur ne doit pas, dans l'exercice de ses attributions, priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. Parmi ces dernières figure le respect principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Quid alors de la possibilité de créer des embryons dits transgéniques (car ont été ajoutés à leur génome une ou plusieurs séquences d'ADN exogènes)? La volonté du Conseil constitutionnel de ne pas censurer le législateur est manifeste au regard de l'argumentation développée: elle est relative à l'autorisation délivrée par l'Agence de biomédecine. Alors qu'une question matérielle, substantielle – éthique – lui est posée, le juge articule ses propos à l'aune des garanties procédurales apportées par cette entité spécialisée. Qu'aucune recherche sur l'embryon humain ne puisse être entreprise sans l'accord de l'Agence de biomédecine ne permet pas d'opérer un idoine contrôle de la constitutionnalité de la loi au regard du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Alors qu'il lui est demandé de réfléchir sur une *question de frontière* – la césure homme/animal – le Conseil constitutionnel décide de ne pas s'appesantir sur les enjeux éthiques en jeu. La stratégie herméneutique est connue : se concentrer sur la forme pour éluder le fond. Aussi le Conseil constitutionnel insiste-t-il sur les garanties formelles/procédures encadrant la recherche sur l'embryon: l'autorisation advient seulement après vérification de la pertinence scientifique de la recherche ... s'inscrivant dans une finalité médicale ... ou visant à améliorer la connaissance de la biologie humaine ... et ne pouvant être menée, en l'état des connaissances scientifiques, sans recourir à des embryons humains. Le raisonnement du juge est à ce point positiviste qu'il n'est pas loin de vider le contrôle de constitutionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel ajoute encore qu'il est impératif que les projets et conditions de mise en œuvre du protocole de recherche respectent les principes fondamentaux visés aux articles 16 à 16-8 du code civil. Qui dira le contraire? L'activité de recherche est soumise au droit en vigueur; cela est fort louable mais on ne voit guère en quoi un tel rappel fait office de *démonstration* dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

Ce dernier ne semblant prendre sens qu'à l'aune d'une argumentation formelle/procédures, le Conseil constitutionnel complète son propos par des développements dédiés à... l'Agence de biomédecine. Celle-ci a pour mission de vérifier que les recherches sont conduites à partir d'embryons in vitro dans le cadre d'une AMP, embryons ne faisant plus l'objet de projet parental. L'Agence de biomédecine peut – à la demande des ministres compétents – réaliser un nouvel examen du dossier, en particulier si surviennent des interrogations quant au respect des principes visés à l'article 16 du code civil. Enfin,

lorsque des recherches ont été menées sur des embryons, ces derniers ne peuvent être transférés à des fins de gestation; 14 jours au plus tard après leur constitution, il est mis fin à leur développement. Le Conseil constitutionnel conclut à l'existence de «garanties effectives» entourant la création d'embryons transgéniques. L'office du juge se réduit ici à lire les dispositions en vigueur pour conclure qu'elles apportent des garanties effectives; on ignore toujours si la création d'embryons transgéniques est – en tant que telle – contraire à des principes constitutionnels, notamment la sauvegarde de la dignité de la personne. Enfin, invoquant les travaux préparatoires, le Conseil constitutionnel souligne que les dispositions contestées portent «uniquement» sur la recherche sur l'embryon humain. Par cette minimisation de la portée des novations législatives, il faut entendre qu'elles n'ont pas pour finalité de modifier le régime juridique applicable à l'insertion de cellules humaines dans un embryon animal. De tout ce qui précède, il s'avère que le grief tiré de la méconnaissance du principe de sauvegarde de la dignité humaine n'est pas accueilli par le juge.

7. Les autres dispositions législatives déclarées constitutionnelles

La décision du Conseil constitutionnel a pour cœur les questions relatives aux recherches améliorant la connaissance de la biologie humaine et à la création d'embryons transgéniques/chimériques. Avant de réfléchir sur ces thèmes fondamentaux que sont le statut de l'embryon et le principe de dignité (cf. les § 7 et 8), il convient de s'arrêter sur les autres dispositions déferées par les députés afin d'opérer lecture exhaustive du sujet.

Le Conseil constitutionnel rejette en premier lieu le grief visant les dispositions de l'article L. 1244-2 du code de la santé publique; celles-ci fixent les conditions dans lesquelles il est possible de procéder à des dons de gamètes. Selon les députés saisissants, ces dispositions permettraient aux personnes placées sous tutelle ou curatelle de réaliser de tels dons; il existerait un risque que la protection que la société octroie à ces personnes fragiles s'en trouve considérablement minorée. Telle n'est pas la position du Conseil constitutionnel: «la critique des requérants n'est assortie d'aucun grief d'inconstitutionnalité particulier». En outre, le juge rappelle que les personnes majeures faisant l'objet de mesures de protection juridique avec représentation (ici les personnes sous tutelle ou curatelle) sont protégées par l'article 11 de la loi déferée (cf. l'article 1241-2 du code de santé publique). Les prétentions des députés ne sont pas accueillies.

Autre disposition contestée par les députés, l'article 5 de la loi déferée. En vertu de ce dernier, les personnes majeures conçues par AMP avec tiers donneur ont le droit d'accéder aux données non identifiantes et à l'identité du donneur. Une commission est créée par le législateur, en charge de faire droit – ou non – aux demandes formulées. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application des règles relatives à la composition et au fonctionnement de la commission. Le législateur, à lire les députés saisissants, aurait fait montre d'incompétence négative en ne prévoyant pas les idoines garanties assurant l'indépendance des membres de la commission, ni les conditions d'examen des recours, ni les voies de recours à l'encontre des décisions de la commission. Enfin, serait méconnu le principe d'intelligibilité de la loi. Le Conseil constitutionnel rappelle qu'il appartient au législateur d'exercer la compétence dévolue par la Constitution sur le fondement de l'article 34 C. Cela commande qu'il adopte des «dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques» en vertu du

principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (cf. les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des DHC de 1789). Dans le cas présent, il appert que la commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur est composée comme suit : un magistrat de l'ordre judiciaire (président), un membre de la juridiction administrative, quatre représentants des ministres compétents, quatre personnalités choisies à raison de leurs connaissances ou de leur expérience dans les domaines visés (AMP ou sciences humaines et sociales), six représentants d'associations dont l'objet social relève du champ d'intervention de la commission. Quant aux modalités d'application des règles relatives à la commission – cf. notamment sa composition – elles sont régies par un décret du Conseil d'Etat par la volonté même du législateur. Ce dernier n'a pas à prévoir – selon le Conseil constitutionnel – des «garanties particulières d'indépendance des membres de cette commission administrative placée auprès du ministre chargé de la santé»; de même, le législateur n'a pas à préciser les conditions d'examen des demandes qui sont adressées à la commission. Le législateur est réputé ne pas avoir méconnu l'étendue de sa compétence ni avoir porté atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Il est regrettable que le Conseil constitutionnel ne s'appesantisse pas davantage sur l'indépendance de la commission au regard de sa composition alors même qu'elle est de nature administrative, placée auprès du ministre chargé de la santé, et composée (notamment) de quatre représentants choisis par certains ministres (de la justice, de l'action sociale et de la santé). Il ne s'agit pas de soutenir que la composition de la commission soulève – en elle-même – un problème en termes d'indépendance. Il s'agit plutôt de rappeler une évidence: le juge ne devrait pas se contenter de propos descriptifs et formel quand il s'agit de penser les garanties inhérentes à l'indépendance d'une institution administrative (la commission) dont le rôle est essentiel en matière de droit fondamentaux. Il nous semble qu'entre précisément dans la compétence du législateur de prévoir des «garanties particulières d'indépendance des membres» d'une commission dite administrative intervenant en un tel domaine.

Une dernière disposition contestée de la loi déferée – l'article 25 – mérite intérêt (information de la femme enceinte et, le cas échéant, de l'autre membre du couple, lors des examens prénataux). Que l'accord de l'autre membre du couple soit subordonné à l'aval de la femme enceinte serait – selon les députés requérants – contraire au principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel rejette cette argumentation tirée de la violation présumée du principe d'égalité. Il le fait en adoptant un raisonnement classique: à situation différente, régime juridique applicable différent. Il s'agit là d'un principe traditionnel du droit public français: le principe d'égalité n'est pas synonyme d'uniformité. En vertu de cette logique différencialiste, il est constaté que la femme enceinte se trouve «dans une situation différente de celle de l'autre membre du couple». Certes, il existe bien une différence de traitement instituée par la loi; cependant, cette différence de traitement est en rapport direct avec l'objet de la loi. Il s'ensuit que le principe d'égalité n'est pas violé.

8. Ambivalent statut de l'embryon et libre recherche scientifique

Le législateur de 1994 interdit la recherche sur l'embryon in vitro en raison des craintes suscitées par d'éventuelles dérives eugénistes. L'embryon mérite intégrale protection en ce qu'il serait un être humain; or, un être humain ne saurait être mis à disposition pour pratiquer des expériences puisque cela

emporterait inacceptable réification. En 2004, si perdure l'interdiction de la recherche sur l'embryon, un régime dérogatoire et temporaire est institué: il devient possible, pour une période de cinq ans, de réaliser des protocoles de recherche. Dès 2006, l'Agence de la biomédecine délivre les premières autorisations de recherche sur les cellules souches embryonnaires humaines. La novation n'est pas de peu au regard de leurs qualités: elles sont auto-renouvelables (création de cellules semblables à la cellule mère via la division cellulaire) et pluripotentes (capacité de se «différencier en n'importe quel type de cellules souches (oculaire, cardiaque, hépatique...) puis en toutes les sortes de cellules spécialisées»¹⁶. En 2011, le législateur interdit de créer des embryons transgéniques et chimériques, prohibition levée par la loi de 2021; ce qui apparaît contraire aux principes éthiques en 2011 devient conformes à ces mêmes principes dix ans plus tard. Tant les avancées scientifiques/médicales que la défense de la compétitivité des chercheurs français apparaissent déterminant dans ce bouleversement normatif. Les principes éthiques semblent élastiques, à savoir malléable en fonction d'une logique concurrentielle (entre équipes de recherches au niveau international). Or, en principe, l'Éthique ne se mesure pas à l'aune d'enjeux qui, in fine, sont autant scientifiques que financiers (cf. aussi les propos relatifs aux intérêts nationaux). La libération de la recherche scientifique conduit à des glissements sémantiques: avant 2013, il fallait invoquer la possibilité de réaliser des *progrès médicaux majeurs* pour opérer des recherches sur l'embryon; à partir de 2013, une *finalité médicale* suffit. Avant 2013, devait être *expressément établie l'impossibilité* de parvenir au résultat escompté via une recherche ne recourant pas à des embryons humains; à partir de 2013, il est seulement impératif de prouver que les embryons ou cellules souches embryonnaires sont *indispensables* à la réalisation de la recherche. Glissement sémantique et assouplissement normatif imminent de concert. Une identique remarque prévaut pour les novations législatives votées en 2021: outre «une finalité médicale», il est loisible de mener désormais des études afin d'«améliorer la connaissance de la biologie humaine». Une autre barrière est tombée, celle interdisant la création d'embryons transgéniques et chimériques.

Ce qui frappe est la dimension insaisissable du statut de l'embryon; c'est précisément pour cela que recherches scientifiques, volontarisme législatif et herméneutique jurisprudentielle se croisent avec tant de difficultés. A partir du moment où l'embryon ne connaît pas de définition précise et unanimement acceptée – et l'on imagine mal que puisse advenir un tel consensus – il demeure un *objet à faible densité juridique*. Par définition, l'embryon ne jouit pas de la protection à laquelle peut prétendre toute personne née et vivante. L'embryon n'est pas une personne puisqu'il est possible de réaliser des expérimentations sans – par définition – son consentement. S'il n'est pas une personne, il est un *objet*. Il est un objet d'expérimentation (car sans projet parental, donc détruit au bout de 14 jours), et non un sujet d'expérimentation (auquel est demandé son consentement éclairé). L'embryon in vitro est un *matériau* sur lequel peuvent *travailler* les scientifiques. Il est autorisé de pratiquer sur un embryon in vitro des expériences emportant modification des caractéristiques transmissibles; de telles expériences sont prohibées lorsqu'elles visent une personne née et vivante. L'embryon in vitro dont le destin est d'être détruit (on *détruit* un objet, non un être humain) n'est pas protégé par le principe de dignité de la personne humaine; au contraire, reçoit protection l'embryon in vitro ayant vocation à

¹⁶ M. MESNIL, *Les recherches sur l'embryon, les cellules souches embryonnaires et les cellules pluripotentes induites: un encadrement en pleine évolution*, in *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 25, 2020, 78. <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-de-la-sante-et-de-l-assurance-maladie-2020-1-page-77.htm>.

être implanté à des fins de gestation. Préservation de l'intégrité génétique il y a dans un cas, non protection de cette intégrité il y a dans l'autre.

Non-personne, l'embryon in vitro n'est pas protégé par le principe de dignité de la personne humaine; il connaît cependant une protection minimale car il n'est pas une entité comme les autres. Mais cette protection advient non pas pour ce qu'il est mais parce qu'il constitue un génome humain; il est protégé au nom de l'intégrité de l'espèce humaine et des valeurs qu'il véhicule. Selon la formule de Jérôme Leborne, l'embryon in vitro est « dépassé par l'intégrité de l'espèce humaine »¹⁷. Protéger l'embryon signifie alors protéger l'humanité en certaines valeurs à ce point fondamentales qu'elles ne peuvent être transgressées (interdiction du clonage, de la sélection des personnes humaines, de l'adjonction de cellules animales à un embryon humain...). Et certains garde-fous normatifs demeurent, que l'on songe à la Convention d'Oviedo de 1997 ou au code civil en son article 16-4. Une prohibition perdue, celle consistant en une « modification dans le génome de la descendance » (Convention d'Oviedo) ou en une modification de la « descendance de la personne ». Jusqu'à quand?

9. L'incontournable mais discuté principe de dignité de la personne humaine

Saisi de dispositions législatives touchant au statut de l'embryon, le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, systématiquement avancé par les saisissants. Cela implique que soient respectés la primauté de la personne humaine et le respect de l'être humain dès le commencement de la vie; le corps humain – inviolable - ne peut faire l'objet d'une appropriation patrimoniale, à peine de porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Lorsque le Conseil constitutionnel confère valeur constitutionnelle au principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, nul doute qu'il s'agit d'une notable avancée conceptuelle. Méritant le qualificatif de *matriciel*, ce principe a vocation à faire émerger d'autres principes constitutionnel; il est censé être le socle d'un Etat de droit constitutionnel plaçant l'humain au centre de son *ethos*.

Lors que le législateur autorise en 2013 les recherches sur l'embryon humain, le respect du principe de la dignité de la personne est une condition sine qua non de la régularité constitutionnelle des dispositions adoptées. A lire le Conseil constitutionnel (décision n°2013-674 DC), « la finalité médicale » des recherches entreprises constitue un élément central pour que ne soit pas méconnu le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Or, à bien y regarder, il n'y a pas de lien entre une finalité louable (la recherche aux fins de finalité médicale) et la préservation du principe de dignité de la personne humaine. Que les recherches soient réalisées dans ce but ne garantit en rien que la dignité de la personne humaine sera préservée. Le Conseil constitutionnel réalise un tour de passe-passe dans la mesure où il ne veut pas répondre à la question que tous se posent¹⁸: une recherche sur l'embryon – quelle que soit sa finalité – emporte-t-elle violation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine? Deux hypothèses: soit une expérience scientifique sur l'embryon n'est pas contraire au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ... soit elle s'avère à ce principe. *Tertium non datur*. Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ne se finalise pas,

¹⁷ J. LEBORNE, *L'embryon et le fœtus, entre personne et chose, entre science et droit: des protections d'intérêts*, in *Revue générale du droit*, 2020, www.revuegeneraledudroit.eu.

¹⁸ J.-P. CAMBY, *Le Conseil constitutionnel et la bioéthique, un silence volontaire*, in *RFDA*, 5, 939.

ne se conditionne pas; il relève de l'ontologie. Il n'y pas de *si* en la matière; il n'y a pas de conditionnalité... La position du Conseil constitutionnel apparaît d'une médiocre cohérence.

Pour tenter de donner cohérence à son propos juridictionnel, le juge opère une lecture objectiviste du principe de dignité de la personne humaine. Il s'agit de mettre en avant l'argument collectiviste/communautaire suprême, celui tiré de la notion d'intérêt général. En autorisant les recherches embryonnaires, le législateur entend faire profiter l'ensemble de la collectivité des avancées attendues. Par cette dernière, il ne faut pas seulement entendre les citoyens français mais l'ensemble de l'espèce humaine, censée tirer profit des avancées scientifiques réalisées¹⁹. Dès lors que le principe de la dignité de la personne humaine est objectivisé – les bénéfices collectifs l'emportant sur toute autre considération – il est logique que les dispositions législatives autorisant la recherche sur l'embryon ne soient pas censurées. Dans la décision n°94-343/344 DC, le Conseil constitutionnel estime ainsi que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie n'est *pas* applicable aux embryons. Une interprétation contraire aurait conduit à une lecture subjectiviste du principe de la dignité humaine et à une censure des dispositions alors déférées.

Reste que le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine tend à être utilisé «de façon totémique»²⁰. Plus grave, le principe de dignité de la personne humaine ne se comprend – selon le Conseil constitutionnel – qu'à l'aune du principe de conciliation: il doit être concilié avec les autres principes à valeur constitutionnelle. Tel est ce qui ressort de la décision de 1994. Ce faisant, le principe de dignité de la personne humaine ne présente pas les traits du principe matriciel-socle dont on l'affuble de manière péremptoire. La fundamentalité éthique du principe de dignité ne signifie pas qu'il est placé au sommet de la hiérarchie normative constitutionnelle. Alors qu'il devrait relever – si l'on utilise l'expression du Conseil constitutionnel dans sa décision n°2006-540 DC – de l'identité constitutionnelle de la France, il est «abaissé [...] au niveau d'un simple principe à valeur constitutionnelle»²¹. En refusant de faire grimper une marche normative supplémentaire au principe de la dignité de la personne humaine, le Conseil constitutionnel confère, de fait et de droit, une place limitée à ce principe lorsqu'il opère son contrôle de la constitutionnalité des normes législatives.

Alors que le principe de la dignité de la personne humaine est invoqué –au contentieux comme en doctrine – de manière quasi pavlovienne, il demeure nimbé d'un halo d'incertitude. Mieux encore, il fait parfois figure d'intrus en raison de cette évidence temporelle et normative: ce principe ne figure pas dans notre Norme fondamentale et il faut attendre 1994 pour que le Conseil constitutionnel lui accorde valeur constitutionnelle. L'Etat de droit constitutionnel s'étant enraciné en France sans un principe de dignité de la personne humaine inscrit dans le marbre constitutionnel, il semble manquer

¹⁹ E. ROUMEAU, *L'embryon comme objet d'expérimentation de retour devant le juge constitutionnel. A propos de la décision n°2021-821 DC du 29 juillet 2021*, in *La Revue des droits de l'homme*, 6. <https://journals.openedition.org/revdh/13047>.

²⁰ P. COSSALTER, *La dignité en droit public français: l'ultime recours*, in *Revue général du droit*, 2014, www.revuegeneraledudroit.eu.

²¹ P. COSSALTER, *La dignité en droit public français: l'ultime recours*, in *Revue général du droit*, 2014, www.revuegeneraledudroit.eu.

de légitimité. Contrairement à d'autres Etats, le fait qu'il puisse être érigé en «principe fondateur structurant»²² fait débat; il existe bien une «exception française»²³. Le principe de dignité de la personne – quand bien même il lui est reconnu une dimension matricielle – demeure discutée en sa capacité à être le socle conceptuel de l'ordre constitutionnel des droits fondamentaux. Au-delà de sa propension à être flou²⁴ et indéterminé, ce concept interroge à raison de sa présumée fundamentalité. Est-il vraiment – en droit français – ce principe-socle faisant plier les autres principes constitutionnels? Il est loisible d'en douter, ne serait-ce qu'en raison de la logique de conciliation instituée par le juge.

10. Conclusion

La décision 29 juillet 2021 ne peut que générer une forme d'insatisfaction²⁵, non pas au regard de sa politique jurisprudentielle mais à raison de la carence argumentative propre au juge français. Le Conseil constitutionnel adopte une position de *self-restraint*, octroyant au législateur une ample liberté discrétionnaire en matière de choix éthiques. Pourquoi pas ; il est tout à fait loisible de comprendre que le juge préfère laisser les élus de la Nation décider sur des questions *existentielles* hautement sensibles. Cependant, cette décision mérite critique à raison de la technique herméneutique – malheureusement classique – utilisée. De motivation de la décision, il n'y a point. Ne pas vouloir censurer le législateur est une chose, ne pas dire pourquoi en est une autre.

²² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française?*, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, PUAM, 2013, *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, 173 et s. https://www.researchgate.net/publication/321961476_Dignite_de_la_personne_humaine_peut-on_parler_d%27une_exception_francaise.

²³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Dignité de la personne humaine: peut-on parler d'une exception française?*, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, PUAM, 2013, *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, 173 et s. https://www.researchgate.net/publication/321961476_Dignite_de_la_personne_humaine_peut-on_parler_d%27une_exception_francaise.

²⁴ O. CAYLA, *Dignité humaine : le plus flou des concepts*, in *Le Monde*, 31 janvier 2003.

²⁵ X. BIOY, *La loi de bioéthique 2021 devant le Conseil constitutionnel...Toujours rien*, in *AJDA*, 2022, 1, 42.

Assisted Suicide in Austria – the new legal framework

*Lamiss Khakzadeh**

ABSTRACT: In 2020 the Austrian Constitutional Court repealed a legal provision prohibiting assisted suicide. This essay deals with the Court's decision and its consequences and focuses particularly on the new regulation on assisted suicide that entered into force in January 2022.

KEYWORDS: assisted suicide; end of life; human rights; killing on request; self-determination

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Legal situation before 2022 – 3. The Constitutional Court's decision in 2020 – 3.1. Procedural aspects – 3.2. The (new) right to self-determination – 3.3. Prohibition of assisted suicide – 3.4. Prohibition to induce a person to commit suicide – 3.5. Prohibition to kill on request – 3.6. Open questions – 4. The new regulation – 4.1. Statute on the will to die (Sterbeverfügungsgesetz) – 4.2. Amendment of § 78 Strafgesetzbuch – 5. Assessment of the new regulation

1. Introduction

In December 2020 the Austrian Verfassungsgerichtshof (Constitutional Court) had to deal with legal questions concerning the end of life. It was not the first time that the Court was approached with such questions, it was, however, the first time that its decision had such serious consequences: it forced the legislator to revise the regulations on assisted suicide. These amendments entered into force on January 1st 2022¹ and give reason to focus on this issue.

2. Legal situation before 2022

Before 2022, Austria had a very strict regulation concerning self-determined death. According to § 78 Strafgesetzbuch (Criminal Code) it was forbidden to assist in suicide. Assistance was understood to have a very broad meaning: Even accompanying a suicidal person to Switzerland or buying a train ticket was included and thus forbidden under penal law. Besides assistance in suicide the Criminal Code also forbids to induce somebody to commit suicide (§ 78 Strafgesetzbuch) and to kill someone on request (§ 77 Strafgesetzbuch).

Already in 2016 there were efforts to get the Constitutional Court to review whether these laws comply with the constitution,² in particular with the fundamental rights. Several persons wanted to found an

* Full Professor at the Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, University of Innsbruck. Mail: lamiss.khakzadeh@uibk.ac.at. The article was subject to a double-blind peer review process.

¹ BGBl I 2021/242.

² In literature the absolute prohibition of assisted suicide has long been criticized: E. BERNAT, *Dem Leben ein Ende setzen: Selbstmord und aktive Teilnahme am Suizid – eine rechtsethische Überlegungsskizze*, in ÖJZ, 2002, 92; A.

association for assisted suicide services. The authorities prohibited the foundation because these activities were forbidden under penal law. The applicants applied to the Constitutional Court which, however, did not initiate the proceeding to review the law. It simply asserted that the laws were constitutional because the European Court of Human Rights had pronounced that in questions concerning the end of life the member states have a wide margin of appreciation.³

3. The Constitutional Court's decision in 2020

3.1. Procedural aspects

The efforts for a constitutional review of the legal situation, however, went on. It was in 2020 when the Constitutional Court had to decide upon requests to review the law (VfGH 11.12.2020, G 139/2019). Several persons had applied for a repeal of the laws forbidding self-determined death. The applicants were a doctor, two terminally ill persons and one healthy person. The first interesting question was whether they were all entitled to seize the Court. One of the procedural conditions is that the contested provisions legally affect the applicant. Especially considering the healthy person it was doubtful whether this requirement was met. The Court, however, took a very unusual broad approach: Even though the individual situations of the applicants differed, they were all affected by the law and therefore entitled to file an application.

3.2. The (new) right to self-determination

The examination of the merits came along with a bolt from the blue. It was expected that the Constitutional Court would review the law in the light of Art 8 ECHR⁴ and Art 7 Bundes-Verfassungsgesetz (Austrian Constitution). The Court took a different and unforeseeable path: It considered several fundamental rights, among them Art 8 ECHR (Right to Respect for Private Life), Art 2 ECHR (Right to Life) and Art 7 Bundes-Verfassungsgesetz (Principle of Equality). It then stated that all these rights involve aspects of self-determination and therefore a new fundamental right can be derived: the right to self-determination.

This derivation is quite spectacular: Although Art 8 ECHR already guarantees a right to self-determination the Court does not solely refer to that. It rather gives birth to a new and autonomous fundamental right. This comes along with a key question: what is the scope of protection? In the first instance it is quite broad because the Court creates a general right to self-determination which protects the decision of how a person wants to lead his/her life. However, the Court does not develop this approach any further but concentrates on one specific aspect of this right: the right to self-determined death.

BIRKBAUER, *Die Kriminalisierung des assistierten Suizids (§ 78 StGB). Eine (un)notwendige Strafbestimmung zum Schutz des Lebens?*, in *RdM*, 2016, 84 ff; C. KOPETZKI, *Für eine Reform des Straftatbestands der Suizidbeihilfe (§ 78 StGB)*, in *RdM*, 2016, 81; E.C. SCHÖPFER, *Überlegungen zum Verbot des assistierten Suizids in Österreich aus ethischer und menschenrechtlicher Sicht*, in *NLMR*, 2016, 309

³ VfSlg 20.056/2016. This decision was criticized, see B. KNEIHS, *Verstoß gegen die Strafgesetze (§ 78 StGB) durch Vereinszweck der Hilfe für selbstbestimmtes Sterben*, in *RdM*, 2016, 108.

⁴ According to the ECHR it protects the right to self-determined death: ECHR 29.4.2002, 2346/02 *Pretty*; 20.1.2011, 31 322/07 *Haas*; 19.7.2012, 97/09 *Koch*; 14.5.2013, 6581/10 *Gross*.

This right protects the decision whether and for what reasons a person wants to end her life and whether they want to ask another person for help. In its considerations, the Court repeatedly refers to human dignity, which is very unusual. Unlike for example the German Constitution the Austrian Constitution does not explicitly guarantee human dignity and therefore the Court usually restrains itself from using this term. It remains unclear why the Court now recurs on human dignity.⁵ A closer examination shows that the term “dignity” is used as an equal to “autonomy”, so there is no obvious added value. It is, however, plausible that the Court intends to make clear that self-determined death is closely connected to the core of a human-being which is human dignity.

In sum, the newly created right to self-determination is the (new) yardstick for measuring the contested provisions.

3.3. Prohibition of assisted suicide

First of all, the Court examines whether the prohibition of assisted suicide (§ 78 Strafgesetzbuch) is in accordance with the right to self-determination. It is obvious that the rule is an interference with this right. Therefore, the main question is whether this can be justified.

Until recently, it was mainly two arguments that were put forward for the prohibition of assisted suicide. Firstly, it was said that such bans were necessary to protect life. Quite rightly however, this argument did not convince the Court: If one accepts that the individual has a right to decide autonomously whether to live or to die, it would be quite contradictory to protect them of one of these two options. In addition to that, there is another important aspect which the Court points out: The prohibition of assisted suicide might not even reach this aim. On the contrary: the individual might be forced to end life earlier because they might fear that at a later stage they will not be able to end life without assistance.

Secondly, it is very often said that prohibition of assisted suicide is necessary to protect people’s autonomy, as it can be very difficult to ascertain that a decision to commit suicide is really based upon the free will of a person. The Constitutional Court does acknowledge these difficulties, and states that vulnerable persons have to be protected. However, it also emphasizes that these difficulties do not justify a complete ban of assisted suicide and therefore, a complete denial of the right to self-determination. In fact, there are less severe measures to make sure that a decision to end life was taken autonomously.

In this context the Court emphasizes that the right to self-determination can only be claimed by persons who are able to form a free and self-determined will. This pleonasm leads to the crucial question: what is individual autonomy? How can it be secured that a decision to commit suicide is based upon the free and autonomous will of a person? Although it is impossible to gain absolute certainty, the Court points out that there are indicators of a free will. First of all, the decision must be based upon an

⁵ It is quite obvious that in the reasons there are many parallels to the latest decision of the Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court) on assisted suicide (BVerfG 26.2.2020, 2 BvR 2347/15) although the Austrian Court does not expressly refer to that. For these parallels see L. KHAKZADEH, *Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 11.12.2020, G 139/2019*, in *RdM*, 2021, 48 (53). These parallels in the reasons were unexpected because the relevant legal basis in Austria and Germany are not quite comparable.

informed consent: Only when one knows about all circumstances, consequences and alternatives of a situation one can take a free and self-determined decision. Furthermore, the decision taken needs to be durable. It must be made sure that the decision to die is not preliminary, given its irreversible character. Finally, assisting person needs to be sure that the suicidal person has made the decision autonomously.

Then the Court points out another interesting aspect: Everyone is influenced by social and economic circumstances they live in. They affect basically all our decisions in life including, and in particular the wish to die: If one fears to endure pain or to be a burden to other people this can certainly affect a suicidal decision. However, the social and economic circumstances are not the same for everyone and of course, it is impossible (and undesirable) to make them equal. There is, however, one important factor that – and the Court is very clear in that – can be made equal for all: Everyone must have access to palliative care. This is quite an important statement because we know that palliative care is an important factor when people think about their end of life. Nevertheless, by the end of 2019 Austria only had a capacity of 365 beds for palliative care.⁶ All these requirements that the Court lays down can be seen as positive obligations that are derived from the right to self-determination.

3.4. Prohibition to induce a person to commit suicide

When it comes to examining the prohibition to induce a person to commit suicide (§ 78 Strafgesetzbuch) the Court's reasons are very short. It solely states that none of the constitutional rights brought forward by the applicants were infringed and therefore this prohibition was not declared unconstitutional. A closer examination confirms the Court's conclusion: If a person is induced to commit suicide, then this decision is not based on a free and uninfluenced decision. Therefore, the corresponding prohibition does not fall within the scope of protection of the right to self-determination and the Court did not declare it unconstitutional.

3.5. Prohibition to kill on request

The prohibition to kill on request (§ 77 Strafgesetzbuch)⁷ was not examined in merits because it was held inadmissible.⁸ Nevertheless, the Court commented on aspects of its conformity with the constitution. It stated that the considerations regarding the prohibition of assisted suicide could not be transferred to the prohibition to kill on request because of significant differences between the two. This is certainly true: With assisted suicide, it is always the person wishing to die that sets the last step leading to death. In the case of killing on request however, this last step is taken by the assisting person. Therefore, it is almost impossible to secure the autonomy of the dying person until the very end. This difficulty justifies the interference with the right to self-determination. However, it is conceivable that an ill person is by no means capable of setting the last act that leads to dying. This could very well be

⁶ Datenbericht der spezialisierten Hospiz- und Palliativeinrichtungen, der Bildungsarbeit sowie der Projekte in der Grundversorgung 2019. In addition there were 60 mobile palliative-care-teams.

⁷ § 77 StGB: "Wer einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen."

⁸ The application was too narrow because repealing the contested provision would not change the applicants' situation: § 77 Strafgesetzbuch is *lex specialis* to § 75 which prohibits murder.

problematic in view of the right to self-determination because these persons would be excluded from exercising their right.⁹

3.6. Open questions

The Court's decision was very much discussed in the legal community¹⁰ as well as in society. One major point of critique is that the dogmatic basis of the reasons given by the Constitutional Court is hardly convincing. It is very difficult to see the need for the creation of a new fundamental right, especially as Art 8 ECHR protects a right to self-determined death and in Austria the ECHR has the status of a constitutional law.¹¹ Moreover, the Court's approach raises a number of open questions, eg concerning the scope of protection of the right. In addition, the court is often not very clear in its statements and sometimes uses quite confusing wording,¹² which additionally complicates interpretation. For the new regulation of assisted suicide, it was mainly three questions that were discussed during the legal process: Who is entitled to ask for help? Who is entitled to help? How can it be made sure, that the decision to die is based upon a free and durable decision?

In this context it is very interesting to see that the reasons of the Constitutional Court show many parallels to the reasoning of the German Bundesverfassungsgericht's decision on assisted suicide.¹³ The cases are however not entirely comparable: In Germany assisted suicide was not completely forbidden; only professional assistance was prohibited. This is a major difference to Austria where every form of assistance was prohibited.

⁹ See L. KHAKZADEH, *Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben, Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 11.12.2020, G 139/2019*, in *RdM*, 2021, 48 (53); J.F. LINDNER, *Verfassungswidrigkeit des Verbots aktiver Sterbehilfe?*, in *NStZ*, 2020, 505 (507).

¹⁰ See eg among many others: A. GAMPER, *Gibt es ein „Recht auf ein menschenwürdiges Sterben“? Zum Erkenntnis des VfGH vom 11.12.2020, G 139/2019*, in *JBl*, 2021, 137; L. KHAKZADEH, *Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 11.12.2020, G 139/2019*, in *RdM*, 2021, 48; B. KNEIHS, *Drei Mal Sterbehilfe*, *NLMR*, 2020, 425; M. PÖSCHL, *Sterben mit Würde?*, in *EuGRZ*, 2021, 12; K. SCHMOLLER, *Sterbehilfe und Autonomie – Strafrechtliche Überlegungen zum Erkenntnis des VfGH vom 11.12.2020*, in *JBl*, 2021, 147.

¹¹ ECHR, 29.4.2002, 2346/02 *Pretty*; ECHR 20.1.2011, 31322/07 *Haas*; ECHR 19.7.2012, 97/09 *Koch*; ECHR 14.5.20; ECHR 14.5.2013, 67810/10 *Gross*.

¹² See eg point 104 of the decision: "ein Sterben in der vom Suizidwilligen gewollten Würde". Very often there are also clusters of key words like "autonomy", "dignity", "integrity", see eg point 80: "Da § 78 zweiter Tatbestand StGB die Selbsttötung mit Hilfe eines Dritten ausnahmslos verbietet, kann diese Bestimmung unter Umständen den Einzelnen zu einer menschenwürdigen Form der Selbsttötung veranlassen, wenn er sich kraft freien Entschlusses in einer Situation befindet, die für ihn ein selbstbestimmtes Leben in persönlicher Integrität und Identität und damit in Würde nicht mehr gewährleistet."

¹³ BVerfG 26.2.2020, 2 BvR 2347/15. See the broad discussion in Germany: E. HOVEN, *Für eine freie Entscheidung über den eigenen Tod. Ein Nachruf auf die straflose Suizidbeihilfe*, in *ZIS*, 1, 2016, 1; F. HUFEN, *Selbstbestimmtes Sterben – Das verweigernde Grundrecht*, in *NJW*, 2018, 1524; A. JURGELEIT, *Sterbehilfe in Deutschland*, in *NJW*, 2015, 2708; *Rixen*, *Suizidale Freiheit? Das Recht auf (assistierte) Selbsttötung im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2020*, *BayVBl* 2020, 397; A. SIMON, *Selbstbestimmt bis zuletzt?! Das aktuelle Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der öffentlichen Debatte um die Grenzen der Sterbehilfe*, in *Wege zum Menschsein*, 2020, 475; M. SCHLUND, *Straflosigkeit der geschäftsmäßigen Förderung einer Selbsttötung*, in *NJW Spezial*, 2020, 184.

4. The new regulation

When the Austrian Constitutional Court repeals a legal provision, it can set a date for when the repeal enters into force in order to give the legislator time to adopt a new regulation. Although the Court had conceded more than a year (the repeal entered into force on 1st January 2022), the process of legislation was initiated very late.¹⁴ It was only on 23rd October 2021 that the relevant ministry presented a draft law.¹⁵ Already on 18th November 2021 a government bill was submitted to Parliament and adopted in December 2021.¹⁶ This speedy procedure was highly criticized, especially when taking into account that the topic concerned is very sensitive.¹⁷

4.1. Statute on the will to die (Sterbeverfügungsgesetz)

The core of the new regulation is a newly adopted statute on the will to die (Sterbeverfügungsgesetz) which regulates the procedure for setting up a so-called Sterbeverfügung (“last will to die”) by which a person declares his/her durable, free and self-determined decision to end his/her life.

The last will to die is not open to everyone but only to people suffering from specific diseases: A person must suffer from an incurable illness that leads to death or they must suffer from a severe, durable illness with permanent symptoms that permanently affect their complete life. In both cases, the illness must bring a state of suffering that cannot be averted by other means.¹⁸ In other words: Only persons suffering from – one could say – an enhanced illness are entitled to make use of a last will to die. Furthermore, the person has to be of full age, has to have the capacity to make decisions and has to be an Austrian citizen or have a habitual residence in Austria.

It takes two steps to set up a last will to die. First of all comprehensive medical information (“Aufklärung”)¹⁹ has to be given by two doctors, one of whom must have special qualification in palliative care. In this context the person wishing to die has to be informed about the illness, treatment alternatives, palliative care etc. Furthermore, there must be information about the dosage, usage and effects of sodium pentobarbital (this is drug that then can be obtained with a valid Sterbeverfügung). Should one of the doctors suspect a mental disorder, he/she must engage a psychiatrist or a clinical psychologist.²⁰ It is quite interesting that both doctors do not have to inform about all aspects mentioned; instead, they can split these up according to their field of expertise. However, both have to confirm, that the person is capable to form a free will and has come to the free and self-determined decision to die. At least one of the doctors must confirm, that the person is suffering from an enhanced illness. The medical information must be documented and is valid for a year.

¹⁴ Before initiating the process of legislation a “Dialogforum Sterbehilfe” was established to discuss central questions: <https://www.bmj.gv.at/themen/Dialogforum-Sterbehilfe.html>.

¹⁵ 150/ME 27. GP.

¹⁶ RV 117 BlgNR 27. GP; BGBl I 2021/242.

¹⁷ For statements regarding the draft law see https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_01177/index.shtml#tab-Stellungnahmen.

¹⁸ § 3 (2) Sterbeverfügungsgesetz.

¹⁹ § 8 Sterbeverfügungsgesetz.

²⁰ § 7 Abs 4 Sterbeverfügungsgesetz.

Only after the medical information has been given, the second step can be taken: the last will to die can be established.²¹ However, a waiting period of at least 12 weeks needs to be respected (starting from the first medical information). For persons suffering from a deadly disease, this period is shortened to only two weeks in case the patient has already reached the terminal phase of the illness. The last will to die can only be established with a public notary or legally qualified members of the “Patientenvertretung” (patient representatives). This person documenting the last will to die (“dokumentierende Person”)²² confirms that the person wishing to end life declared the self-determined will to die and that there are no indications that the decision-making ability of the declaring might be affected. Apart from that, the documenting person confirms formal aspects such as the compliance with the waiting period. The establishment of a last will to die has to be notified to a specific register (Sterbeverfügungsregister) and is valid for a year; however, it can be revoked earlier. A valid last will to die entitles the person to obtain sodium pentobarbital from public pharmacies.²³ The submission of the drug must be entered into the register.

4.2. Amendment of § 78 Strafgesetzbuch

The legislator did not only adopt the new statute on the will to die but also amended § 78 Strafgesetzbuch (Criminal Code). It is still forbidden to induce someone to commit suicide.²⁴ The prohibition of assisting someone to commit suicide was, however, revised. Firstly, assistance is now possible within narrow limits: It covers only physical assistance. Secondly, assistance is forbidden in specific cases only: It is a criminal offence to assist a minor person or to have reprehensible motives; furthermore, it is forbidden to assist a person who is not suffering from an enhanced illness or was not informed by doctors.

5. Assessment of the new regulation

When evaluating the new regulation we can consider the central questions stated at the beginning. First, we can ask whether the procedure of establishing a last will to die secures a person’s autonomy. The medical information suggests this because only a person who is well informed about the situation and possible alternatives can form a self-determined decision. It is, however, doubtful whether this autonomy is sufficiently secured throughout the whole procedure: After the medical information it can take up to a year to establish the last will to die. Even though this is quite a long period, the person documenting the last will to die does not fully check whether the person is able to form a free will but only examines whether there are indications that the decision-making capacity is convincing.²⁵

²¹ § 8 Sterbeverfügungsgesetz.

²² § 3 number 6 Sterbeverfügungsgesetz.

²³ This is allowed due to an amendment of the Suchtmittelgesetz (Narcotic Substances Act).

²⁴ § 78 (1) Strafgesetzbuch.

²⁵ Of course, a public notary would not have the capacity to fully assess the decision-making capacity, so once again a doctor would have to be consulted.

Another important aspect is the permanent character of the decision because no one should commit suicide on a temporary whim. There is no doubt that it is very difficult to secure this because the possibility that a person might change his/her opinion can never be ruled out completely. The new law reduces this problem because only people suffering from an enhanced illness are entitled to establish a last will to die. In these cases one can assume that the permanent illness makes it highly improbable that the person is going to change his/her opinion. One could discuss whether the waiting period of 12 weeks between medical information and last will to die is sufficient to secure the permanent character of the decision. In any case the shortening of the deadline for moribund persons is appropriate.

The question who should be allowed to assist suicide was much disputed.²⁶ The new law took quite a broad approach: In general, everyone (who is of full age²⁷) is allowed to assist. There is, however, one restriction: The assisting person is not allowed to take (promises for) economic benefits from the dying person.²⁸ In addition, there is a prohibition of advertising for assisted suicide services. The administrative fines for non-compliance are quite high: They can reach up to 30 000 Euro, in case of repetition even up to 60 000 Euro. This prohibition has consequences for the controversial issue of associations for assisted suicide services: They can now be allowed as long as they comply with the prohibitions of advertising and economic benefits.²⁹

The new statute furthermore, states that no one must be forced to give assistance or must be disadvantaged for assisting. In view of these regulations, it will be very interesting to see the consequences for practical implementation: What does that mean for people who are affiliated with religious institutions rejecting assisted suicide (eg hospitals run by the Catholic church)? Will there be doctors and notaries offering information and documentation?³⁰

The last aspect I want to deal with is probably the most controversial: Who is allowed to make use of assistance? According to the new law not everybody but only persons suffering from specific diseases are allowed to take assistance. It is doubtful whether this is constitutional. In my opinion the restriction to terminally ill people is unconstitutional.³¹ Although the Constitutional Court did not explicitly comment on this aspect, it made quite clear that the right to self-determined death roots in human dignity. As everyone defines his/her dignity himself/herself,³² the reasons for doing so in one way or the other must not be assessed by others. Otherwise, the right to self-determination would only be recognised in a particular segment, eg – as in the new statute – only limited to ill people. This interferes with the right to self-determination of healthy persons and thus requires a justification, which is however very difficult to provide: it is hardly conceivable to find a legitimate aim that could justify the interference

²⁶ See Schlussbericht des Dialogforums Sterbehilfe 25, <https://www.bmj.gv.at/themen/Dialogforum-Sterbehilfe.html>.

²⁷ § 3 number 3 Sterbeverfügungsgesetz. See also M. GANNER, *Neues Sterbeverfügungsgesetz*, in *ÖZPR*, 2021, 180 (184).

²⁸ Benefits are expenses that go beyond the proven expenses, § 12 (3) Sterbeverfügungsgesetz.

²⁹ In Austria „Vereine“ (associations) are not profit-oriented.

³⁰ In this context see § 3 number 4 Sterbeverfügungsgesetz: the medical information or documenting the Sterbeverfügung are not covered by the meaning of assistance.

³¹ See also L. KHAKZADEH, *Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 11.12.2020, G 139/2019*, in *RdM*, 2021, 48 (50).

³² W. BERKA, C. BINDER, B. KNEIHS, *Die Grundrechte*², 2019, 291.

with a right that is so closely connected with human dignity. Such a justification can only be possible where the autonomy or dignity of a person has to be secured.

Finally let me make some remarks on the criminal liability of people who assist in suicide.³³ According to the Strafgesetzbuch not every violation of the statute on the will to die leads to criminal liability. This is as such unproblematic, however it seems quite inconsistent that violations of the Sterbeverfügungsgesetz that are not to be punished under Criminal Law are legally irrelevant and not even subject to administrative fines (apart from violations of prohibitions of advertising and benefits). In effect, while it is forbidden to assist a person without valid medical information, it is neither illegal to assist a person without a last will to die nor to assist an informed person although the waiting period was not met. Due to these inconsistencies the question arises, why the legislator set a procedure for the establishment of a last will to die when in the end it is not (or not in all details) necessary for – legally – committing assisted suicide. The impression is that the legislator was quite undecided about the objectives of the new law: Is it to link assisted suicide to medical information? Is the further procedure to establish a last will to die only an additional benefit for those who want to make use of the drug that is provided by the state? Can persons who want to commit suicide by other means already do so after the medical information?

On the whole, the new statute certainly strives for a balanced regulation. However, apart from the points already mentioned it raises many more practical questions. Besides, even the designation (“Sterbeverfügung”) seems inappropriate. The legislation meant to draw a parallel to the Patientenverfügung (patient decree).³⁴ The latter is established for the case of the loss of the decision-making capacity (and considers questions concerning future medical treatment). However, with the last will to die quite the opposite is the case: The decision-making capacity must exist at any time.

One has to be very cautious when making legal predictions, however the risk of my prediction is very small: The Constitutional Court will probably very soon get the opportunity to deal with the right to self-determined death again and then hopefully answer some of questions raised, including those left open by its latest decision.

³³ See also M. GANNER, *Neues Sterbeverfügungsgesetz*, in *ÖZPR*, 2021, 180; P. LEWISCH, *Quo vadis “strafbare Suizidhilfe?” Vom VfGH-Erk zur Neuregelung*, in *ÖJZ*, 2021, 21.

³⁴ See *Patientenverfügungs-Gesetz*, BGBl I 2006/55 as amended by BGBl I 2019/2016.

Diritto e potere nell'era digitale.

Cybersociety, cybercommunity, cyberstate, cyberspace: tredici tesi

Luciano Violante*

RULE OF LAW AND PUBLIC POWERS IN THE DIGITAL ERA. CYBERSOCIETY, CYBERCOMMUNITY, CYBER-STATE, CYBERSPACE: THIRTEEN THESIS

ABSTRACT: In this article, the author presents thirteen theses on the impact that artificial intelligence has and can have on a social and legal level. Starting with a description of the characters of cybersociety, he considers the potentialities and risks of the future use of AI, dealing with fundamental rights and balances of powers.

KEYWORDS: artificial intelligence; cybersociety; digital society; fundamental rights

SOMMARIO: 1. Tesi 1 – 2. Tesi 2 – 3. Tesi 3 – 4. Tesi 4 – 5. Tesi 5 – 6. Tesi 6 – 7. Tesi 7 – 8. Tesi 8 – 9. Tesi 9 – 10. Tesi 10 – 11. Tesi 11 – 12. Tesi 12 – 13. Tesi 13.

1. Tesi 1

Nel nostro mondo convivono tre diversi tipi di società: la società analogica, la società digitale e la *cybersociety*.

La società analogica è fondata sul principio di rappresentanza, sulla presenza di corpi intermedi, la trasparenza dei metodi di formazione delle classi politiche dirigenti, il controllo del loro operato e la loro sostituibilità.

La società digitale è caratterizzata dalla disintermediazione, dal superamento della rappresentanza, dalla decisione politica diretta. Nella società digitale tutti possono dialogare con tutti e con i membri della società politica, senza bisogno di mediatori. Conseguentemente, cominciano ad essere messe in discussione le élites della politica e della conoscenza; restano esenti, particolare non trascurabile, le élites del potere economico alle quali appartengono i padroni della rete. Nella società digitale c'è più libertà e meno responsabilità. Di qui gli sforzi nazionali e internazionali per definire regole, diritti e doveri.

La *cybersociety* è il terzo tipo di società, frutto della modernizzazione della società digitale, per effetto delle molteplici, interconnesse e alluvionali applicazioni del digitale. Noi costituiamo la *Cybersociety*, la alimentiamo attraverso le nostre relazioni digitali e viviamo al suo interno. Si tratta della evoluzione della società digitale, determinata dallo sviluppo della tecnologia digitale: l'autoapprendimento, i sistemi di controllo autonomo, la cooperazione tra uomo e macchina, *supercomputing*. Nella società

* Presidente della Fondazione Leonardo. Mail: luciano.violante@fondazioneleonardo-cdm.com. La relazione è stata presentata al convegno finale del Jean Monnet Project TrAIL, dedicato a Diritto e potere nell'era dell'intelligenza artificiale, tenutosi a Trento il 25 febbraio 2022.



digitale prevale il network, nella cybersociety prevale l'automazione. La *cybersociety* ha tutte le caratteristiche della società digitale potenziate dagli sviluppi di quella tecnologia.

2. Tesi 2

La *cybersociety* si distingue tanto dal cyberspace quanto dalle *cybercommunities*. La *cybersociety* è costituita dalle relazioni digitali di tutti coloro che appartengono alla stessa comunità nazionale. Le *cybercommunities* sono quelle comunità digitali legate tra loro dallo stesso tipo di interessi; possono naturalmente superare le appartenenze nazionali. Tanto le *cybersocieties* quanto le *cybercommunities* vivono nel cyberspace, che costituisce l'ambiente nel quale noi vivremo porzioni sempre più grandi della nostra vita. Il cyberspace è globale, non è né pubblico né privato, copre tutti gli Stati del mondo ma sfugge a ciascuno di loro.

Il cyberspace è in termini di relazioni sociali, economiche, scientifiche il quarto ambiente dell'umanità, dopo terra, mare, spazio; nel cyberspace si assottigliano i confini tra il cittadino, il consumatore e l'elettore. In termini di sicurezza il cyberspace costituisce il quarto dominio perché le problematiche della sicurezza oltre a svilupparsi sulla terra, in mare e nello spazio, oggi si sviluppano anche nello spazio cyber.

Il cyberspace è caratterizzato da due prodotti specifici ai quali sono dedicate le tesi due e tre, che seguono

3. Tesi 3

Il primo prodotto del Cyberspace è il *phygital* – acronimo formato dalle parole *physical* e *digital* – che indica la fusione tra fisico e digitale (“a blend of the physical and the digital” è la definizione che ne dà il dizionario inglese Collins). Il neologismo nasce nel XXI sec. per rappresentare l'interazione costante e indistricabile tra reale e virtuale. Nel 2020, “Figitale” diventa il titolo di un libro di Luca Marchese, importante consulente d'azienda. La parola non rappresenta, semplicemente, la combinazione tra elementi del mondo fisico ed elementi del mondo digitale, ma presuppone che tale combinazione sia riferita a una stessa persona, contemporaneamente presente in entrambe le dimensioni è proprio questa “contemporanea presenza” – peraltro sempre più abituale – a offuscare la distinzione tra i due concetti: si pensi a una persona che lavori allo stesso tempo da una pagina web e, in presenza, nel negozio fisico. Materiale e immateriale, tangibile e virtuale, non possono essere più concepiti in opposizione tra loro. Mi permetto una digressione: sino all'avvento del digitale, l'immateriale era riservato al sacro. L'avvento del digitale ha secolarizzato l'immateriale. In Italia, il termine inglese *phygital* si diffonde, inizialmente, nel marketing. La dimensione digitale costituisce uno dei pilastri di una ricerca scientifica sul “Futuro probabile” (nata dalla sinergia tra la Fondazione Leonardo-Civiltà delle Macchine e la Banca Intesa Sanpaolo). Nel linguaggio ordinario il termine indica un nuovo paradigma che interessa ogni aspetto del vivere, dell'abitare, dell'apprendere, del fare, dall'ambiente alla città, dal gaming alla didattica, dall'etica al lavoro, dai fondali marini allo spazio. Un solo esempio: la catena cinese Kentucky Fried Chicken ha installato nei propri fast-food degli schermi intelligenti capaci di sfruttare il ri-

conoscimento facciale e l'intelligenza artificiale per proporre offerte speciali ai clienti. Preciso che queste informazioni vengono da un saggio scritto per la ricerca della Fondazione Leonardo e di Banca Intesa, da Anna Giurikobvic Dato

4. Tesi 4

Il secondo prodotto del cyberspace sono i cyborg. Alessandro Vato, ricercatore dell'ITT ha pubblicato sul tema un importante saggio sul Quaderno 10 di Scienza e Vita. Chi è il cyborg? «Il cyborg è una persona che incorpora volontariamente componenti esogeni estendendo la funzione di controllo autoregolante dell'organismo per adattarsi a nuovi ambienti».

La parola cyborg costituisce una contrazione del termine *cybernetic organism* (organismo cibernetico); nasce quindi dall'idea di fornire l'uomo di dispositivi artificiali capaci di autoregolarsi per meglio adattarsi al mondo esterno. Negli ultimi anni grazie all'avanzamento tecnologico e alle conoscenze acquisite nell'ambito delle neuroscienze, i cyborg sono diventati una realtà che ha portato a scoperte scientifiche e applicazioni di grande rilievo. Il sistema *cybor* ha tre funzioni. Innanzitutto, restituisce funzionalità motorie, sensoriali o cognitive a persone che le hanno perse a causa di incidenti, di ictus cerebrali o malattie neurodegenerative come la sclerosi laterale amiotrofica (SLA). Esistono inoltre dispositivi il cui utilizzo permetta di aumentare le funzionalità già presenti, come per esempio esoscheletri indossabili che possano servire ad esempio a trasportare carichi molto pesanti in situazioni di conflitto bellico o in caso calamità naturali, quali terremoti o alluvioni. Una terza motivazione – spiega sempre Vato – si aggiunge alle precedenti nello sviluppare dispositivi artificiali che trasformano un uomo in cyborg e cioè quella di aggiungere delle funzionalità che in natura non esistono. È questo il caso di Neil Harbisson, un artista fornito di un'antenna connessa stabilmente alle ossa craniche con una telecamera alla sua estremità, la quale è capace di trasformare, in modo adeguato, i colori degli oggetti visualizzati con la telecamera in vibrazioni della calotta cranica. In questo modo Harbisson, che è daltonico, non riesce a visualizzare la diversità dei colori, ma ha la possibilità di percepirli non attraverso la vista ma grazie ad un canale sensoriale totalmente artificiale.

5. Tesi 5

Nella *cybersociety* l'inganno più pericoloso è la disintermediazione. Non è in corso la cancellazione dei mediatori; è in corso la loro discreta sostituzione. I vecchi mediatori si presentavano come tali sulla scena pubblica, erano scalabili, avevano statuti conoscibili. I nuovi mediatori non si presentano come tali, non sono scalabili, non hanno visibili statuti. Amazon, Google, Alibaba appaiono come servizievoli interlocutori, disponibili a darci comodamente, rapidamente, a costi accettabili e con efficienza, i servizi che noi pensiamo possano servirci. In cambio consegniamo loro gratuitamente e liberamente tutti i nostri dati. Se gli stessi dati ci venissero chiesti dallo Stato, partirebbero cortei e campagne di stampa. Non è in corso una disintermediazione; è in corso una reintermediazione. I nuovi mediatori orientano la nostra vita quotidiana in misura maggiore rispetto ai mediatori tradizionali. Ma, a differenza di costoro, non appaiono nella loro vera veste. I rischi sono evidenti. Per i mediatori occulti non ci sono né

regole né contropoteri; senza idonee contromisure sono destinati a esercitare sulle nostre vite un potere infinito. Se la libera formazione dell'opinione pubblica, che è il presupposto comune a tutte le democrazie occidentali, può essere svuotata da forme di condizionamento digitale e se i Parlamenti, come alcuni propongono, potessero essere sostituiti in tutto o in parte da forme di partecipazione diretta manipolabili da un'eterodirezione invisibile, sarà inevitabile la formazione di nuovi dispotismi politici. Credo che il costituzionalismo dovrebbe analizzare con particolare senso di responsabilità intellettuale le conseguenze costituzionali del voto digitale (a volte nelle discussioni parlamentari parificato al voto in presenza) e le conseguenze delle firme digitali nella richiesta referendum, che fanno venir meno il confronto argomentativo che è l'essenza costitutiva della campagna di raccolta firme. Occorrerebbe inoltre pensare a nuove forme di consultazione pubblica che riescano a coniugare il cyber a procedimenti democratici che arrivino alla decisione non attraverso l'alternativa tra il Sì e il No, ma attraverso il confronto tra le diverse ipotesi, la riflessione e l'argomentazione. Si potrebbe tentare questa strada estraendo a sorte un certo numero di cittadini, collegandoli su una piattaforma, chiedendo loro un'opinione su un problema specifico, dopo vari confronti ai quali parteciperebbero esperti di diversi orientamenti. I proponenti, Parlamento, Governo, Regioni, Enti Locali sarebbero tenuti a prenderle in esame. La democrazia deliberativa, perché di questo si tratta, potrebbe essere fortemente agevolata dalle tecnologie digitali.

6. Tesi 6

Le grandi aziende del digitale esplicano una sovranità digitale in uno spazio nuovo colonizzato solo da loro. Le "compagnie del digitale", potremmo definirle così, hanno un potere politico di fatto che nessuno ha mai avuto: creano opinioni, hanno una funzione regolatrice della vita dei privati e degli Stati, rendono servizi indispensabili e per questo condizionano la qualità dell'attività privata e pubblica. Se decidessero di staccare la spina, il mondo smetterebbe di funzionare. Ho parlato di compagnie del digitale ricordando che nella storia abbiamo avuto altri grandi privati che hanno esercitato funzioni come se fossero Stato. Tra il Seicento e l'Ottocento ci fu la Compagnia Inglese delle Indie Orientali. Era un grande soggetto privato che occupava un vastissimo territorio allo scopo di sfruttarne le risorse, versava dei profitti agli azionisti, aveva un proprio esercito, una propria giustizia, esigeva le imposte, esercitava poteri sovrani. Altro esempio di soggetto privato con funzioni simili a quelle di uno Stato fu la Compagnia inglese della Baia di Hudson, costituita alla fine del '600 da Carlo II d'Inghilterra per il commercio delle pellicce: aveva un esercito e un sistema di amministrazione della giustizia, governava un territorio immenso. Erano soggetti né pubblici né privati. Colonizzavano nuovi mondi e ne dettavano le regole e premiavano gli azionisti. Forse lo studio di queste vecchie compagnie coloniali farebbe capire meglio il funzionamento delle moderne "compagnie del digitale". C'è comunque una differenza che non riduce l'allarme: le vecchie compagnie occupavano un territorio preesistente, mentre le nuove creano il territorio che occupano. Siamo di fronte ad una espansione bulimica di poteri privati che servono funzioni diventate di pubblico interesse. Come per tutti poteri, anche per quelli digitali si pone il problema di una disciplina che non soffochi ma regoli e che abbia al centro lo sviluppo umano. È diffusa la preoccupazione per l'arbitrio e la minaccia di una "confisca di libertà" individuali e collettive, per il tramite di strumenti invasivi, al servizio di gruppi che domani potrebbero proporsi finalità non

puramente aziendali. La *cybersociety* pone in termini nuovi il problema della conoscenza. Sono frequenti, i messaggi politici fondati su menzogne presentate come “verità alternative”. Questo tipo di media non rappresenta la realtà ma costruisce una realtà, che crea opinione perché corrisponde alle aspettative di chi la recepisce. La notizia non è più una informazione; è un racconto. Recenti analisi hanno evidenziato il ruolo dell'IA nel consentire falsificazioni e manipolazioni digitali di foto, audio e video con risultati sempre più realistici: le “deep fakes”. La tecnologia deep fake è usata per generare notizie false, influenzare l'opinione pubblica, erodere la fiducia dei cittadini e tentare il ricatto di personalità pubbliche. È quanto accaduto durante la campagna elettorale che ha portato alla vittoria di Donald Trump nel 2017, e durante la campagna referendaria del 2016 in Gran Bretagna che ha portato alla Brexit. Per questo motivo, alcuni analisti sostengono che le piattaforme dei social media, oltre a impiegare strumenti di rilevamento dei *deep fakes*, dovrebbero rafforzare le soluzioni di *labelling* e autenticazione dei contenuti. La veloce crescita della digitalizzazione non è stata accompagnata da una adeguata consapevolezza sulla portata e l'incidenza di tali cambiamenti. Il filosofo sloveno Slavoj Žižek riporta su La Stampa del 28 febbraio una riflessione di Alexander Dugin, un altro filosofo, ispiratore del pensiero politico di Putin, fervente sostenitore delle “democrazie illiberali: «La postmodernità dimostra che ogni presunta verità è soltanto questione di ciò che si crede. Quindi noi crediamo in quello che facciamo, crediamo in quello che diciamo. Questo è l'unico modo di definire la verità.» Il digitale può aiutare in modo decisivo la costruzione di false opinioni. Questa condizione può essere la premessa per la costituzione di regimi dispotici e impone la costruzione non solo di regole, ma anche di una pedagogia del digitale, della determinazione delle modalità e delle condizioni per l'esercizio e l'uso del digitale.

7. Tesi 7

Con la IA la memoria diventa gradualmente “inutile”. La formazione del pensiero si modifica. Le domande trovano sul web risposta immediata, veloce, spesso apparentemente oggettiva; il pensiero si forma attraverso nuovi processi mentali. Il nuovo alimento trasforma i percorsi logici, segue vie nuove rispetto alla concatenazione logico-argomentativa che si costruisce nello sforzo della memoria, della riflessione e della argomentazione. Esercizio della memoria, riflessione e argomentazione richiedono tempo. Le risposte web sono disponibili all'istante per chiunque desideri raccoglierle. Offrono informazione, comunicazione, anche conoscenza. È nota la posizione di Platone nel Fedro, contro la forma scritta ritenuta nemica della vera conoscenza, perché il discorso vero sarebbe quello comunicato oralmente, capace di incidere nell'anima di chi ascolta, mentre la parola scritta rimane fissata in una perenne e muta immobilità. Non dovremmo cadere nello stesso errore. L'umanità dovrà adattarsi al nuovo ambiente: perderà alcuni nessi del circuito mentale, a favore di altri, come ha dovuto rinunciare nel tempo alla efficacia dell'olfatto, alla sottigliezza dell'udito, alla forza animale dei propri muscoli, in favore di altre, nuove abilità. È un cambiamento profondo: la cultura dovrà utilizzare in questa direzione gli strumenti digitali, anche nella nuova forma delle concatenazioni del pensiero. La connessione fluida e l'interazione costante garantita dalle tecnologie digitali ci consente di acquisire una serie di vantaggi, come l'agilità mentale, la percezione e la rapida valutazione delle cose.

8. Tesi 8

Nella Cybersociety può costituirsi il Cyberstate. Nello Stato della società analogica i cittadini devono sapere il più possibile del potere politico e il potere politico deve sapere il meno possibile dei cittadini. Nel Cyberstate, i cittadini sanno il meno possibile del potere politico e il potere politico sa tutto dei cittadini; l'interlocutore può essere sempre opaco. Può avere un nickname o essere un robot. Ma il potere in democrazia dev'essere moralmente accettabile e non può essere invisibile. Un potere opaco non è moralmente accettabile. Un esempio di Cyberstate è la Cina, il cui modello dovrebbe essere analizzato per individuare i rischi che la democrazia corre nel Cyberspace. Nel 2017 il Governo cinese ha pubblicato il "Piano di sviluppo dell'IA di nuova generazione per il 2030", finalizzato ad assumere la leadership mondiale nel campo dell'AI entro il 2030. In questo documento, il governo cinese affermava che conquistare la posizione leader nella tecnologia dell'IA era fondamentale per affermare la posizione militare ed economica della Cina nel mondo. L'obiettivo, esposto nel documento, è incorporare nell'IA tutti gli aspetti della vita privata e pubblica, dell'industria, del commercio, della difesa e della sicurezza. La Cina ha usato l'AI per la competizione globale facendo leva soprattutto sull'enorme quantità di dati che i cittadini cinesi generano sia online che offline, alla luce del fatto che la società cinese si basa su Internet e sull'uso del cellulare per qualunque transazione, sia per acquisti online sia per dati offline come semplici pagamenti. Il Piano AI identificava 7 aree chiave dell'IA su cui la Cina intendeva esprimere la propria leadership: a) Sistemi di imaging medica per la diagnosi precoce di malattie; b) Intelligenza audio per il riconoscimento vocale; c) Veicoli intelligenti in grado di navigare autonomamente in scenari complessi; d) Traduzione linguistica in scenari multilingua; e) Robot di servizio in grado di sostituire gli esseri umani in settori come l'istruzione, l'assistenza e la pulizia; f) Veicoli aerei senza pilota; g) Riconoscimento delle immagini, comprensione e sintesi di video, con ricerca di immagini specifiche all'interno di un video e l'integrazione uomo-video. La Cina ha impegnato centinaia di miliardi di dollari per il successo di questo piano. I risultati conseguiti: n. 1 al mondo per numero di papers di ricerca e di documenti sull'IA più citati in tutto il mondo; n. 1 al mondo nei brevetti AI; n. 1 al mondo negli investimenti di capitale di rischio dell'IA; n. 2 al mondo per numero di aziende di intelligenza artificiale; n. 2 al mondo per più grande pool di talenti. Nel 2021, un rapporto della Stanford University indica che i ricercatori cinesi di intelligenza artificiale vengono citati più di tutti gli altri.

9. Tesi 9

Al nostro orizzonte è apparsa la Cyberwar. La guerra in Ucraina è una tragedia "di transizione" tra la vecchia guerra, quella dei carri armati, dei bombardamenti, delle fanterie e quella dominata dalla Intelligenza artificiale. Un gruppo di lavoro della Fondazione Leonardo ha osservato che l'innovazione tecnologica in ambito militare, con l'impiego di sistemi autonomi sempre più avanzati, attraverso l'uso dell'Intelligenza Artificiale, sta portando il conflitto bellico ad un "salto quantico", ad una capacità di difesa (e di attacco) mai conosciuta prima. Un avanzamento che rende credibile la possibilità che la macchina possa assorbire il potere decisionale umano sul teatro di guerra (human-out-of-the-loop). Di fronte a tale scenario, si aprono le sfide morali ed etiche dei *decision maker*. Oggi le macchine "non sono moralmente autonome": sono impostate e predisposte all'azione sulla base di "liste di regole, algoritmi, input" inseriti dagli operatori umani. Possono certamente sbagliare (il margine di errore

nell'esecuzione di un comando da parte di un sistema autonomo, ad esempio), ma non “decidono”. Ma domani, quando crescerà il potere decisionale delle macchine, quale sarà il punto di equilibrio tra principi morali e le esigenze di difesa? La risposta, probabilmente, è nella “consultazione permanente” tra tutti gli attori che concorrono alla definizione delle regole del conflitto: giuristi, militari, politici, diplomazia e, non ultimo, i tecnologi: coloro che ricercano, studiano, progettano e realizzano i sistemi di difesa. Insieme, queste diverse sfere devono operare per la stessa causa: costruire una logica dinamica/circolare, che adatti il linguaggio delle macchine alle esigenze umane, tenendo conto delle questioni etiche. Un processo circolare che non deve fermarsi mai e che deve essere pronto a considerare scenari sempre più complessi.

10. Tesi 10

Una società altamente digitalizzata deve fondarsi su una nuova dimensione delle garanzie nella Cyber-society. Negli anni Quaranta del secolo scorso Isaac Asimov propose tre leggi sui robot. 1. Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno. 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché questi ordini non violino la prima legge. 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché questa autodifesa non contrasti con la Prima e con la Seconda Legge. Frank Pasquale, della Brooklyn Law University, ha aggiunto altre tre leggi: 1. Le tecnologie digitali non devono sostituire integralmente l'uomo, devono aiutarlo. 2. IA e i robot non devono imitare l'umanità. 3. I sistemi robotici e la IA devono essere obbligati a indicare l'identità di chi li ha creati, di chi li controlla e dei proprietari (F. Pasquale. *New Laws of Robotics: Defending Human Expertise in the Age of AI*). Forse occorrerebbe aggiungere una quarta legge: nessuna decisione che riguardi l'essere umano può essere presa in via definitiva dalla IA. Il tema è particolarmente rilevante in materia di sicurezza e difesa. Anche se non esiste una definizione concordata a livello internazionale di sistemi d'arma autonomi letali, il Dipartimento della Difesa statunitense definisce i LAWS (Lethal Autonomous Weapon System) come una classe di sistemi d'arma in grado di identificare autonomamente un bersaglio e di impiegare un'arma a bordo per ingagiarlo e neutralizzarlo senza controllo umano manuale. Questo concetto di autonomia ha spiegato Vincenzo Pisani, ricercatore della Fondazione Leonardo, è noto anche come “human out of the loop” o “piena autonomia”. Tali sistemi richiedono algoritmi informatici di IA e suite di sensori per classificare un oggetto come ostile, prendere una decisione e utilizzare un'arma sul bersaglio. Questa capacità consentirebbe al sistema di operare in ambienti con comunicazioni degradate, dove i sistemi tradizionali potrebbero non essere in grado di operare. Inoltre, come sottolineato da diversi analisti, i sistemi d'arma autonomi potrebbero permettere di colpire obiettivi militari in modo più accurato riducendo quindi il rischio di danni collaterali o vittime civili. Tuttavia, circa 25 paesi e 100 organizzazioni non governative, hanno chiesto un divieto preventivo sulle LAWS a causa di preoccupazioni etiche come la possibile percezione di una assenza di responsabilità per l'uso e una possibile incapacità di rispettare i requisiti di proporzionalità e distinzione. Alcuni analisti hanno anche sollevato preoccupazioni circa i potenziali rischi operativi posti dalle armi letali autonome, che si concretizzano in «hacking, manipolazione del comportamento del nemico, interazioni impreviste con l'ambiente, o semplici malfunzionamenti o er-

rori del software». Tali rischi potrebbero essere presenti nei sistemi automatizzati, ed essere intensificati nei sistemi autonomi, in cui l'operatore umano non sarebbe in grado di intervenire fisicamente, generando possibili conseguenze indesiderate. Il tema di fondo è che a chi cagiona dolore non dev'essere garantita la neutralità rispetto alle conseguenze della sua scelta. È un principio che appartiene all'umano prima che al giuridico o al tecnologico.

11. Tesi 11

Come ha detto più volte l'attuale Papa non siamo in un'epoca di cambiamenti, siamo in un cambiamento d'epoca. Nella transizione ogni cambiamento può diventare declino oppure crescita; meglio: o crisi, o sopravvivenza, o conquista. Dipende dal modo in cui si gestisce il passaggio. Abbiamo bisogno di nuove culture politiche, consapevoli del cambiamento, per garantire democrazia, diritti e fiducia nel Cyberspace. Un primo tema riguarda la rappresentanza. C'è spazio per la rappresentanza nel Cyberspace? C'è chi sostiene che si sta chiudendo il ciclo della democrazia rappresentativa (D. Rousseau, *Six theses pour une démocratie continue*, 2022). Certamente la tradizionale delega parlamentare piena e quinquennale non risponde più alle caratteristiche della società moderna. Un primo segnale viene dalla stessa classe politica attraverso la sostituzione del principio del principio di rappresentanza con il principio di somiglianza. Parte della classe politica dirigente non si cura di rappresentare il popolo, si preoccupa invece di somigliargli spesso negli aspetti più deteriori ritenendo così falsamente di non essere "casta" e cessando invece dai doveri di una classe dirigente. Questo politico non dice più: "votatemi perché io intendo rappresentarvi"; dice: "votatemi perché sono come voi" per far scattare un processo di identificazione tra politica e società. Il rischio è di una spirale verso il basso nella quale popolo e politica si inseguono nei comportamenti più inurbani e il più distruttivi. Nei processi di identificazione la personalità del leader crea la base sociale ed è la sua presenza, non il suo programma, che fa scattare negli elettori la partecipazione identitaria. Il leader, pertanto, deve presentarsi come vincente, affascinante e seduttivo. Questo tipo di leader tende a circondarsi non di una classe dirigente, ma di una classe somigliante e obbediente, nella quale possa rispecchiarsi traendone sicurezza e che si possa rispecchiare in lui traendone legittimazione in un narcisismo reciproco e crescente. Queste caratteristiche si ritrovano nella Cybersociety che conosce narcisismo, apparente parificazione intersoggettiva (l'uno vale uno è il mantra del digitale), povertà di argomentazione, comunicazione prevalentemente emozionale. Si rafforza così l'esigenza, già richiamata, di porre all'ordine del giorno la interazione tra le tradizionali procedure rappresentative e le procedure di partecipazione diretta.

12. Tesi 12

Una società evoluta deve proteggere le persone. La società digitale ricorre ad un uso intensivo, quasi parossistico, della rete per condividere informazioni, dati e contenuti. Sono possibili l'anonimato, l'identità contraffatta, le identità multiple con la conseguente possibilità di diffondere contenuti senza che sia possibile risalire ad una fonte che ne assuma responsabilità o ne possa trarre legittimo giovamento. L'anonimato permette di discriminare attraverso il linguaggio d'odio, spesso con caratteri "identitari", sino alla costituzione di comunità odianti che si caratterizzano per azioni di denigrazione

o di aggressione sino al linciaggio digitale. Altra faccia della medaglia: l'anonimato permette a persone meno strutturate, con identità più fragili, di essere ugualmente presenti sulla scena pubblica portando il loro contributo positivo al dialogo sociale. Il sistema deve poter espungere i primi tutelando l'espressività dei secondi, senza scivolare nello stato etico dei robot. Nei Diari, Kierkegaard parla del "coraggio di dire io", che è cosa diversa dall'iper-io algoritmico omologato negli abiti, nella lingua, nei pensieri chiusi in bolle distinte e non comunicanti. L'identità sociale, dai pensieri più intimi all'affettività e dai convincimenti politici fino alle scelte di acquisto quotidiano, viene ricalibrata, misurata e trasformata in profili statistici. Ma una persona non è un "combinato disposto" di dati, riconducibili, classificabili e, quel che è peggio, indirizzabili secondo profili algoritmici. Il coraggio di cui parla Kierkegaard è invece una rivendicazione della irrinunciabile specificità della persona. Ribadiamo la singolarità e la non riproducibilità della persona non come casame dell'individualismo narcisistico, ma come affermazione delle molteplici capacità della esperienza umana, all'interno della comunità in cui la persona si realizza.

13. Tesi 13

Dobbiamo impegnarci per costruire una Civiltà Digitale, capace di dare a ciascuno la piena consapevolezza delle possibilità, dei limiti e dei rischi per la sua libertà di scelta. L'antropologia dell'Homo Connexus, presentato come un dato di fatto antropologico, svincolato dai doveri che derivano dalla convivenza sociale non è accettabile. Né è accettabile una forma di "Darwinismo digitale", dove il più forte, o il più violento, o il più appoggiato da gruppi di interesse prevarica l'altro, in un sistema senza regole, sorta di Far West digitale. È conseguentemente necessario discutere e contrastare le banalizzazioni ideologiche che, promuovendo un immaginario post-umano intendono azzerare la centralità delle persone nella storia. Il comune destino deve essere garantito dalla centralità della dignità umana, da una corretta interpretazione del progresso, quale strumento di sviluppo delle persone, della società e dei popoli. Nel pensare la società digitale non dobbiamo avere dubbi nel definire la differenza valoriale tra essere umano e macchina. Sarebbe utile avviare una riflessione sui fondamenti e sui caratteri di una Civiltà Digitale. Con questa espressione si comprende il complesso degli aspetti culturali e sociali prodotti o condizionati dalla IA. Civiltà Digitale non è sinonimo di era digitale o di società digitale. Era e società sono termini puramente descrittivi, descrivono un tempo e un luogo caratterizzati da una massiccia presenza del digitale. Civiltà Digitale, accentuando il peso del sostantivo, vuol dire una condizione umana caratterizzata dal dominio dell'uomo sulla tecnica digitale; la costruzione di questo dominio è l'obiettivo da porsi nel presente, per poter essere responsabili del nostro futuro.

Downloaded from

L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale

Tommaso Edoardo Frosini*

THE LEGAL HORIZON OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT: The article examines the legal issues of artificial intelligence, highlighting the development and potential in various applications of the law. The opportunities and advantages appear to outweigh the risks and dangers. This is why one does not entirely agree with the EU Commission's proposal to regulate AI. In general, with digital, it is more appropriate to have an animal legislation, which privileges the promotion of the activity rather than a complex regulation which accentuates limits and sanctions. The article closes with a focus on privacy and AI.

KEYWORDS: AI; constitutional law; Artificial Intelligence Act; privacy; regulatory sandbox

SOMMARIO: 1. Diamo i numeri – 2. Il diritto artificiale, tema di ieri e problema per oggi – 3. Il diritto strumento della IA – 4. Regolamentare la IA: dubbi e perplessità applicative – 5. Privacy e IA nello spazio giuridico europeo.

1. Diamo i numeri

Proviamo a mettere, innanzitutto, un punto fermo, oggettivo, sul sistema digitale e le sue applicazioni – quali, tra le altre, l'intelligenza artificiale (d'ora in poi: IA). Per fare ciò, è opportuno dare i numeri, al fine di rendersi ben conto del problema, di ciò che siamo e di ciò che non vogliamo. Ebbene, con riferimento ai (più diffusi) *social network*, i numeri sono questi: iniziamo con *Facebook*, che ha 2,80 miliardi di utenti attivi mensili, 1,8 miliardi di utenti attivi giornalieri; il 59% degli utenti di Internet, 58,5 minuti al giorno vengono trascorsi a “navigare” sul *social*; poi, *Whatsapp*, che ha 2 miliardi di utenti attivi mensili, ogni giorno vengono inviati più di 100 miliardi di messaggi, l'utente medio trascorre 38 minuti al giorno a mandare e leggere messaggi; infine, *Twitter*, che ha 353 milioni di utenti attivi al mese con un accesso quotidiano da parte di 187 milioni di persone, che trascorrono 158,2 minuti al mese usando la piattaforma per “cinguettare”¹. Verrebbe da commentare: è questa la globalizzazione, bellezza! Verrebbe da osservare: è questa la società digitale, nella quale le nuove generazioni sono già perfettamente integrate. Si può davvero pensare di tornare indietro o pretendere di mettere un bavaglio a tutto ciò? Piuttosto bisogna lavorare per il futuro, nemmeno tanto lontano, anche attraverso forme regolative del sistema digitale, che siano – come dirò appresso – elaborate attraverso principi e con norme promozionali anziché complesse, eccessivamente analitiche e sanzionatorie. Inoltre, con riferimento più nello specifico al diritto nella società digitale, si pensi anche a quanti atti e fatti giuridici si compiono attraverso i *social*, e più in generale le piattaforme digitali, in

* Professore ordinario di diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa. Mail: tefrosini@gmail.com.

¹ Si tratta di dati e statistiche facilmente reperibili sulle tante piattaforme digitali, attraverso i motori di ricerca, che non si ritiene necessario indicare una precisa fonte di riferimento.

W. S. Law



maniera davvero planetaria, senza confini e senza frontiere, potendo, per esempio, acquistare un appartamento a Miami, stando seduto in poltrona, davanti a un *computer* connesso a un *wi-fi*, nella propria abitazione nella piccola isola siciliana di Filicudi. E così pure quanti diritti costituzionali, ovvero dal “tono” costituzionale”, si possono esercitare attraverso la rete Internet: dal diritto di manifestazione del pensiero al diritto di associazione e riunione, e altri ancora².

Non torno qui su temi che mi sono cari, penso, fra gli altri, al diritto di accesso a Internet, e sui quali pertanto rimando a quanto già scritto altrove³. Qui mi proverò ad ampliare l’orizzonte giuridico dell’Internet⁴, cercando di scrutare il paesaggio giuridico che si sta venendo a delineare con l’avvento della IA. Quale disciplina che studia se e in che modo si riproducono i processi mentali più complessi mediante l’uso di un *computer*, attraverso due percorsi complementari: da un lato la IA cerca di avvicinare il funzionamento dei *computer* alle capacità della intelligenza umana, dall’altro usa le simulazioni informatiche per fare ipotesi sui meccanismi utilizzati dalla mente umana. Da qui, la definizione, già utilizzata, del *computer* come *simia hominis*.

2. Il diritto artificiale, tema di ieri e problema per oggi

Quello della IA è un tema che sta riscuotendo enorme successo teorico tra i cultori delle scienze sociali, e non meno tra i giuristi, al quale corrisponde un altrettanto successo, in termini però di utilizzo e sperimentazione scientifica, all’interno delle cd. “scienze dure”. Su questo aspetto, che separa la teoria dalla pratica, tornerò più avanti. Dal punto di vista della teoria (giuridica) va però ricordato – a dispetto di quanti ignorano gli scritti del passato, convinti di essere dei novelli Marco Polo che scoprono il nuovo mondo della scienza giuridica – che il tema era già stato oggetto di analisi, davvero profetica, in un volume del 1968, il primo in Italia e tra i primi in Europa, il quale, nell’indagare sulla cibernetica e il diritto, dedicava il primo capitolo a “il diritto artificiale”, contrapponendolo al “diritto naturale”, «giacché l’antitesi della natura, la *physis* dei greci, è precisamente quella che gli stessi greci chiamarono la *techne*, e cioè la creazione artificiale»⁵. Per poi chiarire che il diritto artificiale produrrebbe un ragionamento perfettamente obiettivo, anzi totalmente tecnicizzato: un’intelligenza priva di passioni, per dirla con le parole di Aristotele, e quindi ispirata a una pura razionalità. Mi sia consentito avvalermi di una lunga citazione, che coglie il punto della questione:

«il “diritto artificiale” rappresenta un modello, e anzi un mito, che esercita particolare attenzione in società a carattere tecnologicamente avanzato, e che suscita invece perplessità e diffidenze dove il senso critico dei giuristi è alimentato dalla tradizione umanistica. Noi riteniamo però che si debba accedere a quelle nuove prospettive di pensiero e di esperienza, che il progresso scientifico generale presenta anche

² Su questi aspetti, rimando a T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2020, 465 ss.;

³ Del diritto di accesso a Internet me ne sono occupato già dodici anni fa: T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet. Atti della tavola rotonda svolta nell’ambito dell’IGF Italia 2010 (Roma, 30 novembre 2010)*, Napoli, 2011, 23 ss. (anche negli *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli 2011); sui problemi giuridico-costituzionali derivanti da inter.net, v. da ultimo Id., *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena, 2021.

⁴ V. FROSINI, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Dir. Inf.*, 2000, 271 ss.

⁵ Cfr. V. FROSINI, *Cibernetica diritto e società*, Milano, 1968, 14 (poi trasfuso nel vol. Id., *Informatica diritto e società*, 2° ed., Milano, 1992).



allo studioso del diritto: poiché le possibilità di applicazione della tecnologia, intesa come processo di razionalizzazione operativa, costituiscono le nuove forme di un mondo, in cui l'umanità va assumendo una nuova fisionomia spirituale, così che la mentalità tecnologica diventa una sua seconda, rinnovata natura»⁶.

Oggi non sono cambiati i temi e quindi i problemi, sebbene si siano notevolmente ampliati, piuttosto è cambiato lo scenario sul quale si proietta l'orizzonte giuridico dell'Internet nella sua applicazione attraverso la IA. Infatti: i giuristi, soprattutto a seguito dell'attivismo normativo della Commissione UE⁷, hanno oggi la possibilità di studiare il fenomeno delle piattaforme digitali dal punto di vista della regolazione giuridica, e quindi come il diritto europeo ha codificato le situazioni che vanno a impattare con larga parte di ciò che si manifesta sulla rete Internet. Con l'ambizione di volere "plasmare il futuro digitale dell'Europa", come dichiarato dalla Commissione europea, che ha pure precisato di non volere così rallentare lo sviluppo tecnologico del continente ma adeguarlo ai valori fondanti dell'Europa. Con regolamento 2016/679, infatti, si è finora codificato il sistema di protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation*: GDPR); poi si è provveduto a varare due regolamenti, che sono in attesa di promulgazione: uno sul *Digital Market Act* e l'altro sul *Digital Services Act*; infine, si sta procedendo a varare un regolamento sulla IA (*Artificial Intelligence Act*)⁸. Un attivismo normativo che pone, da subito, un interrogativo: è davvero opportuno legiferare in maniera puntuale e specifica sui dati personali e commerciali, che si producono nelle piattaforme digitali? Posto che il progresso tecnologico è talmente veloce e cangiante, che ciò che si è normato oggi difficilmente potrà avere uguale efficacia domani. Da ultimo, in punto di evoluzione tecnologica, si può fare riferimento alla recente intuizione della realtà virtuale, cd. "metaverso" (oltre l'universo, nella nuova proposta di *Facebook*)⁹: quale incrocio, sebbene ancora non ben definito, di Internet, realtà virtuale, realtà aumentata, *entertainment*, *gaming*, che punta a riprodurre e integrare il mondo reale e quello digitale. Al fine di creare, tra l'altro, negozi virtuali in cui le persone si recano per provare, vedere e acquistare, in 3D. Si va verso un "web 3.0", dove la realtà aumentata e la realtà virtuale sono tecnologie che permettono l'esistenza di un mondo in cui servizi, contenuti e altro sono stratificati in esso e accessibili o consumabili attraverso la fusione tra esperienze virtuali 3D e fisiche. Così pure si può qui ricordare, in quanto già operativo e oggetto di riflessione giuridica¹⁰, il tema del *regulatory sandbox*, quale "sabbiera giuridica", all'interno della quale è possibile testare innovazioni tecnologiche, derogando per un periodo di tempo limitato alle regole ordinarie e sotto la vigilanza dell'autorità.

⁶ *Ibidem*, 39.

⁷ Su cui, A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles. Come l'Unione Europea regola il mondo*, tr.it., Milano, 2021.

⁸ Un chiaro affresco sull'attività normativa della UE, vedilo ora in G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena, 2021. Sulla proposta di regolamento I.A., cfr. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021.

⁹ Termine che deriva dal romanzo distopico di N. STEPHENSON, *Snow Crash*, London, 1992, dove si indicava una dimensione digitale caratterizzata da una realtà virtuale condivisa attraverso Internet, nella quale si interagiva grazie al proprio *avatar*.

¹⁰ V. ora A. MERLINO, *Regulatory Sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, Napoli, 2022.



Certo, sullo sfondo, con riferimento all'attivismo normativo UE, c'è un tema, che evoca riflessioni giurisfilosofiche, a suo tempo esposte da Bruno Leoni e rappresentabili con la dottrina del "diritto minimale", onde evitare che la legislazione, frutto dell'imposizione di maggioranze, possa diventare un congegno liberticida, e così l'eccesso di leggi finirebbe col rendere difficile, tra l'altro, una lineare e libera iniziativa economica¹¹. Credo che sia una riflessione che ben si adatti al digitale, quale volano della crescita economica, occupazionale e sociale. Vale la pena ricordare come più di 30 Paesi nel mondo – fin dal 2017 il Canada, il Giappone, la Cina e la Finlandia – hanno previsto e poi adottato una strategia nazionale per lo sviluppo dei sistemi di IA: a conferma di come la maggior parte delle economie sviluppate attribuisca alla IA un significato e un valore davvero rivoluzionario, che incide significativamente sulla crescita economica, sociale, occupazionale e culturale del Paese.

3. Il diritto strumento della IA

Le nuove frontiere del diritto e dei diritti oggi sono rappresentate dalle potenzialità della IA, ovvero dalla enorme capacità di raccogliere, sistematizzare ed elaborare dati per produrre algoritmi in grado di trovare soluzioni "intelligenti" per risolvere problemi, oppure per assumere decisioni autonomamente e imparzialmente¹². Dati che riguardano persone, ma anche beni, servizi, merci, capacità produttive, che possono essere scambiati, creando così un vero e proprio mercato dei dati¹³. E possono essere soprattutto elaborati, in tal modo finiscono con il creare situazioni ambientali, apprendere elementi conoscitivi e risolvere soluzioni a problemi, in maniera velocissima, che le capacità intellettive umane non riuscirebbero a fare altrettanto. Si è così avverata la profezia di J.W. Goethe, espressa nel *Faust* a inizi Ottocento: «E così ci sarà un pensatore, che costruirà un cervello che sappia pensare esattamente» (atto II, versi 6869-6870).

La IA impatta su tutte le scienze del sapere umano declinandole artificialmente. Anche il diritto, che dovrà sempre più rimodularsi nei suoi paradigmi, tenendo conto dell'uso degli algoritmi per concorrere a migliorare le pronunce giurisdizionali ovvero per elaborare neutrali atti amministrativi, per citare solo alcuni esempi¹⁴. Certo, il diritto già da tempo è entrato nella società tecnologica – ovvero cibernetica, come veniva chiamata e come ora viene opportunamente riproposta¹⁵ – con tutti i suoi temi e problemi derivanti dall'applicazione delle tecniche giuridiche, sostanziali e processuali, nel vasto mondo della

¹¹ Cfr., B. LEONI, *Freedom and Law* (1961), tr.it. con intr. di R. CUBEDDU, Macerata, 1995; sul pensiero di Leoni, anche con riguardo a quanto qui discusso, si consentito rinviare a T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo di Bruno Leoni*, in *Rass. Parl.*, 4, 2013 (e anche negli *Studi in onore di G. de Vergottini*, III, Padova, 2015).

¹² Assai numerosa è la produzione di libri e articoli dedicati alla IA, qui mi limito a citare un recente volume che inquadra il tema svelando luci e ombre: K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro della IA*, tr.it., Bologna, 2021.

¹³ T. RAMGE, V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Fuori i dati! Rompere i monopoli sulle informazioni per rilanciare il progresso*, tr.it., Milano, 2021.

¹⁴ Per un quadro d'insieme, si v. A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020 (ivi, spec. i contributi di A. D'ALOIA, C. CASONATO, A. SIMONCINI e F. DONATI).

¹⁵ Ripropone l'uso del termine "cibernetica", sottolineando l'affinità fra questa e il diritto, perché «entrambi mirano a studiare e a rendere prevedibili i modelli di comunicazione e controllo dei comportamenti collettivi»: così, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, nel vol. *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 171.



tecnologia e suoi derivati, in particolare la rete Internet. Pertanto, si potrebbe riformulare l'antico brocardo latino con *ubi societas technologica, ibi ius*. Si assiste, a seguito dell'affermarsi della tecnologia, a un nuovo modo di essere del diritto e, conseguentemente, a un processo di metamorfosi della figura del giurista come umanista in quella del giurista tecnologico. Il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti. Emergono, infatti, dalla coscienza sociale, e a seguito dello sviluppo tecnologico, dei "nuovi diritti", i quali, sebbene non godano di un loro esplicito riconoscimento normativo, hanno un forte e chiaro "tono costituzionale", che li collocano, implicitamente, all'interno della costituzione, riservando all'interprete il compito di estrapolarli da essa, anche attraverso quella che ho chiamato una "interpretazione tecnologicamente orientata"¹⁶. Purtroppo bisogna essere consapevoli dei rischi di presunti vizi di incostituzionalità delle leggi, che prevedono e prescrivono l'uso della IA, eventualmente riferibili alla cd. "discriminazione algoritmica". La quale determinerebbe un algoritmo strutturalmente incostituzionale, uno scenario cioè paragonabile alla fallacia naturalistica di Hume, con riferimento al giusnaturalismo: l'errore di derivare dall'essere (della realtà sociale, spesso ingiusta o distorta) il dover essere¹⁷. Come è stato scritto, «la vera frontiera è la sua sindacabilità. Dunque all'algoritmo deve essere possibile fare accesso, deve essere conoscibile, deve essere sindacabile per controllare sulla base di quali dati, di quali informazioni, di quale presentazione del problema è stato avviato il suo funzionamento»¹⁸.

Da qui, allora, l'esigenza di elaborare una dottrina della "precauzione costituzionale", ispirata alle situazioni ambientali e così delineata: «la condizione di incertezza a riguardo dei possibili effetti negativi dell'impiego della tecnologia (inclusa l'intelligenza artificiale) non può essere utilizzata come una ragione legittima per non regolare e limitare tale sviluppo»¹⁹. Pertanto, la protezione dei beni costituzionali deve essere anticipata rispetto alla produzione stessa delle applicazioni tecnologiche. Il parametro per giudicare i fenomeni della IA è la costituzione, e più in generale il costituzionalismo, specie nella parte in cui prevede e tutela la pari dignità della persona umana (art. 3 Cost. it., art. 1 Carta dei diritti UE)²⁰.

Tutto vero, tutto giusto. Si avverte però l'impressione, che la preoccupazione dei rischi di incostituzionalità dell'algoritmo siano derivati dal volere leggere i problemi con gli occhiali del giurista domestico. La questione non è nazionale ma mondiale, anche perché la IA è già operativa in diversi Paesi dove è radicato il costituzionalismo e dove la dignità umana gode di sicura tutela. Quindi, il problema laddove emergesse verrebbe risolto attraverso le consolidate procedure di garanzie costituzionali diffuse negli stati di democrazia liberale, che funzionano da anticorpi per qualunque violazione costituzionale, soprattutto di leggi liberticide figuriamoci di leggi che non esplicitano la conoscibilità e quindi il corretto funzionamento degli algoritmi. E comunque, anche a volere osservare la questione nella dimensione

¹⁶ T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, cit., 465 ss.; v. anche C. CASONATO, *Per una intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, nel vol. *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 131 ss.

¹⁷ Sul punto, A. SIMONCINI, *op.cit.*, 196.

¹⁸ Così B. CARAVITA DI TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, ora in Id., *Lecture di diritto costituzionale*, Torino, 2020.

¹⁹ A. SIMONCINI, *op.cit.*, 199.

²⁰ B. CARAVITA DI TORITTO, *op.cit.*

nazionale, si possono ricordare le note pronunce del Consiglio di Stato (sent. n. 2270 del 2019 e n. 8472, 8473, 8474 del 2019), che hanno giustamente messo in rilievo come l'algoritmo è una regola costruita dall'uomo per disciplinare le operazioni di calcolo effettuate dal *software*, che sarà comunque soggetto a valutazione da parte del giudice per verificarne la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti²¹.

Si è già iniziato a parlare di "algocrazia", ovvero di "dittatura dell'algoritmo"²². Posso comprendere il tono accattivante e provocatorio di queste definizioni ma mi sembrano esagerate, ovvero poco rispondenti alla realtà. E comunque, l'algoritmo, se lo si teme, lo si può circoscrivere nel suo uso, a condizione che non lo si comprima e lo si sterilizzi. Peraltro, lo si può normare anche con leggi statali, come è stato fatto, per esempio, in Francia e, a livello locale, negli Usa²³. E come si accinge a fare la UE, seppure in un contesto normativo che suscita però dubbi e perplessità applicative, come dirò più avanti. Sulla questione, vale qui ricordare l'art. 22, par. 1, del GDPR, che recita: «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» (salvo prevedere delle deroghe: per la stipula di un contratto o sul consenso esplicito dell'interessato). Mi sembra che si tratti di una norma che funga da freno a possibili invasioni e predominanze dell'algoritmo sulle scelte che deve compiere l'uomo.

Dell'algoritmo, e più in generale della IA, bisogna cercare di avvalersi dei benefici, minimizzando i rischi e le criticità che indubbiamente ci sono: non bisogna però dimenticare che i sistemi di IA saranno il volano dello sviluppo mondiale di questo secolo, economico e scientifico. Allora, come è stato scritto in maniera condivisibile:

«la *AI revolution* ha bisogno di essere accompagnata e "corretta" da un pensiero costituzionale, deve produrre una risposta in termini di concettualizzazione dei diritti e principi, allo stesso modo di come la rivoluzione industriale ha prodotto la evoluzione welfarista degli Stati liberali nel XIX secolo e il costituzionalismo sociale del XX secolo»²⁴.

Voglio aggiungere una cosa, che mi limito solo ad accennare: il *favor* per la IA e le sue benefiche applicazioni a vantaggio dell'umanità, esprime, oggi, una rinnovata concezione del liberalismo, dove, cioè, si pone come prioritaria la libertà per il progresso e verso nuove forme di sviluppo dell'individuo e del benessere delle società. La posizione di chi auspica e pretende forme regolative della IA, in forma pervasiva e dettagliata, è, oggi, riconducibile a nuove forme di statalismo, che si manifestano nella volontà di fondare e stabilire una nuova sovranità degli stati sul digitale.

²¹ Su questi temi e problemi, v. l'approfondito studio di F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, nel vol. *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 248 ss. V. anche numerosi spunti in S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2019.

²² Per il primo termine, v. M. ANIS, *Il regno dell'uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018, 19 ss.; per il secondo, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, 33.

²³ Per la Francia, v. la *loi n. 2016-1321 du 7 octobre pour une République numérique* (con modifiche nel 2019), per gli Usa, v. la legge n. 49 del 2018 di NYC: *A Local Law in relation to automated decision systems used by agencies*. Cfr. S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, cit., 109 ss.

²⁴ Così, A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, nel vol. *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 33.

4. Regolamentare la IA: dubbi e perplessità applicative

Nell'incipiente cammino eurounitario verso il proposito di "plasmare il futuro digitale dell'Europa", si registrano, da ultimo, due documenti, oltre a quelli precedentemente ricordati: a) proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla *governance* dei dati, *Data Governance Act* (DGA) del 25 novembre 2020, con l'obiettivo di creare una rete per la condivisione di dati, pubblici e privati e con evidenti ricadute in punto di IA e b) Regolamento 2021/694 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021, che istituisce il programma *Europa digitale* e abroga la decisione 2015/2240, con l'obiettivo di prescrivere la dotazione finanziaria per il periodo 2021/2027 nonché la previsione di una serie di obiettivi specifici, di cui al n. 2 quello sulla IA²⁵.

Ora e qui, provo a dare conto, sia pure sinteticamente, di quanto prevede la proposta di regolamento UE sulla IA, cercando di evidenziare le ombre²⁶. Ci sarà poi tempo per chiosare e commentare, per i numerosi appassionati del genere, lungamente e diffusamente il lungo articolato del Regolamento, non appena questo sarà definitivamente varato ed entrerà in vigore negli Stati membri della UE.

Preceduto da risoluzioni del Parlamento europeo – sui principi etici della IA, della robotica e della tecnologia correlata e sul regime di responsabilità civile per la IA (dell'ottobre 2020) e poi sull'uso della IA (del gennaio 2021) – nonché di un "Libro Bianco" sulla IA della Commissione (del febbraio 2020), il Regolamento sulla IA si presenta assai corposo nella sua estensione normativa: 89 "considerando", 85 articoli (di cui, almeno uno, il 4, di 44 paragrafi) e 9 allegati. Non facile districarsi nella boscaglia normativa soprattutto per l'intelligenza umana, anche quella di un giurista avvezzo alle norme.

Procedo per *flashes*, evidenziando ciò che non abbiamo e ciò che vogliamo.

Cosa dovrebbe, a mio avviso, prevedere un regolamento su una materia davvero strategica per la UE e non solo (posto che la IA si andrà a usare e applicare, da cittadini e imprese europee, in giro per il mondo, quindi oltre la perimetrazione normativa eurounitaria)? Non insisto ulteriormente sulla necessità di normare per principi anziché per norme ipertrofiche, piuttosto una disciplina normativa "sostenibile", con l'intento di riuscire a bilanciare interessi e concezioni diversificate, ponendosi quale primario obiettivo quello di non inibire la ricerca e lo sviluppo della IA, tenuto conto della sua importanza per la crescita economica (sono attesi investimenti europei per 20 miliardi di euro) e per l'implementazione della ricerca scientifica, a cominciare da quella medica, dove l'impatto della IA si sta rivelando determinante per la diagnosi e la terapia di una serie di patologie. La normativa europea dovrebbe essere altresì flessibile e adattabile ai cambiamenti, per la ragioni più volte esposte in questo scritto. Sul punto, anche a mò di esempio comparatistico per differenze, si può richiamare la *Directive on Automated Decision-Making* del Canada, dell'aprile 2019, che prevede un processo di revisione ogni sei mesi. Con l'obiettivo, quindi, di creare e formare un diritto della IA *stable but not still* (per usare parole di Roscoe Pound, seppure adoperate in un altro contesto). Il Regolamento prevede l'eventuale processo di revisione per il tramite di *sandboxes*, già in precedenza ricordate: non mi sembra sia la stessa cosa... Avremmo voluto più norme promozionali rivolte a incentivare i benefici della IA piuttosto che norme che paventano abusi e pericoli e sanzionano comportamenti. Capisco e comprendo il divieto

²⁵ V. il Regolamento in *Dir. Inf.*, n. 3, 2021, 505 ss.

²⁶ Chiare e puntuali sono le osservazioni svolte da C. CASONATO e B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale*, cit.

dell'utilizzo di sistemi che mirano a manipolare, in modo subliminale (anche se non è facile l'individuazione), la condotta delle persone, a maggiore ragione se si tratta di soggetti vulnerabili. Poi, però con riferimento ai sistemi di IA utilizzati da autorità pubbliche per stabilire l'affidabilità delle persone in base alla loro condotta sociale, si afferma che questi sono vietati "solo in linea di principio", un'espressione anodina e indeterminabile. Così pure il divieto di utilizzo di sistemi di identificazione biometrica *real time* in spazi aperti al pubblico per finalità di investigazione di polizia sono vietati, a meno che non risultino strettamente necessari per la ricerca mirata di potenziali vittime criminali ovvero prevenzione di un pericolo specifico (il che potrebbe volere dire molto). Insomma, come è stato affermato:

«un certo grado di indeterminazione, suscettibile di accordare una porzione significativa di discrezionalità allo Stato e alle sue autorità pubbliche [...]. La presenza di concetti indeterminati e interpretabili implica flessibilità applicativa e di conseguenza, margini di manovra a favore degli Stati membri»²⁷.

Non sono, quindi, principi, ma regole discrezionali, che sfruttano le potenzialità della IA quale potere coercitivo non solo e non tanto per reprimere reati e crimini piuttosto per imporre la gestione della IA in capo allo Stato e ai suoi organi di controllo. La discrezionalità del potere esercitato tramite IA potrebbe degenerare in arbitrio.

Ben altro ci sarebbe da dire e commentare sulla proposta di Regolamento Ue in materia di IA, anche evidenziando le luci della regolazione, che ce ne sono e vanno apprezzate. Adesso però intendo svolgere una sorta di *focus* su un aspetto, giuridicamente sempre molto sensibile, della proposta, laddove interviene sulla materia del trattamento dei dati e la loro riservatezza, in aggiunta (e talvolta in contraddizione) con il GDPR.

5. Privacy e IA nello spazio giuridico europeo

C'è un aspetto, nella proposta di regolamento della UE in punto di IA, che merita qui un approfondimento, anche nell'ottica della salvaguardia della dignità della persona umana, ed è quello riferito alla *privacy* e alla tutela dei dati personali. Ormai, piaccia oppure no, punto di partenza obbligato è il Regolamento GDPR, anche in punto di IA²⁸: da questa normativa occorre muovere per capire come la *privacy* e la sua tutela giuridica si intreccia con fatti e norme regolative delle nuove frontiere del digitale. Sul diritto alla *privacy* c'è un prima e un dopo. Il confine è segnato dall'avvento di Internet, databile a partire dal secolo Ventunesimo. Perché un conto sono i dati personali raccolti e custoditi in apposite banche dati, di cui però c'è, almeno formalmente, un responsabile della gestione delle stesse, sebbene il problema sia quello del flusso dei dati da una banca all'altra, un conto è Internet e la sua capacità di diffondere, subito e in tutto il mondo, dati che si riferiscono a una singola persona ovvero a imprese pubbliche e private. È chiaro che Internet consente un flusso sterminato di dati il cui controllo appare difficile regolare. La questione oggi è resa più complessa con i cd. *big data*²⁹: si tratta dell'accumulo enorme di dati, tale da inondare il mondo di informazioni come mai prima d'ora, con

²⁷ Così C. CASONATO, B. MARCHETTI, *op.cit.*

²⁸ V. le riflessioni di G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, cit., 71 ss.

²⁹ Da ultimo, V. ZENO ZENCOVICH, *Big data e epistemologia giuridica* e A. STAZI, *Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica*, entrambi in S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, 2020, 13 ss. e 77 ss.

una continua e irrefrenabile crescita. Il cambiamento di dimensione ha prodotto un cambiamento di stato. Il cambiamento quantitativo ha prodotto un cambiamento qualitativo.

Si possono evidenziare, sia pure riassuntivamente, quelle che sono le regole derivanti dal GDPR: ampliamento dell'ambito di applicazione territoriale; requisiti avanzati di inventario dei dati; aggravamento delle pene; nomina di un responsabile della protezione dei dati; obblighi più diffusi per i responsabili del trattamento dei dati; segnalazione di violazione dei dati personali più tempestiva; il diritto alla portabilità dei dati; il diritto all'oblio; maggiore consenso dell'interessato³⁰. Una filiera di regole pensate per regolare le grandi aziende del *web* e i loro comportamenti per prevenire possibili violazioni della *privacy* delle persone, attraverso un uso disinvolto nel trattamento dei dati posseduti e archiviati. Salvo che i cd. giganti globali dell'informazione *online* padroneggiano il complesso ambiente normativo, che invece penalizza le piccole aziende indigene schiacciate dal peso della burocrazia imposta dal GDPR. Come è stato scritto:

«Se lo guardiamo in modo oggettivo, il GDPR, di cui molti sostenitori europei della protezione dei dati sono così orgogliosi, sta facilitando il potere dei giganti digitali. E dietro le porte chiuse della Silicon Valley e della Cina spesso si sente dire: non è strano che gli europei non si accorgano nemmeno di come si stiano dando la zappa sui piedi?»³¹.

La critica nei riguardi del GDPR la si può muovere già fin dal suo primo articolo, secondo il quale «il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati». Quindi, la tutela della riservatezza quale diritto della personalità, deve coniugarsi con l'esigenza della libera circolazione dei dati: emerge un chiaro contrasto fra l'esclusività dei diritti assoluti indisponibili e la loro funzione circolatoria. Altre criticità possono essere evidenziate sia pure con alcuni lampi di luce, che schiariscono parte del panorama legislativo europeo in punto di *privacy*. Peraltro, lo stesso Regolamento GDPR si applica anche alla IA, posto che questa è basata su dati personali e informazioni³². Alla luce della proposta di regolamento UE sulla IA emergono alcuni problemi: innanzitutto, i dati personali (art. 4, n. 1, GDPR), ovvero di persona identificata o identificabile, e quelli anonimi, di cui fa largo uso la IA, i quali, laddove non classificabili, non possono, pertanto, essere soggetti alla normativa GDPR, creando così un vuoto regolativo. Poi, la qualità dei dati, che – secondo norma del Regolamento – devono essere «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati; esatti e, se necessario, aggiornati» (art. 5, n. 1, GDPR). Si tratta di un'operazione più complessa da farsi nell'ambito dei sistemi IA, che seguono il criterio *garbage in, garbage out*. Ancora, il mancato ed esplicito divieto, da parte del GDPR, delle decisioni automatizzate ma piuttosto della limitazione dell'assunzione di decisioni prodotte unicamente con decisioni automatizzate. Mentre il sistema della IA sviluppa decisioni automatizzate sulla base degli algoritmi; anzi, uno degli aspetti di maggiore rilievo della IA consiste nel sapere giungere a una decisione automatizzata, salvo poi verificare se l'uomo vorrà assumerla oppure rigettarla, sia pure chiarendo e motivando l'utilizzazione dei dati e dell'algoritmo,

³⁰ V. la sintesi del GDPR in E. TERIOLLI, *Privacy e protezione dei dati personali Ue vs. Usa. Evoluzioni del diritto comparato e il trasferimento dei dati dopo la sentenza "Schrems II"*, in *Dir. Inf.*, 2021, 52 ss.

³¹ T. RAMGE e V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Op. cit.*, 9.

³² V. le osservazioni di G. FINOCCHIARO, *XVIII lezione: intelligenza artificiale, privacy e data protection*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 331 ss.

con riferimento al suo scopo, ai suoi risultati e ai suoi potenziali pericoli³³. Infine, il problema della responsabilità civile e penale dei sistemi automatizzati³⁴: è il caso, più volte evocato, delle *driveless cars* e più in generale delle scelte di autonomia operativa in situazioni eticamente complesse, come quello dei *robot* chirurgici, dove, a oggi, l'uomo decide in modo competente se approvare o no una delle strategie generate dal *robot*. Ma che succede se i dati impiegati per imparare a generare strategie di intervento chirurgico riguardassero le strategie generate dai *robot* stessi e i corrispondenti esiti clinici?³⁵

Insomma, sembra quasi che il GDPR finisca col mettere vino vecchio in otri nuovi. È ancora una volta torna il tema già rappresentato nelle pagine precedenti: ovvero l'adeguamento della normativa alla luce dei continui e significativi cambiamenti di scenari giuridici dovuti al progresso tecnologico. Pertanto, si condivide l'opinione di chi ritiene che il GDPR non appare adeguato a disciplinare le applicazioni di IA. Perché «la logica del Regolamento, basata sul consenso dell'interessato con riguardo ad uno specifico trattamento, non appare compatibile con i modelli attuali di gestione dei flussi di dati»³⁶. Concludo. E se fosse la IA a regolare la *privacy*? Ovvero, si può immaginare che sulla base dei *big data* si possa elaborare un algoritmo in grado di individuare le violazioni della *privacy*, specialmente quella che merita maggiore attenzione e preoccupazione: i cd. dati sensibili, che si riferiscono alle situazioni intimistiche dell'uomo, quali lo stato di salute, le scelte sessuali, religiose e politiche. Basterebbe che ogni qualvolta l'algoritmo individui un dato sensibile trattato senza il consenso dell'interessato, si attiverebbe un'azione preventiva di blocco del procedimento ovvero un'azione successiva con la prescrizione di una sanzione per la violazione di legge. Si produrrebbe così una sorta di contrappasso: dalla *privacy* che regola la IA, alla IA che regola la *privacy*³⁷.

³³ Discute anche questo problema, suggerendo l'assunzione del principio di "non discriminazione algoritmica", A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 196 ss.

³⁴ V. U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2018.

³⁵ Problema discusso, tra l'altro, nel vol. F. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica. Difendere la competenza umana nell'era dell'intelligenza artificiale*, tr.it., Roma, 2021.

³⁶ Così G. FINOCCHIARO, *op.cit.*, 338.

³⁷ Ho già rappresentato questa "provocazione" in T.E. FROSINI, *La privacy nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *DPCE online*, 1, 2022.

Intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità

Edoardo C. Raffiotta, Massimiliano Baroni*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, IDENTIFICATION TOOLS AND IDENTITY PROTECTION

ABSTRACT: The essay starts from the consideration that the new frontiers of the AI are forcing the jurist to rethink the fundamental categories of personal identity and identification. Today, these categories are characterised by greater fluidity and interchangeability: identification relies on data, while the analysis of big data makes it possible to trace the (digital) identity of each individual. In this complex scenario, the EU appears to be driven by the will to build an anthropocentric protection system. That is made possible through what is identified in the contribution as an equilateral triangle whose sides are cybersecurity, data protection, and AI regulation. After a brief examination of the current regulatory framework, the essay analyzes two case studies that illustrate the opportunities/criticalities inherent in the relationship between AI and personal identity. In conclusion, the question arises as to what the frontiers of the next AI regulatory framework might be.

KEYWORDS: AI; personal identity; identification; big data; anthropocentrism.

SOMMARIO: 1. Premessa. Fondamento costituzionale del (diritto alla) identità personale. La distinzione giuridica tra identità e identificazione – 1.2. Internet, identificazione e identità: come la diffusione del digitale ha contribuito a sfumare i contorni giuridici del fenomeno. – 2. Dall'informazione al dato: come (e perché) cambiano le vie di tutela – 2.1. Direttiva NIS; Article 4(1) GDPR: personal data identification, identificability, re-identification); EU Proposal: un modello triangolare di protezione e tutela, tra identità digitale, strumenti di identificazione e limiti giuridici – 3. Case study: il caso TikTok. identificazione, identità e sistemi di age verification "AI-based": non ci sono alternative? – 4. Case study: il riconoscimento facciale nei luoghi pubblici – 5. Intelligenza artificiale, identificazione, identità: le prospettive di regolazione alla luce della Proposta di Regolamento. Verso un *algorithmic social contract*?

* Edoardo C. Raffiotta, Professore associato presso il Dipartimento di Scienze Economico-Aziendali e Diritto per l'Economia dell'Università di Milano Bicocca. Mail: edoardo.raffiotta@unimib.it; Massimiliano Baroni, PhD Student in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Parma. Mail: massimiliano.baroni@unipr.it. Il presente lavoro è frutto della collaborazione fra i due autori; tuttavia si deve a E. C. Raffiotta la redazione dei paragrafi nn. 1, 1.2, 3, 4; e a M. Baroni la redazione dei paragrafi nn. 2; 2.1, 5. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Premessa. Fondamento costituzionale del (diritto alla) identità personale. La distinzione giuridica tra identità e identificazione



Sapere dove è l'identità è una domanda senza risposta» scriveva José Saramago. Parafrasando il premio Nobel portoghese, parrebbe utile chiedersi non tanto dove è ma, piuttosto, dove *va* l'identità (e, soprattutto, dove andrà nel prossimo futuro).

Quello di identità personale è un concetto – pur se non inedito – mutevole ed *in parte qua* inafferrabile: Aristotele vi ricollegava la nozione di *hypokeimenon* (sostanza); la dottrina cristiana ne rivela sovente le similarità con l'anima; mentre da Locke in poi sarà il criterio psicologico a prendere il sopravvento¹ nei confronti del criterio fisico quale ipotetico mezzo di definizione dell'identità personale. Sul piano giuridico, ben più recentemente, l'identità personale è stata fatta coincidere con il «diritto a non vedere travisare la propria personalità individuale»² e, soprattutto, con «l'interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, [a che ciascuno sia] rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta»³. Un diritto, dunque, di per sé meritevole di tutela ed in grado di oltrepassare le colonne d'Ercole rappresentate dagli artt. 7 e 10 del codice civile, rispettivamente posti a tutela del diritto al nome e del diritto all'immagine: mentre questi attengono, invero, all'*identificazione* (intesa come possibilità – per gli altri – di procedere a identificare un soggetto come quella persona, specificamente individuata), l'identità può indicarsi come elemento caratterizzante della persona⁴, parte integrante – quasi colonna portante – di quest'ultima, strumentale al pieno sviluppo dell'individuo e perciò meritevole di riconoscimento in Costituzione⁵. L'identità rappresenta, in estrema sintesi, l'immagine della persona, a sua volta composta in modo binario: da un lato la considerazione che l'individuo ha di sé stesso, dall'altro ciò che la società vede nell'individuo, formandone la proiezione sociale.

Questi sono, altresì, i termini in cui la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto il fondamento di un diritto all'identità personale. Dopo quasi un decennio dal “caso Veronesi”, tramite il quale fece la propria comparsa nell'ordinamento la nozione di identità personale come «formula sintetica per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni»⁶, e complice anche il successo riscosso – nelle more – dall'interpretazione “a fattispecie aperta” dell'art. 2 Cost.⁷, con la sent. n. 13/1994 la Consulta incluse a pieno titolo, tra i diritti

¹ Tra esperimenti e modifiche: *ex multis* si v., tra i contemporanei, il pensiero di Shoemaker.

² Così Pretura di Roma, 6 Maggio 1974, unanimemente riconosciuto come primo caso giurisprudenziale relativo all'identità personale.

³ Cass. Pen. n. 3769/1985, c.d. “caso Veronesi”. Sul punto sia altresì consentito il rinvio a C. DOMENICALI, M. BARONI, *Identità personale in internet: il diritto all'oblio e la deindicizzazione sui media online*, in A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, VIII ed., Milano, 2020.

⁴ Così già E.C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2010.

⁵ Più diffusamente, in prospettiva analogica, si v. L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004.

⁶ Cass. Civ., n. 3769/1985.

⁷ Oggi comunemente accettata, eppure già terreno di numerosi e prolifici confronti dottrinari. *Contra, ex multis*, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984 nonché A. PACE, *Il c.d. diritto alla identità personale e gli artt. 2 e 21 della Costituzione*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981.

componenti il «patrimonio irretrattabile della persona umana», quello all'identità personale, intesa come il «diritto ad essere sé stesso», alla luce dell'insieme di convinzioni, opinioni ed esperienze che qualificano ogni individuo (rendendolo, in definitiva, ciò che è e *sente* di essere)⁸. Veniva così inaugurata una stagione di apertura nei confronti del (diritto alla) identità personale che (attraverso altre pronunce della Corte, *ex multis* la nota 297/1996, la n. 120/2001 o la n. 494/2002, e più recentemente la n. 278/2013, la parimenti nota 221/2015 o la n. 180/2017) permetteva di arricchire e precisare il contenuto del diritto, così ampliandone e rendendone più efficace la tutela (offrendo altresì una sponda alle evidenti difficoltà definitorie incontrate dal legislatore).

Identificazione e identità sarebbero dunque concetti collegati, eppure separati.

Gli strumenti di identificazione – quali un nome⁹, una voce – esulano (almeno formalmente, *ndr*) dall'identità propriamente detta, essendo naturalmente circoscritti ad un ambito prima di tutto fisico e materiale, legato all'esteriorità. Lo stesso potrebbe dirsi, esemplificativamente, per un indirizzo, o un numero di telefono: informazioni (prima ancora che “dati”) non richiedenti una dimensione digitale e, soprattutto, utilizzabili per la mera identificazione di un soggetto¹⁰.

D'altro canto, è identità il risultato non solo – non tanto – di un'attività identificativa, ma – anzi – di un'opera di ricostruzione della personalità individuale, corrispondente al sopracitato insieme degli elementi caratterizzanti una persona (anche intellettualmente; e dunque privilegiando la dimensione dell'interiorità): in tal senso, l'identità non può che rappresentarsi come un *quid pluris* rispetto alla (mera) identificazione, richiedendo – per tale motivo – una tutela *ad hoc*, previa un'interpretazione necessariamente estensiva dei segni di identificazione che, come si dirà, oggi più di allora travalicano i propri tradizionali confini, ben potendo interferire con la protezione dell'identità individuale.

Si rileva, tra l'una e l'altra, un rapporto di strumentalità (conoscere l'identità implica una previa identificazione) ed al contempo di reciprocità (regolamentare i mezzi di identificazione come garanzia dell'identità; garantire l'identità per proteggerne le singole componenti) che tuttavia non parrebbe intaccarne le vicendevoli differenze.

1.2. Internet, identificazione e identità: come la diffusione del digitale ha contribuito a sfumare i contorni giuridici del fenomeno.

Certamente così poteva dirsi, almeno, sino a qualche decennio fa. Attualmente, infatti, il quadro generale si mostra estremamente più complesso, articolato, indefinito, principalmente per effetto dell'inarrestabile diffusione di internet (in forza del quale hanno fatto altresì il loro ingresso nell'ordinamento il diritto all'oblio – oggi normativamente previsto dall'art. 17 GDPR, ma nelle sue proto-forme già introdotto con Cass. nn. 3679/1998 e 5525/2012, cui ha fatto seguito il *leading case* Google Spain

⁸ Esemplificativa, in tal senso, i più recenti sviluppi – giurisprudenziali e *a fortiori* culturali – in tema di identità sessuale.

⁹ Più diffusamente sul rapporto tra nome, identificazione e identità si v. anche CGUE C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*.

¹⁰ Impone invece riflessioni più complesse – come si vedrà nel prosieguo – il volto.



– e alla deindicizzazione)¹¹. Alle singole componenti di un'informazione si è sostituito il dominio del dato (*rectius*: dei *big data*), e ciò obbliga il giurista a ripensare i concetti tradizionali sopra menzionati, rendendo più difficoltoso distinguere tra identità e identificazione. Da un lato, quest'ultima non richiede più – oggi – un nome o un'immagine, né tantomeno la necessità di collegare l'uno all'altra, ben potendosi identificare qualcuno sulla mera base delle “tracce” disseminate online (a partire dall'indirizzo IP, tramite cui è possibile identificare il luogo fisico – nonché lo strumento tecnico – di accesso a internet). Ancora maggiore è tuttavia il cambiamento registratosi in termini di identità personale, a mente della considerazione per cui ogni nostra azione su internet viene – per il tramite di algoritmi e, da ora in poi sempre più, di intelligenze artificiali – raccolta, processata, analizzata ed infine interpretata affinché, unita con gli altri dati disponibili, possa offrire uno spaccato della personalità di ciascun utente, sin nelle sue componenti più intime. In breve, della sua *identità*. Così, i caratteri fondamentali che tradizionalmente compongono l'identità personale – orientamento sessuale, convinzioni religiose, idee politiche – subiscono una duplice trasformazione: da un lato perdono il proprio carattere di unitarietà, divenendo invece frazionabili e leggibili (come un nome, un'immagine, un indirizzo: quelli che tradizionalmente erano meri strumenti di identificazione); mentre dall'altro lato acquistano una rilevanza tale da espandere la nozione stessa di identità personale oltre i confini del mondo reale, tanto che l'identità digitale acquista una *sua* identità, non di rado indipendente dalla dimensione fisica. Addirittura, la più attenta letteratura ricorda come i colossi digitali possedano una quantità tale di informazioni, relative ad ogni utente della rete, che rende loro possibile non solo indirizzare bensì anche prevedere – con certezza pressoché assoluta – le preferenze individuali, creando una società dell'anticipazione¹² in cui, sostanzialmente, le *Big Techs* non si limiterebbero a “leggere” il comportamento dei propri utenti, ben potendo invece aprioristicamente indirizzarlo¹³. Ancora, e sempre in tema di identità personale, non possono dimenticarsi le implicazioni pratiche del cambiamento: là dove vi era un'informazione analogica, per sua natura soggetta al trascorrere del tempo e dunque precaria, oggi vi è un dato cristallizzato e parcellizzato, potenzialmente eterno nella propria immutabilità e scollegato da ogni evento esterno (con effetti tutt'altro che trascurabili all'atto della (ri)costruzione dell'identità personale, specie con riferimento al diritto ad essere dimenticati). Qualche anno fa ci si chiedeva¹⁴ dove collocare il *discrimen* tra tutela dell'identificazione della persona online e della sua identità personale attraverso internet: oggi può certamente affermarsi che l'esito più evidente della transizione digitale consiste in un'alterazione dei rapporti tra le tradizionali categorie di identificazione e identità personale, i cui confini vanno inevitabilmente sfumandosi, rendendo più

¹¹ Per cui, da ultimo, si vv. le linee guida dell'European Data Protection Board, alla luce anche di CGUE C-507/17, *Google Inc. c. CNIL* (che ha come noto definito – limitandolo – l'ambito di applicazione del diritto alla deindicizzazione). EDPB, *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR*, 7 Luglio 2020.

¹² A. D'ALOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019.

¹³ Compie un ulteriore passo E. PARISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, London, 2012, che – nel coniare ed illustrare il concetto di filter bubble – evidenzia come gli algoritmi di motori di ricerca e social network creino una realtà a misura di utente, assecondando le preferenze – e le convinzioni – di questi.

¹⁴ E.C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, cit.



difficoltoso distinguere dove inizi l'una e finisca l'altra; ovvero – e a maggior ragione – quando un determinato dato afferisca all'una o all'altra dimensione individuale.

2. Dall'informazione al dato: come (e perché) cambiano le vie di tutela

La quantità di informazioni attualmente in circolazione e, soprattutto, il crescente valore commerciale delle stesse ha condotto, come noto, ad una *società dell'informazione*, caratterizzata – come da alcuni acutamente pronosticato – dal crescente valore della conoscenza (tanto che, scriveva Lyotard, «la questione del sapere nell'era dell'informatica è più che mai la questione del governo»). Oggi, il sapere ha la forma del *dato*. Anche quest'ultimo, come l'*informazione* di analogica memoria, ha un valore commerciale, ed anche questo – come la sua controparte analogica – cela al proprio interno una notizia. Terminano qui, tuttavia, le similarità. Invero, in chiara discontinuità rispetto al passato, il dato cresce in valore tanto più quanto il medesimo viene condiviso (anche per il suo essere, notoriamente, un bene inesauribile)¹⁵. Soprattutto, la naturale vocazione del dato è quella di abbracciare l'identificazione come l'identità, potendo essere utilizzato sia per arrivare alla prima che per ricostruire la seconda (e la scelta, naturalmente, risiede nelle mani – *rectius*: nei software, e nella volontà – del possessore del dato).

Non stupisce allora l'attenzione riservata dal legislatore – nazionale nonché, in via prioritaria, europeo – alla disciplina del dato e specificamente, per ovvi motivi di tutela, del dato personale, definito all'art. 4 del Regolamento 679/16 come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile»¹⁶ ed esteso, *ex multis*, agli indirizzi IP (statici prima – CGUE C-70/10 – dinamici poi – CGUE C-582/14)¹⁷, oltre che – più generalmente – ad *ogni* informazione in grado di condurre, anche indirettamente, all'identificazione del soggetto interessato (CGUE C-434/16)¹⁸. Ciò che maggiormente rileva è, invero, l'idoneità di quel determinato dato a fungere da strumento identificativo del soggetto; un soggetto che – a conti fatti – si trova in una posizione aprioristicamente debole¹⁹, esposta alla pervasività delle tecniche digitali e delle intelligenze artificiali di raccolta ed analisi dai dati (in grado, come detto, di ricostruire l'identità di un utente tramite le operazioni di aggregazione dei c.d. *big data*, così da delinearne un profilo composto da preferenze, idee, abitudini, convinzioni).

¹⁵ A.F. FONDRIESCHI, *A Fragile Right: The Value of Civil Law Categories and New Forms of Protection in Algorithmic Data Processing under the GDPR*, in *Oss. Dir. Civ. e Comm.*, 2, 2019.

¹⁶ Mentre «si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale» (art. 4 (1) Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016).

¹⁷ CGUE C-70/10, *Scarlet Extended SA v. Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SCRL (SABAM)*, 24 Novembre 2011; e CGUE C-582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, 19 Ottobre 2016.

¹⁸ C-434/16, *Peter Nowak v Data Protection Commissioner*, 20 Dicembre 2017, in cui la Corte ha stabilito che «*the written answers submitted by a candidate at a professional examination and any comments made by an examiner with respect to those answers constitute personal data*». Nel corpo della decisione viene, altresì, espressamente richiamato il caso Breyer (per cui anche C. Irti, *Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo dell'identità*, in *Juscivile*, 2/2020).

¹⁹ R. MESSINETTI, *Comunicare nell'infosfera. La vulnerabilità della persona digitale*, in *federalismi.it*, 18, 2021.





Coerentemente con l'approccio tipico dell'Unione²⁰, il legislatore di Bruxelles è dunque da tempo orientato ad una disciplina non tanto e non solo a garanzia del dato in sé, quanto piuttosto ad una protezione del dato in funzione strumentale alla tutela individuale. È ormai noto, infatti, che la mole di dati disponibili in rete possa essere processata solo tramite intelligenze artificiali, capaci di operare in condizioni di *insights-overload*. Se però il futuro è diviso tra *big data* e *AI*, gli interrogativi si moltiplicano e si fanno più pressanti: qual è il confine tra attività umana e trattamento *AI-based*? Come elaborare metodi e tecniche di controllo sull'attività di un'intelligenza artificiale sempre più intelligente e, ben lungi dall'essere mero esecutore di pre-impartite istruzioni, già ora capace di *imparare* nuove abilità? In altri termini, la zona grigia tra le opportunità del *deep learning* e le criticità delle *black boxes* è destinata a rimanere una *no-fly zone* per il diritto? Le domande si affastellano, ed ogni tentativo di fornirvi risposta ci consegna un diritto sovente costretto ad inseguire l'ordine spontaneo²¹ dell'evoluzione tecnologica (tanto da essersi paventato il rischio di una *disruption* del giuridico)²².

2.1. Direttiva NIS; Article 4(1) GDPR: personal data (identification, identifiability, re-identification); EU Proposal: un modello triangolare di protezione e tutela, tra identità digitale, strumenti di identificazione e limiti giuridici.

Non può che salutarsi con favore, *rebus sic stantibus*, il percorso intrapreso dall'UE, manifestamente orientato alla costruzione di una griglia di strumenti di tutela *ex ante*, i cui capisaldi sono senza dubbio da individuarsi in tre differenti regolamentazioni, tra loro interconnesse: *cibersecurity* (da ultimi, la direttiva NIS e il Cybersecurity Act)²³; *data protection* (GDPR, naturalmente), e *artificial intelligence* (con la Proposta di Regolamento recentemente presentata dalla Commissione)²⁴.

Un triangolo equilatero, in cui ogni lato è funzionale all'effettività del *framework* regolatorio complessivo (*simul stabunt, simul cadent*) e per effetto del quale identificazione e identità appaiono come crocevia sul quale convergono gli interessi di diversi settori della riflessione scientifica odierna²⁵.

Solo un background digitale adeguatamente sicuro può garantire un'autentica protezione dei dati personali, degli interessati, nonché in definitiva della loro identità. Ne è ben consapevole il *Cybersecurity Act* che – pur non espressamente menzionando identificazione e identità digitale – ricorda²⁶ come «l'economia dei dati e l'Internet degli oggetti possono prosperare solo se i cittadini sono convinti che

²⁰ A differenza, invece, di quanto accade in altre esperienze giuridiche: si v., da ultimo ed esemplificativamente, il caso cinese; solo recentemente interessato dall'entrata in vigore – a far data dal 1 Novembre 2021 – della prima legge sui dati personali (pur se con alcune differenze sostanziali, tra cui esemplificativamente una maggiore discrezionalità governativa circa la possibilità di far riferimento ad interessi di sicurezza nazionale).

²¹ *Ex multis* l'opera di Friedrich August von Hayek.

²² G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020. Più diffusamente, del medesimo A., *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli, 2021.

²³ Direttiva (UE) 2016/1148; Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersecurity, e alla certificazione della cibersecurity per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 («regolamento sulla cibersecurity»).

²⁴ *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*.

²⁵ E.C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, cit.

²⁶ Considerando n. 65, Reg. 2019/881, cit.



tali prodotti, servizi e processi offrono un determinato livello di cibersecurity»: rendendo evidente, così, la *ratio* delle due principali innovazioni introdotte dal Regolamento (sistema europeo per le certificazioni di cybersicurezza e potenziamento dell'ENISA, che non a caso «coopera con le autorità di vigilanza che si occupano della tutela della vita privata e della protezione dei dati personali»)²⁷. Il GDPR è, invece, dichiaratamente orientato alla protezione dell'identità e alla tutela dell'identificazione secondo – pare potersi riassumere – due direttrici fondamentali: da un lato si rileva il tentativo del legislatore UE di minimizzare il rischio di furto, usurpazione o «altre forme di abuso» dell'identità²⁸, dall'altro la volontà di incentivare l'anonimizzazione dei dati in quanto buona pratica in grado di impedire l'identificazione del soggetto persona fisica cui i dati si riferiscono (sottraendoli, così, al campo applicativo del Regolamento medesimo)²⁹. Un'ulteriore conferma, insomma, di come in campo digitale la distinzione tra identificazione e identità vada sfumando, anche sul piano strettamente normativo. Compie un ulteriore passo avanti la Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale, che canalizza l'attenzione legislativa sulla nozione (non di *dato*, bensì) di *dato biometrico*, oltre che (non di mera *identificazione*, bensì) di *identificazione biometrica a distanza*. Appartengono alla prima categoria i «dati personali risultanti da un trattamento tecnico specifico relativo alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica, che permettono o confermano l'identificazione unica di tale persona fisica, come le immagini facciali o i dati dattiloscopici»³⁰, mentre si qualifica come *identificazione biometrica a distanza* quella procedura che consenta di identificare un soggetto sulla base di alcuni suoi tratti distintivi senza richiedere la fisica interazione uomo - macchina (dunque l'immagine di un volto *in primis*, ma anche andatura, espressioni facciali, comportamento somatico). Un concetto, si noti, che pur se già introdotto nel GDPR (considerando 51, che invero identifica una fotografia in un dato biometrico quando venga trattata tramite un «dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica»), trova solo nell'intelligenza artificiale la propria specifica disciplina, poiché è solo con l'AI che può inaugurarsi la sottoponibilità delle caratteristiche *fisiche* di una persona a trattamenti (*real-time* o *ex post*) indipendenti dall'umano (e dunque esposti alle note criticità, in termini di definizione giuridica del dato e delle tipologie di dati, spiegabilità dei processi di elaborazione, oltre che con riferimento ai dilemmi – anche etici³¹ – circa l'affidabilità dell'AI e il *range* di autonomia decisionale della medesima).

Il quadro così composto permette, in ogni caso, di porre alcuni punti fermi circa lo stato dell'arte del framework normativo in tema di identità e identificazione digitale. Schematizzando, infatti, si osservano in via prioritaria:

²⁷ Art. 7, comma 2

²⁸ Considerando nn. 75, 85, 88 GDPR, che dunque offre all'identità digitale una protezione a sé stante, indipendente dall'identità fisica (pur rimanendovi, naturalmente, strettamente connessa).

²⁹ Considerando n. 26, che esclude l'applicazione del Regolamento per «informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato»; considerando n. 30, per cui gli identificativi online «possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche». artt. 4 e art. 5.

³⁰ Considerando art. 3 (33) della Proposta.

³¹ Per una recente panoramica U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020.



a) un innovativo – e gradito – protagonismo dell’Unione, intenzionata a stabilire una leadership globale, e soprattutto a farlo con un “approccio europeo”³². Tali iniziative sono inoltre il segno evidente di come il futuro della regolamentazione giuridica non possa prescindere, su temi come quelli d’interesse, né da un impianto sovranazionale (e, in particolare, globale) – né tantomeno dal confronto tra sviluppi scientifico – tecnologici e scienze sociali³³ (*ubi societas, ibi ius*);

b) la compresa necessità, anche tra i banchi europei, di rinnovare il diritto delle fonti, adottando un’impostazione umanocentrica per default e utilizzando strumenti normativi rispondenti ad un paradigma flessibile, suscumbibili nelle ipotesi concrete tramite un approccio caso per caso (fortemente *risk-based*)³⁴;

c) un approccio multidisciplinare (e, per ora, spiccatamente trilaterale: *cybersecurity, data protection, AI*) al mondo digitale.

Più in dettaglio, inoltre:

d) una lettura estensiva – tanto a livello normativo quanto, e ancor di più, giurisprudenziale – dei *key-concepts* di dato (e dato biometrico), identità (analogica, e digitale), identificazione (in termini di astratta riconducibilità dell’informazione all’interessato, nonché quale forma di protezione della sua identificabilità – come persona fisica – e nella sua identità);

e) l’ampio uso del sistema delle *certificazioni*, per testare (e attestare)³⁵ il rispetto dei requisiti di sicurezza e legittimità del trattamento (art. 57 Reg. 2019/881; art. 42 GDPR; art. 44 Proposta Reg.), ingenerando fiducia in cittadini, consumatori e mercato³⁶;

³² Commissione Europea (COM (2021)), *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Promuovere un approccio europeo all’intelligenza artificiale*, 24 Aprile 2021.

³³ A. D’ALOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell’Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019.

³⁴ Come noto, la Proposta di Regolamento sull’AI introduce invero una classificazione di astratta pericolosità dei prodotti facenti uso di software *AI-based* sulla base del rischio di un impatto negativo delle operazioni su diritti fondamentali, distinguendo tra quattro diverse fasi di rischio e corrispondenti limiti d’uso (Prop. Reg., artt. 5; 6; 52).

³⁵ Anche fissando standard minimi di trattamento e protezione dei dati, che possano superare il modello *consent-based*. Sul punto A. MANTELERO, *La privacy all’epoca dei Big Data*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, ove si evidenzia che «il consenso è sempre meno, in concreto, strumento di reale autodeterminazione. Anzi, paradossalmente, quest’ultimo può divenire la soluzione più agevole per raccogliere dati per le finalità più disparate, stanti i limiti che affliggono sia lo strumento dell’informativa sia la reale libertà di scelta», come ricorda S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell’identità personale nel quadro dell’evoluzione tecnologica*, in *Consulta Online*, 11/2021, che con riferimento ad Immuni scrive di una «lettura del canone di libertà del consenso» eccessivamente prudente, non proporzionale al vantaggio che ne sarebbe altrimenti potuto derivare in termini di tutela della salute. Il tema del consenso, e della utilità/veridicità del medesimo, compariva già in S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, in cui l’A. sosteneva che il consenso non fosse una “scelta reale”, prevedendo giocoforza come unica alternativa l’esclusione dall’utilizzo del servizio. La giurisprudenza europea non è comunque priva di tentativi volti a rendere maggiormente effettivo il consenso (da ultimo CGUE, C-61/19, *Orange România SA contro Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP)*, che ha tra le altre cose ribadito la non efficacia di un consenso pre-flaggato dal fornitore del servizio).

³⁶ Vale la pena ricordare G. PITRUZZELLA, *L’applicazione delle regole di concorrenza a livello locale e globale: istanze di tutela, sfide ed opportunità*, V Convegno Antitrust di Trento, 16-18 Aprile 2015, in *osservatorioantitrust.eu*, per cui «un’economia di mercato dinamica e competitiva produce risultati positivi non solo sotto il profilo strettamente economico, ma anche sotto quello sociale poiché in grado di determinare il prevalere nella società di

f) il crescente rilievo – il ruolo strategico³⁷ – delle autorità di controllo indipendenti, dotate di strumenti (regolamentari e sanzionatori), e di capacità (interpretativo-giurisprudenziali) specificamente disegnati per garantire una tutela uniforme sul territorio dell'Unione;

g) la volontà di creare un argine alla pervasività delle nuove tecnologie artificiali, abbracciando nozioni di identificazione e identità inclusive di ogni loro parziale manifestazione (sotto forma di dati, *ndr*) oltre che di ogni complesso significato (ricostruibile a partire da quei dati: identità sessuale, identità biologica, identità online come proiezione dell'entità fisica).

3. Case study: il caso TikTok. Identificazione, identità e sistemi di age verification "AI-based": non ci sono alternative?

Inizialmente fondato con il nome di *musical.ly*, il social network attualmente denominato TikTok ha conosciuto in brevissimo tempo un successo dirompente, in grado di garantirgli a Settembre 2021³⁸ 1 miliardo di utenti attivi su base mensile, la maggior parte dei quali compresi nella fascia di età 10-19 anni³⁹.

Nel Gennaio 2021, tuttavia, il social network di estrazione cinese è divenuto tristemente noto ai media italiani per il tragico incidente occorso ad una bambina palermitana di 10 anni, deceduta per soffocamento in seguito – pare – ad un tentativo di emulazione di una *challenge* (una sfida) popolare sulla piattaforma. Immediata la reazione del Garante per la protezione dei dati, che – data la giovanissima età della vittima – decideva di accelerare il proprio intervento nei confronti del social⁴⁰, operando in via d'urgenza e disponendo nei confronti del popolare sito – con apposito Provvedimento datato 22 Gennaio 2021⁴¹ – il blocco immediato dell'uso dei dati degli utenti per i quali non fosse stata accertata con sicurezza l'età anagrafica (invero, ai sensi del Codice per la protezione dei dati personali, l'età minima valida per esprimere il proprio consenso al trattamento è fissata in 14 anni: limite al di sotto del

inclusione, creatività, soddisfazione e sviluppo individuale». Sul punto si v. anche la *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale (2018/2088(INI))*, ove si specifica che «la crescente integrazione della robotica nei sistemi umani richiede un orientamento strategico deciso quanto al modo in cui massimizzare i benefici e minimizzare i rischi per la società, nonché garantire uno sviluppo sicuro ed equo» dell'AI.

³⁷ F. FAINI, *Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico*, in *BioLaw Journal*, 1/2019.

³⁸ <https://newsroom.tiktok.com/en-us/1-billion-people-on-tiktok>. Solo a Settembre 2020 gli utenti attivi erano circa 500 milioni: una crescita del 200% in un anno.

³⁹ <https://backlinko.com/tiktok-users> (dati relativi al mercato USA).

⁴⁰ Si v. la *nota n. 47853* del 15 dicembre 2020, con cui vengono rilevate dal Garante criticità, oltre che dal punto di vista della questione anagrafica menzionata, «sotto il profilo della corretta base giuridica applicata al trattamento dei dati personali dei suoi utenti, delle modalità di rilascio dell'informativa, del trasferimento dei dati all'estero, del periodo di conservazione dei dati, del rispetto dei principi di privacy by design e by default». Meno noto è che, invero, già nel Dicembre 2020 il Garante aveva avanzato plurime contestazioni a TikTok, facenti riferimento alle «forme previste per verificare l'età anagrafica degli utenti medesimi con evidente riferimento, in particolare, ai minori».

⁴¹ Garante per la protezione dei dati personali (GPDP), *Provvedimento del 22 gennaio 2021 [9524194]*, su <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524194>. Il Provvedimento è stato reso noto il giorno stesso tramite apposito comunicato (Garante per la protezione dei dati personali (GPDP), *Tik Tok: dopo il caso della bimba di Palermo, il Garante privacy dispone il blocco dei social*, su <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9524224>).



quale dovrebbe intervenire il soggetto esercente la potestà sul minore)⁴². Tre le ragioni del provvedimento (comunque adottato, come precisato dal Garante medesimo, in via cautelare): l'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per cui «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente»; il considerando 38 del GDPR, in forza del quale «i minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia, nonché dei loro diritti» (specie in caso di servizi forniti loro direttamente); ed infine l'art. 25, paragrafo 1, del GDPR, che impone al titolare del trattamento di «implementare adeguate misure tecniche e organizzative volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati al fine di soddisfare i requisiti del Regolamento e per proteggere i diritti degli interessati» (a nulla rilevando l'eventuale dichiarazione mendace dell'utente che abbia dichiarato *ab initio* un'età maggiore di quella reale, *ndr*: diverse interpretazioni non potrebbero infatti che apparire contrarie al principio di *accountability*)⁴³. La Società ha successivamente reso noto che si sarebbe resa *compliant* con quanto richiesto dal Garante italiano, dicendosi decisa a riservare il proprio servizio ai soli ultratredicenni (come invero da termini d'uso della stessa piattaforma), essenzialmente⁴⁴ utilizzando a tal fine – anche tramite un apposito tavolo di confronti con la *privacy authority* irlandese (ove la società ha il proprio stabilimento principale) – strumenti di *age verification AI-based*. Che la scelta del colosso digitale sia ricaduta sull'AI conferma non solo l'estrema familiarità dell'azienda verso tale tecnologia⁴⁵, quanto anche – e piuttosto – come il tema dell'identificazione e dell'identità digitale si ponga, quasi in via emblematica, al centro dell'equilatero composto da cybersicurezza, protezione dei dati e trattamento biometrici dei medesimi. Ben potendo dunque prestarsi a terreno fertile per qualche preliminare considerazione. In primo luogo, il caso ha mostrato alcune evidenti debolezze

⁴² Art. 2-quinquies (*Consenso del minore in relazione ai servizi della società dell'informazione*). - 1. In attuazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. Con riguardo a tali servizi, il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni, fondato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento, è lecito a condizione che sia prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale. L'articolo del Codice – novellato dal D. Lgs. 101/2018 – è da leggersi in coordinamento con l'art. 8 GDPR, che fissa la soglia del consenso ad anni 16, pur prevedendo la possibilità per i singoli Stati di stabilire soglie inferiori purché non inferiori ad anni 13.

⁴³ Per un'applicazione giurisprudenziale maggiormente dettagliata del principio di *accountability* si v. CGUE (C-3111/18), c.d. *Schrems II*.

⁴⁴ Tra le ulteriori misure annunciate dalla Società, oltre al citato tavolo di lavoro: una campagna di sensibilizzazione diretta ai propri giovani utenti; una rivisitazione dell'informativa; l'introduzione di un pulsante tramite cui segnalare agevolmente gli account di coloro che parrebbero avere meno di 13 anni.

⁴⁵ Per una panoramica tecnica sul funzionamento dell'AI in Tik Tok si vv. D. TREHAN (a firma di), *The inescapable AI algorithm: TikTok*, su *Towards Data Science*, 2020 e M. RANGAIAH (a firma di), *What is TikTok and How is AI Making it Tick?*, su *Analytic Steps*, 2020, ove si specifica – citando Connie Chan – che “TikTok is the first mainstream consumer app where artificial intelligence IS the product. It's representative of a broader shift”. Un esempio di software per l'*age verification AI-based* è la startup britannica Yoti, che dichiara un margine di errore di +/- 1 anno: il sistema sarebbe già impiegato in alcuni supermercati in Estonia per la verifica dell'età alle casse automatiche e da una piattaforma di intrattenimento per adulti tedesca.





dell'impianto normativo attuale, su tutto il sistema del *one stop shop*⁴⁶: la cooperazione (e non, dunque, il mero coordinamento) tra le *authorities* dell'Unione diviene innegabilmente essenziale per una protezione efficace⁴⁷. Condivisibile, altresì, la decisione del Garante, riservatosi di accertare l'efficacia delle misure adottate: potrebbe ipotizzarsi, allora, l'estensione degli strumenti di verifica *ex post*, oltre che dei poteri d'indagine dell'autorità garante⁴⁸. Infine, se da un lato certamente l'apporto dell'AI è da ritenersi in buona sostanza indispensabile quando vi sia in gioco una simile mole di dati, e posto che la scelta di una compagnia di agire tramite AI non pare aprioristicamente da contrastare, è ipotizzabile prevedere anche l'utilizzo di altri sistemi, meno invasivi? Alcune proposte sono già state avanzate⁴⁹, e l'introduzione di un "doppio binario" potrebbe costituire un compromesso tra esigenze aziendali di rapida identificazione e obblighi di protezione dell'identità.

4. Case study: il riconoscimento facciale nei luoghi pubblici

L'impiego dell'intelligenza artificiale, come accennato, è spesso orientato al perfezionamento dei sistemi di riconoscimento facciale. Ne sono prova, d'altronde, gli smartphone di ultima generazione, capaci di leggere i dati biometrici dell'utente in condizioni di luce parziale, o addirittura di buio, persino quando si abbia una mascherina sul volto⁵⁰.

Quello del riconoscimento facciale è invero un campo di estremo interesse, per gli attori privati come per le pubbliche autorità. Gli uni possono contare sui *Big data* e, guidati naturalmente da obiettivi commerciali volti alla massimizzazione del profitto, su una mole di informazioni sconosciuta persino agli Stati. Non di rado le seconde rivelano invece, a ben vedere, una posizione ambigua: divise tra la volontà di porsi quali baluardi a difesa dei diritti della persona (proprio in contrasto ai nuovi sovrani privati)⁵¹, e – dall'altro lato – la tentazione di utilizzare le promesse dell'identificazione tramite AI come mezzo di contrasto alle minacce all'ordine pubblico (il che potrebbe facilmente portare a scoperciare

⁴⁶ In forza del quale è notoriamente competente, dal punto di vista sanzionatorio in primis, l'autorità garante del Paese ove ha sede il fornitore del servizio: nel caso specifico (ed invero per tutte – o quasi – le Big tech, come anticipato, l'Irlanda).

⁴⁷ E in tal senso paiono potersi salutare con favore le due indagini recentissimamente aperte dal garante irlandese nei confronti della Società, attualmente pendenti.

⁴⁸ Per i quali, ad oggi, si v. art. 58 GDPR (che prevede, tra le altre cose, la possibilità per l'Autorità di chiedere che le venga fornita "ogni informazione di cui necessiti", potendo condurre indagini "sotto forma di attività di revisione sulla protezione dei dati" (Art. 58, 1 (a) e (b))).

⁴⁹ S. QUINTARELLI (a firma di), *TikTok, così accerta l'età ed esclude i bambini: gli strumenti utilizzabili*, su *Agenda Digitale*, 24 Gennaio 2021, che propone l'utilizzo di un «meccanismo di controllo con una attestazione indiretta», che imponga al minore di richiedere un token di autenticazione SPID o numero di carta di pagamento ad un maggiorenne (il quale naturalmente nel fornire la citata autenticazione si assume ogni responsabilità circa il consenso all'uso dell'applicazione da parte del minore). Sul punto si segnala come anche Sandra Zampa, sottosegretario alla Salute, abbia successivamente proposto un sistema di autenticazione dell'identità dei minori tramite SPID (su <https://www.privacyitalia.eu/sandra-zampa-divieto-di-smartphone-ai-bimbi-anche-spid-per-i-social/14745/>).

⁵⁰ Apple sembra avervi trovato soluzione con la release di iOS 14.5, consentendo l'unlock del FaceID dell'iPhone tramite Apple watch.

⁵¹ «Chi sono i sovrani?» si chiede Gaetano Azzariti (G. AZZARRITI, S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, 2014); mentre – pur se con sfumature differenti – si deve a M. LUCIANI, *L'antisovranismo e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1/1996, la nozione di Antisovrano.





il vaso di Pandora, rischiando – nel travalicare il punto di non ritorno⁵² – di confondere protezione con repressione, terrorismo con attivismo).

La L. 205/2021, legge di conversione del decreto-legge 139/2021 («Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali»), ha previsto⁵³, tra le altre cose, la sospensione sino al 31 Dicembre 2023 dell'installazione e dell'utilizzazione in luogo pubblico di impianti di videosorveglianza con sistemi di riconoscimento facciale operanti attraverso l'uso dei dati biometrici⁵⁴, in considerazione della necessità di una disciplina adottata per legge⁵⁵ (trattandosi evidentemente di tema implicante un necessario bilanciamento tra differenti interessi e principi, non ultimo quello di proporzionalità ex art. 52 della Carta di Nizza). Fanno eccezione i trattamenti effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione e repressione dei reati o di esecuzione di sanzioni penali.

Il punto non è banale e merita un approfondimento: nel 2018, invero, il Garante si esprimeva favorevolmente all'utilizzo di un sistema automatico di ricerca dell'identità di un volto presente in un'immagine all'interno di una banca dati (il noto SARI), ritenendo che l'identificazione tramite dati biometrici in parola costituisse «un mero ausilio all'agire umano»⁵⁶. Ebbene, diverso è stato invece l'orientamento del Garante in ordine al SARI Real-Time: la possibilità di un siffatto scrutinio in tempo reale non potrebbe infatti contare su alcuna valida base giuridica legittimante, come invece richiederebbe la «forte interferenza con la vita privata»⁵⁷ rappresentata da un tale sistema, *a fortiori* considerando che si sarebbe trattato di un trattamento automatizzato su larga scala, in grado di riguardare «anche coloro che siano presenti a manifestazioni politiche e sociali», dunque potenzialmente rivelatore di dati – quali convinzioni politico – sindacali e religiose – sensibili.

Anche l'attività del Garante nel caso (*rectius*: nei casi) "SARI" permette e impone alcune considerazioni. Si tratta, innanzitutto, di problematiche in relazione alle quali il bilanciamento *case by case* richiede

⁵² F. RESTA, O. POLLICINO, *Riconoscimento facciale e protezione dati: attenzione al punto di non ritorno*, in *Diritti Comparati*, 30 Gennaio 2020 (in cui emerge tra le altre cose anche il problema del consenso – per cui *supra* – qui indicato come asimmetria informativa foriera di «servitù volontarie» nei confronti dei fornitori di servizi digitali).

⁵³ Testo coordinato del D.l. 139/2021, in GU n. 291 del 7/12/2021. Capo IV, *Disposizioni urgenti in materia di protezione dei dati personali*, art. 9, comma 9.

⁵⁴ Come, tra l'altro, si era inizialmente ipotizzato – altresì – in sede europea, durante le consultazioni che hanno successivamente portato al *White Paper on Artificial Intelligence*.

⁵⁵ «Fino all'entrata in vigore di una disciplina legislativa della materia e comunque non oltre il 31 dicembre 2023», art. 9, *cit.* In questi termini già l'emendamento 9.500 (testo 2), Senato della Repubblica XVIII Legislatura, *Fascicolo Iter DDL S. 2409*, 21/11/2021. Del tema si è recentemente occupata anche la rivista online *Wired*, su *wired.it*, L. Carrer (a firma di), 19 Novembre 2021.

⁵⁶ «...avente lo scopo di velocizzare l'identificazione, da parte dell'operatore di polizia, di un soggetto ricercato della cui immagine facciale si disponga, ferma restando l'esigenza dell'intervento dell'operatore per verificare l'attendibilità dei risultati prodotti dal sistema automatizzato», GPDP, *Sistema automatico di ricerca dell'identità di un volto* -26 luglio 2018 [9040256], 26 Luglio 2018.

⁵⁷ GPDP, *Parere sul sistema Sari Real Time -25 marzo 2021 [9575877]*, 25 marzo 2021. Recentemente il Garante si è inoltre espresso favorevolmente all'utilizzo delle c.d. *body cam* da parte del Ministero dell'Interno e dell'Arma dei Carabinieri, purché prive di tecnologie di *facial recognition* (GPDP, 9698442, 10 Settembre 2021). Coerentemente, la Proposta di Regolamento indica l'identificazione biometrica remota in real-time come «*particularly intrusive in the rights and freedoms of the concerned persons, to the extent that it may affect the private life of a large part of the population, evoke a feeling of constant surveillance and indirectly dissuade the exercise of the freedom of assembly and other fundamental rights*». 2021/0106 (COD) Proposal, *Considerando n. 28*.



una inedita sensibilità, costituendo il paradigmatico caso in cui l'utilizzo della medesima tecnologia potrebbe rappresentare – come precisa il Centre for European Policy Studies⁵⁸ – *both a blessing and a curse*. Ne pare ben consapevole il Consiglio d'Europa quando precisa che il riconoscimento facciale non può essere utilizzato in ambienti incontrollati, al solo scopo di carpire dati che possano condurre all'identità dell'interessato⁵⁹: l'esistenza di una valida motivazione (ed il conseguente scrutinio di legittimità) assurgono dunque, come è stato efficacemente sintetizzato⁶⁰, al rango di vero e proprio diritto (si noti inoltre come analoghe problematiche emergano naturalmente anche in prospettiva comparata, *a fortiori* in Paesi le cui autorità pubbliche fanno da tempo uso dell'AI: ne è un esempio paradigmatico l'India, la cui Corte Suprema si è di recente pronunciata sulle condizioni di legittimità del sistema – *Aadhaar* – adottato dalla più popolosa democrazia del pianeta per identificare tramite dati biometrici i propri cittadini)⁶¹. Lo stesso EDPS aveva d'altronde chiesto – e poi ribadito – un *ban* sui sistemi di identificazione biometrica da remoto nei luoghi pubblici⁶². Altresì, ai tempi del riconoscimento biometrico la distinzione tra identificazione e identità assume le fattezze di una china estremamente scivolosa: il volto dell'individuo è infatti – nella società dell'informazione, tra capitalismo della sorveglianza⁶³ e *dataveglianza*⁶⁴ – il segno d'identificazione per eccellenza, attraverso cui collegare un nome a un volto, ma – anche – conoscere le idee politiche o – di più – comprendere lo stato d'animo di una persona⁶⁵. Trasformare (non le azioni, bensì) le *espressioni* in dati, implica il superamento dell'identificazione, arrivando al cuore dell'identità personale intesa come insieme di convinzioni, pensieri e sentimenti qualificanti ogni soggetto come un *unicum* (cade, insomma, il più importante baluardo di tutela individuale)⁶⁶.

⁵⁸ CEPS, *Artificial Intelligence and cybersecurity. Benefits and perils*, su www.ceps.eu, 2021.

⁵⁹ «For the sole purpose of determining a person's skin colour, religious or other belief, sex, racial or ethnic origin, age, health or social status to be prohibited», Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data, *Convention 108: Guidelines on facial recognition*, 28 gennaio 2021. Citato anche da F. PAOLUCCI, *Riconoscimento facciale e diritti fondamentali: è la sorveglianza un giusto prezzo da pagare?*, in *MediaLaws*, 1, 2021.

⁶⁰ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE Online*, 3, 2020, che tuttavia ne parla con specifico (ma, potrebbe dirsi, non preclusivo) riferimento alla giustizia (per cui anche F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1, 2020).

⁶¹ *Justice K. S. Puttaswamy (Retd.) and Anr. vs Union Of India And Ors*, 24 Agosto 2017.

⁶² EDPS, *Artificial Intelligence Act: a welcomed initiative, but ban on remote biometric identification in public space is necessary*, 23 Aprile 2021.

⁶³ Ormai nota espressione riconducibile a S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, London, 2019. Più di recente si v. anche D. LYON, *La cultura della sorveglianza. Perché la società del controllo ci ha reso tutti controllori*, Roma, 2020.

⁶⁴ P. PERRI, *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, 2020.

⁶⁵ M. MURGIA (a firma di), *Emotion recognition: can AI detect human feelings from a face?*, in *Financial Times*, London, 12 Maggio 2021.

⁶⁶ Non a caso la Proposta di Regolamento qualifica tale tipo di identificazione biometrica («for the purpose of identifying or inferring emotions or intentions of natural persons on the basis of their biometric data») come «ad alto rischio». 2021/0106 (COD) Proposal (Article 3(34)).

Più diffusamente sul tema si v. anche G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli, 2021.

Nell'identificazione biometrica, potrebbe quasi dirsi, si confondono *habeas data* e una nozione letterale di *habeas corpus*, dato che il corpo diviene – egli stesso – dato, aprendo le porte del foro individuale interno.

Infine, come anticipato, sul campo dell'identificazione personale e dell'identità si giocherà, nessun dubbio in merito, la partita del futuro tra nuove forze private e potere pubblico, obbligando quest'ultimo a riformare le proprie tecniche di produzione del diritto per cercare, ammesso che non sia già troppo tardi – di riscrivere le regole fondamentali della grammatica giuridica⁶⁷ e, così, recuperare (parte della) propria rappresentanza politica.

5. Intelligenza artificiale, identificazione, identità: le prospettive di regolazione alla luce della Proposta di Regolamento. Verso un *algorithmic social contract*?

L'art. 3 della Proposta di Regolamento considera sei differenti tipologie di sistemi *AI-based*: ad una descrizione, potrebbe dirsi, generale e onnicomprensiva di *artificial intelligence system* (art. 3 (1)) fanno infatti seguito le definizioni di *emotion recognition system* ((art. 3 (34))⁶⁸; *biometric categorisation system* (definito – art. 3 (35))⁶⁹ – come un sistema non solo capace di ma specificamente designato per classificare gruppi di soggetti in categorie o gruppi – sociali, economici, razziali – comuni); nonché di identificazione biometrica remota, a distanza e senza una previa conoscenza in tal senso da parte del soggetto – dei soggetti – identificati, art. 3 (36): quest'ultima categoria di *AI-based system* viene ulteriormente distinta dalla Proposta in sistemi operanti in *real-time* (art. 3 (37))⁷⁰ o in differita (*'post remote biometric identification system'*, art. 3 (38))⁷¹. Ogni tipologia di sistema viene classificata in base al rischio che il relativo utilizzo implica per i diritti fondamentali degli interessati. Da tale suddivisione discende, conseguentemente, la concreta ammissibilità o meno delle operazioni di trattamento dei dati biometrico-identificativi, oltre alla fissazione dei limiti di legittimità del medesimo: i sistemi in grado di influenzare e distorcere in via subliminale il comportamento individuale sono *in toto* vietati; quelli ad alto rischio richiedono necessariamente una previa valutazione di stretta conformità e, poi, il rispetto di stringenti requisiti obbligatori; mentre viene richiesto il rispetto degli standard minimi di sicurezza ed affidabilità ai sistemi implicanti un rischio limitato o minimo.

⁶⁷ F. MUSELLA, *Legge e amministrazione digitale. Lo spazio conteso della regolazione pubblica*, in *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà*, *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2021. Del resto, pur se con una differente sfumatura, anche CGUE C-507/17 ha contribuito ad evidenziare ancora una volta quanto la territorialità del diritto presti il fianco alla vocazione globale del digitale.

⁶⁸ «*emotion recognition system 'means an AI system for the purpose of identifying or inferring emotions or intentions of natural persons on the basis of their biometric data'.*»

⁶⁹ «*biometric categorisation system 'means an AI system for the purpose of assigning natural persons to specific categories, such as sex, age, hair colour, eye colour, tattoos, ethnic origin or sexual or political orientation, on the basis of their biometric data'.*»

⁷⁰ «*real-time 'remote biometric identification system 'means a remote biometric identification system whereby the capturing of biometric data, the comparison and the identification all occur without a significant delay. This comprises not only instant identification, but also limited short delays in order to avoid circumvention'.*»

⁷¹ «*'post remote biometric identification system 'means a remote biometric identification system other than a 'real-time 'remote biometric identification system'.*»

D'altronde, la pur breve analisi diacronica dell'evoluzione concettuale che ha investito i modelli tradizionali di identificazione e identità, alterandone la disciplina in profondità, ha contribuito ad appalesare le difficoltà metodologiche con cui giocoforza il diritto si confronta durante ogni tentativo d'interpretazione di una società in perenne – e rapidissimo – movimento. Anche per tale ragione, allora, è pienamente condivisibile l'approccio, *made in Bruxelles*, spiccatamente *risk-based*; potendosi – solo così – aspirare ad una regolamentazione adattiva (*adaptive*), capace di resistere allo stress definitorio che l'evoluzione artificiale impone e imporrà alle menzionate categorie.

Certamente, l'AI del futuro dovrà essere quanto più possibile un'AI *explainable* (che, dunque, compia un passo ulteriore rispetto alla mera interpretabilità degli *output* algoritmici)⁷². Quando invece adottare soluzioni XAI non sarà possibile, l'intelligenza artificiale dovrà necessariamente essere sicura e *trustworthy*⁷³, in grado cioè di ingenerare fiducia nei cittadini (che ne sono invero utilizzatori ed al contempo destinatari designati).

Tutto ciò vale, *a fortiori*, quando vengano in considerazione concetti – come quelli di identificazione e identità personale – da un lato particolarmente permeabili al decorso del tempo, all'evoluzione tecnologica e al mutamento della sensibilità collettiva, dall'altro comunque imprescindibilmente legati alle garanzie costituzionali (dunque, immutabili) della persona. Aree, dunque, la cui disciplina giuridica deve avere come faro il rapporto tra individui, solamente *mediato* dalle macchine (e non, invece, dalle stesse sostituito né controllato). Recente letteratura scrive, in proposito⁷⁴, di un *algorithmic social contract*, orientato ad un modello istituzionale basato sull'interazione tra umani e algoritmi di *governance*, integrato da meccanismi per negoziare i valori dei vari stakeholder interessati dai sistemi di AI e, in definitiva, monitorare il rispetto dell'accordo: certo è che, come ricordato⁷⁵ in una nota congiunta a firma European Data Protection Board – European Data Protection Supervisor, *a lot of work remains to be done*.

⁷² Sul punto si v. anche *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Commissione Europea, Aprile 2019.

⁷³ M. TADDEO, T. MCCUTCHEON, L. FLORIDI, *Trusting Artificial Intelligence in Cybersecurity is a Double-Edged Sword*, in *Nature Machine Intelligence*, n. 1, 2019 distinguono tra *reliance* e *trust*, evidenziando come la "fiducia" diverga dal cieco e acritico - dunque intrinsecamente pericoloso - affidamento.

⁷⁴ I. RAHWAN, *Society-in-the-loop: programming the algorithmic social contract*, in *Ethics Inf. Technol*, Massachusetts Institute of Technology (MIT), Cambridge, 2018.

⁷⁵ EDPB- EDPS, *Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, 18 Giugno 2021.

Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria

*Carlotta De Menech**

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND SELF-DETERMINATION IN MEDICAL FIELD

ABSTRACT: The use of artificial intelligence in medicine raises many legal issues. This essay examines how medical AI intersects with the right to informed consent and the principle of self-determination. The author highlights that the complexity and opacity of machine learning could dissuade the patient from consenting AI treatment and, therefore, induce him to give up the benefits that this technology usually brings to his health. Consequently, the author suggests adjusting the content of the information due to the patient, taking into account the limited knowledge that ordinary people have about artificial intelligence, and, more generally, redefining the boundaries of the principle of informed consent.

KEYWORDS: artificial intelligence, machine learning, self-determination, informed consent, data protection

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Informazione finalizzata al consenso terapeutico e IA: posizione del problema – 3. La disciplina del consenso informato tra diritto vigente e diritto vivente – 4. Varietà di fattispecie e flessibilità delle soluzioni – 5. Autodeterminazione informativa, dati sanitari e IA – 6. Uno sguardo ai prossimi scenari e qualche parola conclusiva.

1. Considerazioni introduttive

Ad ogni generazione di giuristi è toccato il compito di indagare gli effetti che l'avvento di una nuova tecnologia ha sortito su uno (o più) istituti di diritto. Solo alcuni esempi: alla generazione del primo novecento, i mutamenti che la motorizzazione del traffico stradale ha indotto nel campo della responsabilità civile; alla generazione della metà del secolo scorso, le ricadute che i modelli produttivi di massa hanno comportato sulla formazione dell'accordo e, nuovamente, sulla responsabilità civile; alla generazione dell'ultimo scorcio del novecento, l'incidenza della digitalizzazione e della telematica sulla forma del contratto, nonché sul contenuto del diritto patrimoniale d'autore. Alla generazione di oggi spetta invece il compito di studiare il rivolgimento che lo sviluppo dell'intelligenza

* *Ricercatrice di diritto privato, Università di Pavia. Mail: carlotta.demenech@unipv.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*



artificiale (d'ora in avanti, IA¹) sembra capace di provocare all'interno di ogni area del diritto², incidendo su molti dei rispettivi segmenti ed istituti³.

Uno degli ambiti maggiormente segnati dal progredire dell'IA è senz'altro il diritto sanitario; e ciò in ragione della fortuna che le applicazioni della tecnologia in parola hanno avuto in campo medico. Evidente è infatti il guadagno che l'interazione tra fattore umano e sistemi c.d. intelligenti può comportare in termini di tutela del diritto alla salute, inteso nell'accezione (positiva) di diritto a ricevere prestazioni sanitarie sicure e trattamenti terapeutici adeguati. Come ha rilevato il Parlamento europeo nel contesto di due Risoluzioni in materia di diritto civile e intelligenza artificiale⁴ e come ribadito successivamente dalla Commissione nel *White Paper on Artificial Intelligence*⁵, i dispositivi medici intelligenti risultano particolarmente adatti a svolgere operazioni chirurgiche ad alta precisione, ad eseguire procedure ripetitive (quali, ad es., analisi di esami, radiografie e Tac), oppure ancora a svolgere compiti di assistenza personalizzati (si pensi ai sistemi, c.d. di *continuous glucose monitoring*, capaci di rilevare,

¹ *In limine*, occorre segnalare che – nel linguaggio comune, come nella letteratura scientifica – esistono molteplici definizioni di IA (al riguardo, si veda l'ampia ricerca condotta da A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*. Bruxelles, European Parliament, 2020, Committee on Legal Affairs, 15 ss.); onde conviene precisare che, nell'ambito di questo scritto, si farà riferimento all'IA, principalmente, nel senso (limitato) di branca della scienza informatica che studia e riproduce i meccanismi dell'intelligenza, servendosi delle tecniche di *self-learning* e delle loro applicazioni (v. *infra* nt. 17). La mutevolezza semantica del lemma "intelligenza artificiale" è problema che ha dovuto affrontare anche la Commissione europea nel formulare la "Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione", resa pubblica il 21 aprile 2021 (d'ora in avanti proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale o anche solo proposta di Regolamento). Il considerando n. 6 del documento rileva infatti la necessità di delimitare la nozione di IA «in maniera chiara al fine di garantire la certezza del diritto, prevedendo nel contempo la flessibilità necessaria per agevolare i futuri sviluppi tecnologici». L'art. 3 n. 1 della proposta definisce quindi il «sistema di intelligenza artificiale» come «software [...] che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono».

² Nonché, in prospettiva futura, persino all'interno dell'ordinamento complessivamente inteso: l'IA potrebbe, infatti, mutare i modi di produzione del diritto e di amministrazione della giustizia (cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Tecno-regolazione e diritto. Brevi note su limiti e differenze*, in *Dir. inf.*, 2017, 147 ss.; e, rispettivamente, A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, parte I e II, *passim*).

³ Così che, limitando lo sguardo al diritto privato, la diffusione della tecnologia in parola sembra capace di: alterare la nozione di soggettività giuridica (sul tema, v. G. P. CIRILLO, *I soggetti giuridici digitali*, in *Contr. impr.*, 2020, 573 ss.), incidere sui diritti della persona (oggetto di particolare attenzione le implicazioni della nuova tecnologia sulla privacy: v., *ex multis*, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.), trasformare il governo dei rapporti di famiglia (E. AL MUREDEN e R. ROVATTI (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, Torino, 2020, *passim*), influire sul diritto delle obbligazioni (in proposito, si v. G. BIFERALI, *Big data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al peer to peer lending*, in *Dir. inf.*, 2018, 487 ss.); indurre un ripensamento della disciplina generale del contratto (G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss.), modificare il funzionamento dei singoli contratti (cfr., ad es., E. BATTELLI, *Big data e algoritmi nel settore assicurativo: vantaggi e nuovi rischi*, in *Corr. giur.*, 2019, 1517), condizionare i modelli della responsabilità civile (molto vasta la letteratura in argomento: si v., da ultimo, U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1246 ss.).

⁴ Si tratta della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile della robotica e della Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale.

⁵ Ci si riferisce al *White Paper On Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust* del 19 febbraio 2020.



ma anche di prevedere l'andamento del tasso glicemico nei pazienti diabetici). Le due Risoluzioni ed il *White Paper* hanno, inoltre, evidenziato che quando l'intelligenza artificiale è associata a una diagnosi umana, il tasso di errore e le tempistiche tendono ad essere significativamente inferiori rispetto alle diagnosi effettuate esclusivamente da un medico⁶. Ancora, e più di recente, la proposta di Regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale⁷ sottolinea che l'impiego di questa tecnologia nei c.d. «settori ad alto impatto», tra cui vi è (anche) quello sanitario, garantisce «un miglioramento delle previsioni, l'ottimizzazione delle operazioni e dell'assegnazione delle risorse e la personalizzazione dell'erogazione dei servizi», potendo pertanto contribuire «al conseguimento di risultati vantaggiosi dal punto di vista sociale [...] nonché fornire vantaggi competitivi fondamentali [...] all'economia europea»⁸. Così, in particolare, l'uso dell'IA in campo medico potrebbe comportare un risparmio di spesa nell'assistenza sanitaria e, quindi, consentire di destinare maggiori risorse alla prevenzione e alla ricerca biomedica⁹.

Tali (e tanti) vantaggi nelle cure e nell'avanzamento scientifico non si presentano, peraltro, disgiunti da rischi empirici, complessità (o limiti) tecnici, preoccupazioni etiche e quindi – *tous entrelacés* – da problemi giuridici¹⁰. Talvolta, i contenuti nuovi, emergenti dall'impiego dell'IA in medicina, abbisognano della creazione di strutture nuove da parte del legislatore. È questo, verosimilmente, il caso dei danni cagionati dall'agire autonomo di dispositivi medici intelligenti, i quali faticano a trovare adeguata collocazione negli attuali «stilemi della responsabilità civile»¹¹. Talaltra, le questioni poste dalla tecnologia computazionale necessitano soltanto di una ricalibratura delle regole o dei principi esistenti ad opera dell'interprete. È questo, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, il caso delle molteplici tensioni che le insidie associate allo sviluppo e all'uso medico dell'IA generano sul piano del diritto di autodeterminazione individuale. Più in particolare, questo contributo è distinto idealmente in due parti: ad una prima dedicata all'impiego di dispositivi medici dotati di IA nella diagnosi o nelle cure e al

⁶ È questo un vantaggio che l'epidemia da covid-19 ha reso particolarmente evidente: basti pensare che l'uso di dispositivi dotati di IA permette di diagnosticare l'infezione da coronavirus in circa venti secondi, tempo decisamente inferiore a quello comunemente necessario per processare i tamponi (v. E. STRADELLA, in *Forum AI and Law*, in questa Rivista, 1, 2020, 509 s.). Per un'analisi delle varie applicazioni dell'IA nel settore della diagnostica M. LUPTON, *Some ethical and legal consequences of the application of artificial intelligence in the field of medicine*, in *Trends Med*, 2018, 1 s.

⁷ Ci si riferisce alla proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale menzionata supra nt. 1. Per un'ampia analisi dell'impianto e dei contenuti della proposta si può fare rinvio a C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in questa Rivista, 3, 2021, 415 ss.

⁸ In questi termini il par. 1.1 della Relazione alla proposta di Regolamento e similmente il considerando n. 3 della medesima.

⁹ Come, del resto, le istituzioni europee avevano già messo in luce nei documenti citati supra nt. 4.

¹⁰ Segnatamente, il considerando n. 4 della proposta di Regolamento, paventa rischi e possibili pregiudizi per «gli interessi pubblici e i diritti tutelati dalla legislazione dell'Unione».

¹¹ L'espressione è di M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1689 ss. Tra le categorie nuove che appaiono destinate a descrivere e regolare i problemi legati all'intelligenza artificiale merita menzione quella di «sistemi o prodotti ad alto rischio», su cui verte la parte più corposa della recente proposta di Regolamento. Alla categoria in parola vengono riportati, tra gli altri, i dispositivi medici ed i dispositivi medico-diagnostici in vitro: v. allegato II a l'art. 6, comma 1, della proposta fa rinvio.

consenso che il paziente deve prestare rispetto a queste ultime, fa seguito una seconda parte focalizzata sull'utilizzo dei dati sanitari nello sviluppo di sistemi computazionali e sulle difficoltà di legittimare e regolare un simile trattamento. Un paragrafo finale accenna alle connessioni tra IA e salute a cui potrebbe assistersi nel prossimo futuro, e formula una considerazione conclusiva.

2. Informazione finalizzata al consenso terapeutico e IA: posizione del problema

Andiamo, quindi, ad affrontare per prime le questioni che l'ingresso dell'IA nella prestazione terapeutica può determinare in ordine all'istituto del consenso informato o meglio – utilizzando un'espressione maggiormente esplicativa e fedele alle norme susseguites in materia¹² – del processo informativo finalizzato al consenso.

Si è evidenziato, in premessa, il ragguardevole guadagno che le applicazioni sanitarie dell'IA comportano in termini di sicurezza e tempestività della diagnosi¹³, nonché in termini di efficacia e precisione delle cure¹⁴. A tali risvolti positivi si accompagnano tuttavia – anche questo lo si è già accennato al numero precedente – diversi aspetti problematici.

¹² Come noto, da più parti viene fatta rilevare l'improprietà della traduzione *verbum pro verbo* dell'inglese "informed consent" nell'italiano "consenso informato": un'improprietà linguistica che restituisce, peraltro, l'idea di una comunicazione da esaurirsi in un momento puntuale, se non addirittura attraverso un mero scambio burocratizzato (così, ad es., S. ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. VII, Torino, 2012, 197; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 41; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 248; I. PIZZIMENTI, *Il diritto di conoscere o non conoscere il proprio stato di salute: modalità e contenuto dell'informazione*, *ivi*, 2019, 67; I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, *ivi*, 43). Per contro, una ricostruzione maggiormente realistica e sostanziale del consenso informato induce a considerare quest'ultimo alla stregua di un processo informativo e dialogico tra medico e paziente. Questa concezione è stata da tempo accolta ed esplicitata all'interno dei documenti etici internazionali concernenti la ricerca medica [cfr., in particolare, E6 (R2) *Guideline for Clinical Good Practice*, ICH, *Integrated Addendum to ICH E6 (R1)*, 2016, § 1.28; e CIOMS, *Ethical Guidelines for Health-Related Research Involving Humans*, 2016, Commentary on Guideline, 9], e, più di recente, è stata ripresa e traspunta al consenso informato in ambito terapeutico (in questo senso v. l'art. 1, comma 8, l. 22 dicembre 2017, n. 219, a mente del quale «[i]l tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura»).

¹³ Per alcune esemplificazioni concrete, basta scorrere le pubblicazioni scientifiche più recenti: v., ex multis, A. RAO, H. FISHMAN, *Accessible artificial intelligence for ophthalmologists*, in *Eye*, 2022, ove viene prospettato l'utile impiego dell'IA nel settore della prevenzione delle malattie oculari; S. GOTO, K. MAHARA, L. BEUSSINK-NELSON et al., *Artificial intelligence-enabled fully automated detection of cardiac amyloidosis using electrocardiograms and echocardiograms*, in *Nat Commun*, 2021, 2726 ss., ove viene presentato un sistema IA per la diagnosi tempestiva di amiloidosi cardiaca.

¹⁴ I software di IA consentono, per es., di condurre operazioni chirurgiche dirette all'asportazione di calcoli renali, seguendo la traiettoria ottimale e meno invasiva: cfr. R. TREGUNNA, *Artificial intelligence for intrarenal access*, in *Nat Rev Urol*, 2021, 18 ss.

Per quanto qui interessa, occorre anzitutto considerare che il paradigma tecnologico in parola è caratterizzato da una notevole opacità¹⁵: opacità che – come da un autore vien fatto rilevare¹⁶ – risulta, per un verso, legata alla necessità di preservare il segreto industriale sotteso alla singola applicazione di IA, per altro verso, dovuta alla cripticità del linguaggio computazionale di cui quest’ultima si avvale, e per altro verso ancora, connaturata ai metodi di *deep learning* che presiedono allo sviluppo ed al funzionamento di alcuni dispositivi c.d. autonomi¹⁷. A quest’ultimo profilo (eventuale) si ricollega il ben noto problema della *black box*: guardando al codice sorgente, ingegneri e tecnici riescono ad intuire la logica del sistema, la sua architettura algoritmica, e la struttura del *database*; mentre non possono comprendere (e, dunque, neppure spiegare) le modalità attraverso cui la macchina giunge a proporre determinate soluzioni concrete¹⁸.

Dalla scarsa trasparenza – o talora, come appena detto, imperscrutabilità – dell’IA derivano una serie di criticità ulteriori, che si specificano in ragione dell’ambito in cui tale tecnologia risulta impiegata. E così, in particolare, nel settore sanitario l’inintelligibilità del procedimento con cui un sistema di IA arriva a consigliare una certa opzione diagnostica o terapeutica può indurre il medico ad affidarsi ciecamente a quest’ultima, inibendolo dal compiere valutazioni autonome e dall’assumere decisioni diverse da quelle suggerite dalla macchina¹⁹. D’altro canto, l’opacità della tecnologia in parola risulta

¹⁵ Anche questo è un problema a cui la proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale tenta di fare fronte, stabilendo che ogni sistema IA ad alto rischio debba essere progettato e sviluppato in maniera tale da garantire «un tipo e un livello di trasparenza adeguati» (così l’art. 13; e v. sul punto anche i considerando 14 e 47; e l’art. 13). Come rilevano C. CASONATO, B. MARCHETTI, *op. cit.*, 427, la scelta prima facie non molto rigorosa della Commissione europea dipende dalla impossibilità di pretendere un grado di trasparenza assoluta in materia di IA, ostandovi le caratteristiche essenziali di questa tecnologia. Sul problema della trasparenza v. anche la recente pronuncia del TAR Lazio, 18 dicembre 2020, n. 13692.

¹⁶ V. A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 366 ss.

¹⁷ Tentando di semplificare, può dirsi che le applicazioni dell’IA sfruttano metodi di autoapprendimento che muoiono dall’analisi di dati, identificano modelli di interazione tra essi, per poi calare i modelli identificati su dati diversi. I metodi di machine learning possono esser suddivisi in due categorie: da un canto, vi sono i c.d. *supervised methods*, i quali operano raccogliendo un grande numero di *training cases* classificati e annotati (nel caso di cui è parola, classi di casi clinici) che contengono degli *inputs* e degli *outputs*, e quindi procedendo all’elaborazione di *patterns* o schemi ripetitivi tra *inputs* ed i corrispondenti *outputs*; in questo modo, l’algoritmo impara a produrre il corretto *output* anche a fronte di problemi clinici del tutto nuovi. D’altro canto, vi sono i c.d. *unsupervised methods*, i quali lavorano su dati non previamente organizzati ed etichettati, e creano delle relazioni algoritmiche attraverso tecniche di autoapprendimento che sfuggono al controllo umano, ad esempio il c.d. *deep learning* ossia una rete neurale artificiale che sviluppa algoritmi destinati a rimanere oscuri anche al programmatore.

¹⁸ La letteratura sul problema della black box è particolarmente ampia: v., tra i molti, F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, 2015, *passim*; W. NICHOLSON PRICE II, *Black-box Medicine*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2015, 419 ss.; ID., *Regulating Black-box Medicine*, in *Michigan Law Review*, 2017, 421 ss.; P. VOGEL, *A “right to explanation” for algorithmic decisions*, in A. SANTOSUOSSO, G. PINOTTI, *Data-Driven Decision Making. Law, Ethics, Robotics, Health*, Pavia, 2019, 50; CHARLOTTE A. TSCHIDER, *Beyond the “Black Box”*, in *Denver Law Review*, 2021, 683 ss. E più specificamente, in ordine a *black box* e consenso informato, v. K. ASTROMSKE, E. PEIČIUS, P. AMSTROMKIS, *Ethical and Legal Challenges of Informed Consent Applying Artificial Intelligence in Medical Diagnostic Consultations*, in *AI and Society*, 2021, 512.

¹⁹ Segnala questo rischio il Comitato Nazionale per la Bioetica, parere “Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici” del 29 maggio 2020, 11, evidenziando la necessità che la relazione medico-paziente preservi una dimensione umana e la professione sanitaria resti una prerogativa del medico (v. p. 10). Sul rischio di over-reliance v. anche K. ASTROMSKE, E. PEIČIUS, P. AMSTROMKIS, *op. cit.*, 514.





evidentemente malacconcia rispetto all'obiettivo di prospettare al paziente uno scenario diagnostico-terapeutico chiaro ed affidabile²⁰, con riguardo al quale egli possa riuscire ad autodeterminarsi razionalmente. E si profila, quindi, il pericolo che il paziente – reso edotto (ma non cosciente) dei dispositivi IA implicati nel trattamento sanitario – effettui la propria scelta in ordine a quest'ultimo, basandosi su una vaga intuizione delle tecnologie menzionategli, o (addirittura) su un'idea preconcepita della tecnologia in genere²¹.

Se l'opacità è caratteristica che, di per sé, non ostacola il percorso di cura, nello sviluppo o nell'agire dell'IA possono tuttavia annidarsi anche fattori aventi valenza prettamente negativa, tali da compromettere l'esito della diagnosi o della terapia. Vi è, in primo luogo, il rischio che i sistemi di IA risultino viziati da *bias* cognitivi, cioè programmati su un campione di dati non sufficientemente rappresentativo e, perciò, non siano del tutto adatti a svolgere le prestazioni sanitarie per cui vengono impiegati²²: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui un'apparecchiatura impiegata nella diagnosi del tumore al seno sia stata sviluppata impiegando un *data set* composto da sole donne caucasiche, ad onta del fatto che esse risultano avere una densità mammaria diversa da quella delle donne afro-americane; con la conseguente minore attendibilità dello strumento con riguardo a queste ultime²³.

Vi è, in secondo luogo, il problema del deficit etico dell'IA e, quindi, dell'inidoneità di quest'ultima a compiere le "scelte tragiche" che, non di rado, si presentano in medicina: si pensi, per esempio, alla necessità di decidere se sottoporre una giovane donna affetta da una neoplasia maligna dell'apparato genitale ad un intervento demolitivo, oppure tentare un approccio chirurgico meramente conservativo (in assenza di una specifica scelta della paziente nell'uno o nell'altro senso)²⁴.

Da ultimo, occorre considerare che l'utilizzo di apparecchiature mediche intelligenti (diminuisce, ma) non azzerà il rischio di eventi pregiudizievoli per la salute del paziente e, talvolta, proprio da (sia pure) eccezionali episodi di malfunzionamento di tali dispositivi possono derivare conseguenze dannose²⁵: si

²⁰ Come incisivamente illustrato da D. SCHIFF, J. BORENSTEIN, *How should clinicians communicate with patients about the roles of artificially intelligent team members?*, in *AMA J. Ethics*, 2019, 139 s.

²¹ Intuizione e idea che rischiano peraltro di risultare fortemente condizionate dal sentimento di paura e scetticismo che ancora oggi impronta la percezione collettiva dell'intelligenza artificiale, come ha cura di spiegare P. COSTA, *Cosa ci spaventa dell'intelligenza artificiale?*, in *questa Rivista*, 2021, 1, 303 ss.

²² Il tema dei *bias* è affrontato ampiamente da S. SCALZINI, *Alcune questioni a proposito di algoritmi, dati, etica e ricerca*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 169 ss. La recente proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale dedica un'apposita disciplina alla raccolta e gestione dei set di dati di addestramento, da cui emerge in particolare la preoccupazione che dall'incompletezza del data set possano derivare errori o distorsioni nel funzionamento del sistema IA (cfr. art. 10, commi 2 e 3, della proposta).

²³ È questo un rischio che viene evidenziato dalla maggior parte degli studi diretti alla implementazione di *AI system for breast cancer screening*: cfr., tra i vari, K. MICHALIDOU, S. LINDSTRÖM, S., J. DENNIS et al., *Association analysis identifies 65 new breast cancer risk loci*, in *Nature*, 2017, 92 ss.

²⁴ Decisione che, invece, il medico può assumere fondandosi sul quarto principio dettato dalla Carta Europea di etica medica, secondo cui «[il] medico tiene conto della vita e del lavoro del paziente come determinanti della salute».

²⁵ Secondo i dati raccolti dalla U.S. Food and drug administration nel periodo tra il 2000 e il 2013, sarebbero occorsi circa 10.000 incidenti nel corso di procedure chirurgiche robotizzate, con 144 esiti mortali e 1391 eventi lesivi. Si è trattato, specificamente, di casi in cui la strumentazione è andata in cortocircuito o ha prodotto scosse, oppure casi in cui componenti infrante sono cadute nel corpo del paziente, od ancora casi in cui l'apparecchio si è mosso in maniera inconsulta. Nella prospettiva di aumentare la sicurezza dei dispositivi IA (e correlativamente, di limitare i danni derivanti dal loro impiego), si muove la proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale,

pensi, ad esempio, all'eventualità che un atto di pirateria informatica determini lo spegnimento improvviso del *robot* in un momento cruciale dell'operazione chirurgica²⁶.

Sulla scorta del quadro sinteticamente tratteggiato, diviene possibile formulare gli interrogativi che l'impiego di dispositivi medici intelligenti pone in ordine al processo informativo finalizzato al consenso. Anzitutto, è da chiedersi se il medico sia necessariamente tenuto a rendere il paziente edotto dell'impiego dell'IA nella prestazione diagnostica o terapeutica. Secondariamente, occorre comprendere quanto dettagliata debba esser l'informazione da dare al paziente: è sufficiente una generica descrizione della tecnologia prescelta e dei vantaggi connessi al suo uso, oppure è altresì necessario informare il paziente dei limiti che essa presenta? Bisogna comunicare a quest'ultimo la (sia pur remota) eventualità di un malfunzionamento dei dispositivi IA? Ed ancora, può ritenersi esigibile lo sforzo di spiegare al paziente il complesso funzionamento del *data mining* e degli algoritmi? Infine, là dove il dispositivo sanitario impieghi tecniche di autoapprendimento, e non sia quindi pienamente intelligibile all'uomo, dovrà il medico rendere questo fatto noto al paziente?

Il problema, che in questi interrogativi si articola, non ha dato sinora luogo ad un dibattito. Infatti, le (non numerose) voci che si sono espresse al riguardo appaiono tutte, essenzialmente, preoccupate di salvaguardare il dogma del consenso informato pure a fronte dell'avanzare della nuova tecnologia e, dunque, inclini a comprendere quest'ultima e le sue molteplici sfaccettature nel novero delle informazioni da somministrare al paziente²⁷. Volgendo lo sguardo agli Stati Uniti, è invece possibile trovare (anche) qualche opinione di segno contrario: posto che – si rileva in uno studio recente – la *common law* esonera il medico dallo spiegare al paziente tutti i complicati elementi (studi universitari, letture di aggiornamento, esperienze professionali) che si pongono alla base delle scelte terapeutiche, può analogamente ritenersi che il primo non debba svelare al secondo l'uso dell'IA; comunicazione che – si argomenta *ab inconvenienti* – a causa dell'opacità di questa tecnologia, rischierebbe di indurre la

stabilendo che l'immissione nel mercato dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio sia condizionata al rispetto di appositi requisiti delineati nel capitolo II della proposta, e che la compatibilità rispetto agli standard predetti debba essere verificata dal produttore nell'ambito della procedura di marchio di conformità europea.

²⁶ Sono queste evenienze che la proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale mira specificamente a prevenire, stabilendo che i sistemi ad alto rischio dovrebbero essere progettati in maniera tale da garantire «un adeguato livello di accuratezza, robustezza e cibersecurity e da operare in modo coerente con tali aspetti durante tutto il loro ciclo di vita» (così l'art. 15, comma 1, della proposta; e v. sul punto anche i considerando n. 49, 50 e 51).

²⁷ In questo senso, v.: A.E. TOZZI, G. CINELLI, *Informed consent and artificial intelligence*, in questa *Rivista*, *Special Issue*, 2, 2021, 106 ss.; C. CASONATO, L. VIOLANTE, *Forum: AI and Law*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 463 ss., i quali esprimono il timore che l'IA metta in crisi istituti di tutela della persona come il consenso e la *privacy*; G. MUTO, L. TOSCO, *Forum AI and Law*, *ivi*, 507; M. COSTANZA, *Il paziente di fronte all'A.I.: il consenso*, relazione tenuta nel seminario di studio "Intelligenza artificiale fra responsabilità del medico e responsabilità del produttore" organizzato dall'Università degli studi di Pavia il 15 marzo 2019. Sulla medesima linea si pongono anche le riflessioni di R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. impr.*, 2019, 861 s., la quale – pur muovendo dallo specifico spunto normativo offerto dall'art. 22 Reg. 2016/679/UE – prospetta un ampliamento del principio di autodeterminazione e di dignità umana tale da ricomprendere il diritto della persona di conoscere e «di comprendere [...] i processi decisionali» attraverso cui l'intelligenza artificiale giunge «ad incidere sulla sua sfera giuridica e vitale».

maggior parte dei pazienti a rinunciare ad essa e, così, anche ai benefici che essa comporta²⁸. Considerazioni come questa – sviluppate, per giunta, con riferimento ad un sistema giuridico, ove sia la *legal doctrine of informed consent*²⁹, che l'IA vantano ampia elaborazione – sollecitano un approfondimento volto a verificare la fondatezza dell'opinione che accomuna i giuristi interni.

3. La disciplina del consenso informato tra diritto vigente e diritto vivente

Andando ad indagare la questione dall'angolo visuale dell'ordinamento italiano, conviene anzitutto delineare il catalogo delle fonti che attualmente regolano l'istituto del consenso informato; catalogo che comprende gli artt. 2, 13 e 32 Cost., l'art. 3, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³⁰, gli artt. 1-3 della l. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), e gli artt. 16 e 33-39 del Codice di deontologia medica³¹ (approvato il 18 maggio 2014 e successivamente modificato). Le fonti, in questa materia, si combinano secondo una logica di condivisione più che di separazione gerarchica di ruoli³². Così, è noto che la regola del consenso informato è stata, dapprima, espressa all'interno di documenti sovranazionali³³; quindi, recepita dai Codici di deontologia medica³⁴; successivamente, accolta e rinsaldata dalla

²⁸ Cfr. G. COHEN, *Informed Consent and Medical Artificial Intelligence: What to Tell the Patient*, in *Georgetown Law Journal*, 2020, 1432 ss. In senso parzialmente diverso, v. D. SCHIFF, J. BORENSTEIN, *op. cit.*, 138 ss., i quali – da un canto – appaiono maggiormente propensi ad ammettere l'IA nella cerchia delle informazioni da darsi ai pazienti, ma – d'altro canto – avvertono che questi ultimi sono solitamente spaventati dall'impiego della tecnologia nel processo terapeutico e, quindi, raccomandano al medico di enfatizzare i benefici che essa comporta. La scarsa fiducia dei pazienti nei riguardi dei *robot* – specie ove l'impiego di questi ultimi venga prospettato in ordine ad operazioni chirurgiche delicate – è evidenziata dai risultati di alcuni sondaggi condotti all'estero: cfr., ad esempio, V.C. MÜLLER, N. BOSTROM, *Future progress in artificial intelligence: a survey of expert opinion*, in V.C. MÜLLER, *Fundamental Issues of Artificial Intelligence*, in *Cham*, 2016, 555 ss.

²⁹ La *informed consent doctrine* è stata esplicitamente formulata nella nota decisione *Salgo v. Leland Stanford Jr University Board of Trustees* (1957) 154 Cal. App. 2d 560, 317 P.2d 170. Peraltro, all'esistenza di un nesso tra *duty to tell the patient* «what is about to done to him» e *duty to obtain the consent* si faceva cenno, già, in *Slater v. Baker and Stapleton* (1767), 95 Eng. Rep. 860, 2 Wils. K.B. 359.

³⁰ Sempre a livello europeo, potrebbe menzionarsi inoltre l'art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) nella parte in cui tutela il diritto al rispetto della vita privata: v., in proposito, Corte EDU, *Pretty v. United Kingdom*, richiesta n. 2346/2002, 29 aprile 2002.

³¹ Si tenga conto che Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Foro it.*, 2009, p. 3167, con nota di G. Scarselli, ha affermato che le regole contenute nei codici di deontologia costituiscono fonti normative integrative del precetto legislativo. Sul valore giuridico che le regole deontologiche prima tale pronunciamento, si può rinviare alle riflessioni di E. QUADRI, *Il codice deontologico medico nei rapporti tra etica e diritto*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 925 ss.

³² Così, perspicuamente, V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 233.

³³ Com'è noto, il primo tassello dell'istituto del consenso informato venne posto nel 1946 dal "Codice di Norimberga", il quale detta come primo fondamentale criterio di legittimità degli esperimenti medici sull'uomo l'acquisizione del consenso volontario di lui. Ulteriori riconoscimenti del medesimo principio si ebbero poi nella Dichiarazione di Helsinki dell'Associazione medica mondiale sui "Principi etici per la ricerca medica che coinvolge soggetti umani" (1964), nel Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite (1976), e nella Convenzione di Oviedo sulla "Protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina" (1997).

³⁴ Il sintagma "consenso informato" compare, per la prima volta, nel Codice di deontologia medica del 1995.

giurisprudenza sulla scorta delle norme costituzionali³⁵; e soltanto infine, sancita a livello di legge ordinaria³⁶; legge che, a causa della complessità e mutevolezza della materia regolata, non può prescindere dalla fondamentale opera di specificazione ed integrazione che le altre fonti, a tutt'oggi dunque, assolvono³⁷.

Tanto premesso, si può muovere dall'art. 1 della l. n. 219 del 2017, il quale dapprima pone la necessità del «consenso libero ed informato» ai fini dell'inizio o della prosecuzione di trattamenti sanitari (v. comma 1), e di seguito illustra i modi ed i contenuti del processo informativo (v. comma 3). Nel formare questo elenco, il legislatore si è limitato a normativizzare alcuni dei connotati dell'informazione finalizzata al consenso, che la giurisprudenza aveva già precedentemente potuto enucleare sulla scorta dei principi generali e di altre fonti³⁸. Dalle prescrizioni così confluite all'interno dell'art. 1, comma 3, l. n. 219/2017 non emergono argomenti sicuri a sostegno del dovere di informare il paziente dell'eventuale adozione di metodi computazionali nel trattamento sanitario.

Anzitutto, la norma non impone espressamente al medico di comunicare al malato quali tecniche e quali mezzi verranno impiegati nello svolgimento della prestazione terapeutica. Né un simile vincolo contenutistico può ricavarsi con certezza da alcuno degli elementi che la disposizione ricomprende nel perimetro dell'obbligo informativo. Ed in particolare, là dove estende quest'ultimo alla «diagnosi» e alla «prognosi», il legislatore potrebbe voler dire che il medico è tenuto a riferire al malato solo l'esito di queste ultime, od anche i metodi impiegati nel loro svolgimento. Oppure, includendo tra i dati da comunicare i «benefici e [i] rischi [...] dei trattamenti sanitari», la norma potrebbe alludere alla natura (ad es., ablativa o conservativa) e alla durata d'intervento, od anche alla strumentazione chirurgica in uso. Né sembra che, a rimuovere queste incertezze, possano servire gli aggettivi che la legge usa per descrivere le modalità dell'informazione. Difatti, se per un verso il qualificativo «completa» potrebbe far propendere per una *disclosure* più dettagliata possibile e, quindi, estesa a tutti gli aspetti tecnici del trattamento; per altro verso, l'aggettivo «comprensibile» sembra orientare il medico verso una scelta

³⁵ Il primo riconoscimento giurisprudenziale del principio risale a Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, in Cass. pen., 1991, p. 1333. La nozione di consenso informato, accolta dalla l. n. 219 del 2017, ricalca quella precedentemente delineata da Corte cost. 23 luglio 2009, n. 253, in Giorn. dir. amm., 2009, 11, p. 1200; Corte cost. 15 dicembre 2008, n. 438, in Foro it., 2009, p. 1328; e Cass. 28 luglio 2011, n. 16543, in Danno e resp., 2012, p. 621, con nota di V. Montani.

³⁶ Peraltro, affermazioni particolari del diritto del paziente di autodeterminarsi consapevolmente in relazione a determinati trattamenti sanitari erano già rinvenibili nella legislazione speciale: v., ad es., art. 2 della l. 26 giugno 1967, n. 458 sul trapianto di rene tra persone viventi; e art. 9 della l. 14 luglio 1967, n. 592 sulla raccolta, conservazione, distribuzione del sangue umano.

³⁷ In questo senso v. A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 274 s., che sottolinea l'inadeguatezza del «modello normativistico puro», rispetto al quale si fa preferire il «paradigma neostituzionale» che «tiene conto della difficoltà dell'organo legislativo di ricevere tutte le informazioni di cui ha bisogno e di elaborarle», restando al passo «delle acquisizioni scientifiche e sperimentali [...] in continua evoluzione».

³⁸ Sulla scarsa originalità del testo legislativo rispetto agli approdi già raggiunti in precedenza dagli interpreti v. S. CACACE, *La nuova legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura e di comunicazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 935 ss.



dei contenuti tale da prevenire dubbi o fraintendimenti e, dunque, legittimamente reticente su questioni specialistiche che esorbitino dalle competenze e capacità cognitive del paziente³⁹.

Risulta a questo punto confermato che la definizione di alcuni aspetti del consenso informato deve tuttora procedere attraverso la (ri)considerazione delle fonti da cui l'istituto ha potuto prender corpo negli indugi del legislatore; all'interno delle quali, per vero, non si rinvergono risposte precise in ordine agli interrogativi posti dalla diffusione dell'IA in campo sanitario, ma possono rintracciarsi spunti, comunque, utili ad indirizzare il problema verso una sistemazione equilibrata.

Ora, l'analisi delle trattazioni correnti in tema di consenso informato consente di registrare un modulo ermeneutico secondo il quale, alla fondazione costituzionale dell'autodeterminazione terapeutica mediante lettura sistematica degli artt. 2, 13 e 32 Cost., segue una speculazione dialettica che conduce a dissolvere nella volontà del paziente lo stesso diritto alla salute. Questa riduzione della *salus* alla *voluntas* viene realizzata conferendo alla prima il significato di condizione di benessere (non solo fisico, ma) anche psichico, morale e sociale⁴⁰, ed intendendo la posizione soggettiva che su di essa verte (anziché come diritto di natura sociale) quale diritto di libertà individuale⁴¹. La situazione giuridica tutelata dall'art. 32 Cost. assume così una dimensione spirituale e identitaria che ne segna il distacco dall'integrità del corpo, e ne consente l'appiattimento sull'opinione che l'individuo ha di sé e delle cure⁴². Procedendo lungo questa china⁴³, si rischia di giungere a concepire il diritto di autodeterminazione alla stregua di un potere assoluto, privo (oltre che di limiti) di una cornice di esercizio e di un punto di

³⁹ Che l'intelligibilità dell'informazione possa procedere attraverso uno snellimento dei suoi contenuti è assodato nel campo della contrattazione bancaria e finanziaria: in questo senso v., di recente, G. LIACE, *Contratto bancario: trasparenza e leggibilità*, in *Giur. comm.*, 2021, 888 ss., secondo cui, in mancanza di una preparazione specifica del cliente, la riduzione dei dati comunicati a quest'ultimo sarebbe addirittura imposta dal principio di proporzionalità. Per contro, la dottrina fatica ad accettare una calibratura ad personam delle informazioni funzionali all'esercizio del diritto di autodeterminazione in materia sanitaria. Tale divergenza di indirizzi trova una spiegazione plausibile nel differente carattere (e rango) dei beni giuridici coinvolti; ma risulta scarsamente ragionevole, non appena si considera che la modulazione del quantum informativo nel campo bancario e finanziario non è semplicemente accettata in ragione della natura solo patrimoniale degli interessi in gioco, bensì necessitata dall'asimmetria cognitiva tra i soggetti della comunicazione.

⁴⁰ Nozione che trova conferma nel Preambolo della Costituzione OMS-WHO (22.7.1946-7.4.1948), a mente del quale «[h]ealth is a state of complete physical, mental, and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity».

⁴¹ Il distinguo tra diritti di libertà individuale e diritti sociali è tracciato da G. PECES BARBA MARTINEZ, voce *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pubb.*, V, Torino, 1990, 139 ss. ragionando in prospettiva storica.

⁴² Cfr., tra i molti, P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, 403 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Riv. AIC*, 2011, 5 ss.; I. RAPISARDA, *op. cit.*, 43 ss.; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, 99 s.; In giurisprudenza, v. Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, I, c. 2697, con note di A.M. PRINCIGALLI e G. PONZANELLI; *Trib. Milano 14 maggio 1998*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 92 ss., con nota di P. ZATTI.

⁴³ Con questo inciso si vuol alludere al rischio che un simile modo di ragionare si traduca in una *slippery slope*: rischio che (come segnala C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, reperibile su cortecostituzionale.it, 7) conduce un altro indirizzo interpretativo ad insistere per l'apposizione di limiti all'autonomia personale (v. infatti A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 270).



riferimento contenutistico. E, per corollario, l'attività informativa del medico viene concepita come un adempimento che deve tendere all'eshaustività e non lascia spazio a momenti discrezionali⁴⁴.

A contrastare questa linea argomentativa si sono opportunamente levate le voci di alcuni autori che, pur senza arrovellarsi in una interpretazione originalista dell'art. 32 Cost.⁴⁵, hanno cercato di preservarne la complessità semantica e valoriale. Contro la lettura puramente autodeterministica del disposto costituzionale si è rimarcato come esso (tanto nel primo, quanto nel secondo comma) faccia coesistere e tenti di conciliare interesse individuale e funzione sociale; con ciò, declinando nell'ambito dei rapporti etico-sociali il compromesso armonico tra diritti inviolabili e doveri di solidarietà che l'art. 2 Cost. traccia su di un piano generale⁴⁶. Concepire la salute come mera proiezione della volontà individuale – si argomenta – significherebbe obliterarne quella valenza intersoggettiva che il costituente ha invece inteso riconoscergli, e che deve proiettarsi nel rapporto con il personale sanitario, nonché nella relazione con il resto della collettività⁴⁷. Una volta recuperata la solidarietà in funzione di potenziamento della salute, quest'ultima può essere ricollocata nella mappa degli interessi in gioco e fungere da argine alla "tirannia" del diritto di autodeterminazione (ed alla correlativa espansione del dovere di informazione)⁴⁸. E così, più in particolare, l'autodeterminazione viene a ritrovare nello stato di benessere mentale e fisico della persona un punto di riferimento contenutistico⁴⁹, nel dovere di cura e nelle competenze professionali del medico una sponda attendibile, nella fragilità intellettuale del paziente un limite normale. Diversamente – ossia riducendo la relazione sanitaria al solo momento volontaristico – si finirebbe per conferire alla prima una veste puramente "contrattualistica", con il rischio di compromettere la stessa effettività del diritto di autodeterminarsi del paziente: come, del resto, dimostrano ambiti diversi (quali, ad esempio, i rapporti di lavoro e la tutela dei consumatori o degli investitori) dove la *voluntas* viene normativamente circondata da limiti poiché ritenuta, di per sé, inidonea a

⁴⁴ Descrive bene questa linea interpretativa ed i suoi risvolti A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Bari, 2018, 26 ss.

⁴⁵ A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 282 nt. 50.

⁴⁶ Cfr., in questo senso, A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 275 ss.; F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 161 ss.; poi, nuovamente, A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 457 ss.; e da ultimo, G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanascici*, Torino, 2019, 20 ss. A favore di una lettura "moderata" dell'autodeterminazione sanitaria v. anche le considerazioni di A. CARMINATI, *op. cit.*, 22 ss., la quale argomenta dalla necessità di ponderare tra gli interessi in gioco anche l'autonomia professionale del medico.

⁴⁷ Ne costituiscono prova tangibile, proprio nei giorni in cui si scrive, alcune opinioni ostili all'obbligo di vaccinazione anti-covid19 (imposto agli ultracinquantenni dal d.l. 7 gennaio 2022, n. 1); le quali si appuntano sul diritto di autodeterminazione proclamandolo come valore ex se e reputandolo capace di prevaricare l'interesse alla salute della collettività.

⁴⁸ Come noto, e sia pure in contesti diversi da quello in esame, la giurisprudenza costituzionale si è posta espressamente contro la logica dei diritti "tiranni", ossia contro gerarchie assiologiche tali da comportare la illimitata espansione di un diritto costituzionale a discapito di altre situazioni giuridiche soggettive dotate del medesimo rango: cfr., sul punto, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1478 s., e v. M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 2015, 45.

⁴⁹ Si noti che l'adesione a questa seconda linea di pensiero non comporta necessariamente il ritorno ad una concezione organicistica della salute (concezione che non sarebbe in linea con le indicazioni dell'OMS (v. *supra* nt. 40), bensì piuttosto a non compiere quell'ultroneo passaggio argomentativo che conduce a confondere il benessere psicologico del paziente con la libertà di rifiutare le cure.





proteggere posizioni soggettive deboli⁵⁰. Ed è noto che molti di tali presidi si collocano sul terreno informativo, imponendo di calibrare i modi e l'oggetto della comunicazione alle caratteristiche dell'interlocutore, la cui scarsa competenza – si spiega – può far risultare inadeguata «l'informazione, non solo quando la stessa sia carente, ma anche quando la medesima» sia «eccessiva»⁵¹.

L'esigenza di conciliare l'autonomia decisionale del singolo con le sue capacità cognitive ed il suo stato morale viene talora avvertita dalla giurisprudenza in materia sanitaria. Significative, in questo senso, sono le parole impiegate dalla Cassazione⁵² per spiegare la *ratio* della massima (ricorrente nel diritto applicato) secondo cui la prestazione informativa del medico deve contemplare i rischi oggettivi e normali della terapia, ma non deve estendersi agli «esiti anomali al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo *l'id quod plerumque accidit*»⁵³: non si può «disconoscere» – spiega il giudice di legittimità –

«che l'operatore sanitario deve contemperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remota eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento, evitando quindi quella che la giurisprudenza francese definisce una "réaction dangereuse" del paziente»

si correrebbe il rischio di instillare nel paziente un sentimento di paura che potrebbe dissuaderlo dal sottoporsi ad un'operazione di pressoché sicura riuscita⁵⁴. Sullo sfondo di questo argomento, si scorge l'idea che l'informazione sanitaria debba (o, per lo meno, possa) esser calibrata sullo stato mentale e sulle attitudini cognitive del paziente e possano esser legittimamente orientate a favorire la salvaguardia della sua salute.

La necessità di adeguare il contenuto ed i modi della comunicazione tra medico e paziente alla «capacità di comprensione [...] sensibilità e reattività emotiva» del secondo è riconosciuta anche dal Codice di deontologia medica (v. art. 33), sia pure senza indulgere ad una prospettiva tendente al ripristino del privilegio ippocratico, ovvero al recupero della concezione paternalistica del rapporto terapeutico⁵⁵.

Tanto l'indicazione riportata da ultimo, quanto l'indirizzo giurisprudenziale menzionato più in alto sottendono una sintesi tra interessi concorrenti⁵⁶: da un canto, la libertà e l'informazione del paziente e,

⁵⁰ Lo rilevano A. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit. 294 s.; e L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, 253.

⁵¹ Così R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, XI, Torino, 2018, 56, a proposito dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari.

⁵² Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 688.

⁵³ Cfr., tra le tante, Cass., 20 maggio 2016, n. 10414; Cass., 11 dicembre 2013, n. 27751; App. Bologna 2 febbraio 2006; Trib. Milano 28 gennaio 2020; Trib. Bologna 8 agosto 2005.

⁵⁴ Così Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, cit. e, in senso analogo, Trib. Bologna 8 agosto 2005, cit. Lo spunto è ripreso, in dottrina, da M. FOGLIA, *op. cit.*, 69, il quale spiega che la necessità di escludere dal perimetro dell'informazione i rischi imprevedibili è sostenuta anche dalla classe medica, adducendo la spiegazione che «l'effetto sarebbe quello di spaventare i pazienti e scatenare in loro reazioni impulsive, finanche il rifiuto immotivato delle cure».

⁵⁵ Nella versione attuale dell'art. 33 del Codice di deontologia medica è stata peraltro espunta l'indicazione secondo cui il medico deve comunicare con il paziente «al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche». Sull'evoluzione del rapporto medico-paziente v. G. AZZONI, *Il consenso informato: genesi, evoluzione, fondamenti*, in G. VIAFORA (a cura di), *A lezione di bioetica. Temi e strumenti*, Milano, 2015, 172 ss.

⁵⁶ Di sintesi tra salute e autodeterminazione, del resto, parla anche la sentenza della Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, cit.



d'altro canto, i doveri del medico ed il bene della salute. Sintesi e non bilanciamento, poiché le direttive in parola non realizzano una compressione del primo polo al fine di ampliare la tutela del secondo; ma si risolvono semplicemente nella presa d'atto dei limiti connaturati all'istituto del consenso informato⁵⁷. Gli studi di psicologia cognitiva dimostrano che la vulnerabilità psico-fisica e le carenze cognitive del paziente limitano, sensibilmente, la sua capacità di comprendere la dinamica dell'intervento, di valutare in modo imparziale costi e benefici e quindi, in definitiva, di compiere scelte razionali⁵⁸. In queste condizioni – come un'autrice ha incisivamente osservato⁵⁹ – moltiplicare il flusso dei dati somministrati al paziente sarebbe come tentare di spegnere un incendio gettandovi sopra della benzina. Decisamente più opportuno sembra, invece, costruire «contesti comunicativi e decisionali capaci di selezionare le informazioni in relazione al grado di rilevanza e comprensibilità»⁶⁰. La condizione di debolezza in cui normalmente versa il malato richiede, insomma, una gestione realistica dell'informativa finalizzata al consenso sanitario. In particolare, la scelta di includere dettagli tecnici nell'oggetto dell'informazione diagnostico-terapeutica dovrebbe essere lasciata alla discrezionalità del medico; discrezionalità da esercitarsi secondo ragionevolezza⁶¹, ossia – non già in chiave di adesione ideologica ad uno dei due valori, autodeterminazione e salute, astrattamente in conflitto, bensì – nella prospettiva di un adeguamento del contenuto informativo alla condizione morale e alle capacità intellettive del singolo paziente, sì da evitare che un'eccessiva forzatura di queste ultime pregiudichi, in uno, salute e autodeterminazione⁶².

4. Varietà di fattispecie e flessibilità delle soluzioni

Riportando le considerazioni svolte di sopra in merito allo *ius conditum* al problema delineato al numero precedente, pare non irragionevole concludere che non violerebbe il diritto all'autodeterminazione del paziente il medico che decidesse di sottacergli l'uso di sistemi di IA nella prestazione sanitaria, a seguito di una diligente valutazione del proprio interlocutore, e sulla base del riscontro di una sua dimensione culturale o fragilità emotiva tali da renderlo refrattario all'innovazione tecnologica e alle sue complessità⁶³.

⁵⁷ Si potrebbe parlare, al riguardo, di *soft paternalism*, nozione «essenzialmente liberale» – coniata da J. Feinberg – che ammette l'interferenza dello Stato solo là dove la condotta che espone a pericolo lo stesso agente risulti nella sostanza non volontaria. Questa forma di paternalismo appare compatibile con il diritto di autodeterminazione, poiché interviene esclusivamente nel momento in cui quest'ultimo non può essere appieno esercitato, ovvero risulta in qualche modo viziato.

⁵⁸ V., in particolare, P.J. CANDILIS, C.W. LIDZ, *Advances in Informed Consent Research*, in F. MILLER, A. WERTHEIMER (a cura di), *The Ethics of Consent*, Oxford, 2009, 329 ss.

⁵⁹ V. CALDERAI, *op. cit.*, 238.

⁶⁰ In questi termini sempre V. CALDERAI, *op. loc. ult. cit.*

⁶¹ Cfr. G. CRISCUOLI, *Ragionevolezza e consenso informato del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 486.

⁶² Il criterio qui proposto in relazione alle informazioni tecniche è consentaneo all'approccio soggettivo che la giurisprudenza prevalente suggerisce di adottare nella selezione dei contenuti dell'informazione finalizzata al consenso: v. M. FOGLIA, *op. cit.*, 70 s., e giurisprudenza citata *ivi* alla nt. 111.

⁶³ Tra i fattori che potrebbero orientare la valutazione del medico vi è quello dell'età. È infatti assodato che i giovani siano meglio disposti verso le evoluzioni e le applicazioni della tecnologia rispetto agli adulti o agli anziani: cfr. sul punto R. ZAZZO, *Lo sviluppo dell'intelligenza*, Firenze, 1955, 44, ove si dice che «una nuova tecnica resta sempre per l'adulto qualcosa di artificiale, di sopraggiunto».



Questa conclusione non sembra divenire precaria neppure a fronte dello *ius condendum* in materia di dispositivi sanitari dotati di IA. Così, in particolare, è pur vero che la recente proposta di Regolamento europeo sull'IA stabilisce degli obblighi di trasparenza al riguardo, imponendo ai «fornitori che i sistemi di IA destinati a interagire con le persone fisiche siano progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA [...]» (v. art. 52, comma 1). Ma dall'approvazione di tale regola potrebbe sortire tutt'al più un dovere informativo a carico del fornitore nei confronti del medico (soggetto che appunto "interagisce" con il sistema intelligente), e non anche in capo al secondo nei riguardi del paziente (il quale assume rispetto al dispositivo una posizione "passiva" e, quindi, tendenzialmente non esposta al pericolo di «fraitendimenti, falsi affidamenti [o] aspettative di comprensione empatica [...]»⁶⁴). Una prescrizione più chiaramente orientata ad includere l'uso dell'IA nel novero di dati da comunicare al malato potrebbe derivare dall'eventuale approvazione di una normativa nazionale sulla scorta del parere formulato dal Comitato Nazionale per la Bioetica su "Intelligenza artificiale e medicina"; all'interno del quale, in effetti, si raccomanda che il paziente venga adeguatamente informato dei sistemi di IA impiegati nel trattamento di cura⁶⁵. Tuttavia, tale raccomandazione non può esser intesa (ed accolta) disgiuntamente dalle molteplici altre raccomandazioni, su cui parimenti insiste il documento, al fine di promuovere la realizzazione di programmi educativi e corsi di formazione capaci di elevare le conoscenze tecnologiche del personale sanitario e della collettività⁶⁶. E, anzi, proprio dalla sottolineatura di questa necessità può evincersi che, al presente, "informati" ed "informati" soffrono di un deficit culturale, di cui non si può non tenere conto nella gestione del processo comunicativo tra gli uni e gli altri.

Se, dunque, l'affermazione fatta in apertura non esce contraddetta dalle prospettive regolatorie future, la normativa attuale suggerisce di apportare alla libertà di silenzio del medico qualche temperamento. In primo luogo, con riguardo all'ipotesi in cui nel corso del processo informativo il paziente esprima quesiti specifici in ordine alla tipologia di strumentazione impiegata nella diagnosi o nella terapia. È assodato, infatti, che il dovere di appagare i bisogni conoscitivi esternati dal paziente sia più ampio del generale dovere informativo: questo, intanto, poiché la menzogna è più grave del silenzio e, secondariamente, perché domande puntuali possono esser indice di razionalità e competenza. Così, ad esempio, si sostiene che il medico non sia tenuto a comunicare la casistica del reparto in cui lavora, oppure gli incidenti occorsi durante la terapia, ovvero ancora le conseguenze atipiche, eccezionali ed imprevedibili dell'intervento chirurgico da praticare, ma che questo genere di informazioni debbano esser invece date al malato in caso di specifico interpello sul punto⁶⁷. E allo stesso modo, deve ritenersi che il medico sia tenuto a soddisfare le curiosità manifestate dal paziente in merito alle apparecchiature usate e quindi, se del caso, anche a rivelargli l'impiego di *robot* o dispositivi IA.

In secondo luogo, può essere la tipologia d'intervento a render necessaria l'inclusione della strumentazione e delle tecnologie adottate tra i contenuti dell'obbligo informativo posto a carico del medico.

⁶⁴ Virgolettato tratto da C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *questa Rivista, Special issue*, 2, 2019, 723.

⁶⁵ Comitato Nazionale per la Bioetica, parere "Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici", cit., 14.

⁶⁶ *Ivi*, 15.

⁶⁷ Cfr. M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 254 s.; M.G. DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento. Commento alla l. n. 219/2017*, Milano, 2018, 63.; e M. FOGLIA, *op. cit.*, 66.



Ciò, in particolare, può dirsi per il campo della chirurgia estetica⁶⁸, ove comunemente si reputa che il novero dei dati da comunicare al paziente si ampli in estensione e si arricchisca in intensità, dal momento che le operazioni ricomprese nell'ambito in parola non sono dirette a preservare la vita o la salute del paziente, bensì a migliorarne l'aspetto fisico o determinate funzionalità⁶⁹. Assente (o comunque, sensibilmente, ridotto) il pericolo per l'esistenza fisica del paziente, la libertà e l'informazione dello stesso guadagnano maggiori spazi: da un canto, perché è ragionevole presumere che quegli non versi in condizione di speciale fragilità e, dunque, conservi integra la capacità di autodeterminarsi; d'altro canto, perché l'eventuale forzatura e fallimento di quest'ultima non si traduce (necessariamente) in un aggravio delle condizioni cliniche.

Infine, l'obbligo del sanitario di comunicare il coinvolgimento dell'IA nel percorso terapeutico deve ritenersi, senz'altro, sussistente nell'ipotesi in cui tale tecnologia sia alla base del dispositivo medico di assistenza destinato ad esser utilizzato dal paziente a domicilio. In questo caso, l'obbligo informativo tende a divenire ancor più stringente, dovendo giocoforza estendersi anche all'illustrazione delle modalità tecniche di funzionamento delle apparecchiature messe a disposizione del malato. Occorre, peraltro, considerare che il medico, di sovente, non ha le competenze necessarie a spiegare in maniera analitica i meccanismi dell'IA; né gli è consentito coinvolgere un esperto ingegnere nell'informativa⁷⁰, dal momento che quest'ultima non sembra essere un adempimento delegabile (anche solo in parte) a soggetti che non esercitino la professione sanitaria (arg. ex art. 1, comma 2, l. n. 219 del 2017)⁷¹. Per superare tale problema, si potrebbe forse assumere che il malato vanti un diritto di educazione all'uso delle tecnologie implicate nella prestazione terapeutica nei confronti del servizio sanitario: sulla falsariga di quanto previsto dalle recenti norme in materia di telemedicina⁷².

Quanto appena detto ci conduce a rispondere sinteticamente agli interrogativi formulati al numero precedente e rimasti ancora aperti. Innanzitutto, sembra potersi escludere che il medico, trovandosi in una delle situazioni che gli impongono di riferire al paziente l'uso di dispositivi IA nella terapia, sia altresì tenuto ad inerparsi nella illustrazione delle technicalità (algoritmi e *data mining*) su cui lo sviluppo ed il funzionamento di detti dispositivi si fondano. Difatti, il primo (il medico) non ha la professionalità di cui si necessiterebbe ai fini di una spiegazione approfondita, ed il secondo (il paziente) non ha la preparazione che si richiederebbe ai fini di una comprensione adeguata. L'obbligo informativo in merito all'IA può quindi ritenersi assolto, ove il medico si limiti ad illustrare al paziente il funzionamento generico della tecnologia impiegata, presentandogli i benefici ed i limiti che ad essa normalmente ineriscono; mentre egli non è vincolato ad addentrarsi nella spiegazione degli input, output ed algoritmi su cui si basa lo specifico sistema utilizzato. Può ritenersi sufficiente, cioè, una spiegazione *ex ante*, non occorrendo invece una spiegazione *ex post*⁷³.

⁶⁸ In particolare, se correttiva, ossia se diretta esclusivamente a migliorare l'aspetto estetico (v. I. PIZZIMENTI, *op. cit.*, 75).

⁶⁹ Cfr. Cass. 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 667, con nota di G. CITARELLA.

⁷⁰ Ipotesi, questa, ventilata da K. ASTROMSKE, E. PEIČIUS, P. AMSTROMKIS, *op. cit.*, 516.

⁷¹ V. G. RAZZANO, *op. cit.*, 38.

⁷² Un argomento in tal senso è contenuto nelle Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina, adottate il 27 ottobre 2020 dal Ministero della salute (v., in particolare, p. 13).

⁷³ In questo senso, v. U. PAGALLO, *Algo-Rhythms and the Beat of the Legal Drum*, in *Philosophy & Technology*, 2017, 515.



Per quanto concerne la remota eventualità che da un malfunzionamento del dispositivo o del *software* derivino lesioni all'integrità fisica, vale anche qui la massima consolidata in giurisprudenza, secondo cui non debbono comunicarsi al paziente rischi eccezionali onde evitare rifiuti causati da paura immotivata⁷⁴. La medesima *ratio* dovrebbe altresì scongiurare di riferire al malato che il dispositivo adottato per la sua cura opera secondo tecniche di *deep learning* e che, di conseguenza, alcune delle dinamiche interne allo stesso non risultano pienamente intelligibili all'uomo. Peraltro – come taluno ha giustamente osservato⁷⁵ – l'introduzione di elementi opachi nel processo informativo rischierebbe (non solo di indurre il paziente a rifiutare il trattamento basato sull'IA, ma pure) di compromettere la fiducia che quegli ripone nel medico, spingendolo a declinare anche le alternative di cura propostegli. Per contro – e nella medesima logica – è opportuno che il medico comunichi al paziente che il sistema IA impiegato nella terapia è soggetto alla supervisione umana, di modo che il primo ne può costantemente monitorare il funzionamento ed affrontare possibili anomalie o conseguenze inaspettate; circostanza, quest'ultima, destinata ad assurgere a regola giuridica, allorché la proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale dovesse venire approvata nel suo testo attuale⁷⁶.

5. Autodeterminazione informativa, dati sanitari e IA

Al discorso sull'autodeterminazione sanitaria pertiene non soltanto l'istituto del consenso informato rispetto alle cure e alle terapie, ma anche il tema del consenso rispetto alla raccolta e al trattamento dei dati concernenti la salute del paziente. Anche su questo piano si registrano alcuni mutamenti indotti dallo sviluppo e dal diffondersi dell'IA.

In via preliminare, occorre dire che la tecnologia in esame espone il bene della *privacy* ad un incremento delle occasioni di offensività. Ciò dipende, anzitutto, dal fatto che la creazione dei c.d. "modelli predittivi" si basa su una «ricerca data intensive»⁷⁷, ossia su una ricerca che necessita di un'enorme mole di dati: così per esempio – limitando l'attenzione al campo che qui interessa – mentre la medicina basata sulle evidenze (EBM) può operare sulla scorta di un volume di dati misurabile in megabyte o gigabyte, e di un campione composto da centinaia o migliaia di pazienti, lo sviluppo di sistemi medici IA necessita invece di una massa di dati quantificabile in terabyte o petabyte e del coinvolgimento di centinaia di migliaia di partecipanti alla ricerca⁷⁸. In secondo luogo, vi è da considerare che l'IA consente di raccogliere ed analizzare grandi quantità di informazioni, in tempi molto rapidi: così per esempio – restando al settore sanitario – mentre l'EBM si avvale di uno piccolo spettro di casi clinici, grazie

⁷⁴ Sul punto v. l'opinione (solo) parzialmente difforme espressa da A. E. TOZZI, G. CINELLI, *op. cit.*, 106: gli autori, da un canto, affermano che il paziente deve essere informato di alcuni rischi correlati all'impiego di sistemi IA tra i quali il pericolo di ciberattacchi e di errori dovuti ai *bias*; e, d'altro canto, sostengono che un'adeguata informazione sui rischi debba essere calibrata anche in ragione della probabilità che i singoli eventi si verifichino.

⁷⁵ K. ASTROMSKE, E. PEIČIUS, P. AMSTROMKIS, *op. cit.*, 521.

⁷⁶ L'art. 14, comma 1, della proposta di Regolamento stabilisce infatti che «[i] sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso».

⁷⁷ G. COMANDÈ, *Ricerca in sanità e data protection: un puzzle ... risolvibile*, in *Riv. med. leg.*, 2019, 187.

⁷⁸ N. MUSACCHIO, G. GUAITA, A. OZZELLO, M.A. PELLEGRINI, P. PONZANI, R. ZILICH, A. DE MICHELI, *Intelligenza artificiale e Big Data in ambito medico: prospettive, opportunità, criticità*, in *The Journal of AMD*, 214.





all'IA diviene possibile elaborare dati attinti da una vasta gamma di fonti: cartelle sanitarie elettroniche, dati amministrativi, dispositivi sanitari che misurano variabili biologiche (c.d. *Internet of Medical Things*: IoMT), banche genomiche, *social network* e motori di ricerca⁷⁹. Da ultimo, bisogna segnalare che la capacità di incrocio tra *dataset* e l'abilità inferenziale delle nuove tecniche di analisi agevolano la re-identificazione di dati originariamente resi anonimi⁸⁰; ed inoltre, facilitano la creazione di dati personali c.d. derivati. In particolare, questa facilitazione ha dato luogo ad un intenso dibattito negli Stati Uniti, dopo che Ascension – colosso della sanità che consta di duemilaseicento strutture mediche, tra cui oltre centocinquanta ospedali – ha ceduto a Google i dati sanitari relativi a milioni di pazienti, con l'obiettivo di far sviluppare a quest'ultima azienda un *software* che consenta agli operatori sanitari della prima di collaborare tra loro in tempo reale e di migliorare la qualità e l'efficacia delle cure; il che ha dato adito alla preoccupazione che Google possa valersi della propria esperienza nel *data mining* per incrociare le informazioni ottenute con quelle raccolte tra i propri utenti e, così, ottenere nuovi dati personali relativi a questi ultimi.

Se per un verso, dunque, l'IA costituisce un elemento antagonista rispetto alla tutela del diritto dell'individuo a controllare il flusso di informazioni riguardanti la sua persona (c.d. «autodeterminazione informativa»)⁸¹, per altro verso, le applicazioni dei *Big Data* appaiono capaci di determinare molteplici avanzamenti sul piano della protezione della salute individuale e collettiva. Si ripensi, a tal proposito, ai benefici che l'utilizzo di sistemi di IA determina nell'ambito degli accertamenti diagnostici e degli interventi chirurgici; oppure, si rifletta sul risparmio di tempo e di costi che il paradigma tecnologico in parola comporta nel settore della ricerca clinica o farmacologica⁸²; o si consideri, ancora, l'utilità dei dati e del loro trattamento computazionale nel contesto dell'attività di *contact tracing* resasi necessaria allo scopo di monitorare e contenere la pandemia da coronavirus⁸³.

Come nella sfera della gestione del corpo in senso fisico, pure nel campo del governo del «corpo elettronico»⁸⁴, l'irruzione dell'IA fa dunque emergere un potenziale conflitto tra autonomia individuale ed altri diritti fondamentali della persona, che non può essere risolto sulla base di una pregiudiziale superiorità assiologica del principio del libero consenso rispetto a valori interferenti⁸⁵.

Nel contesto in esame il conflitto tra autodeterminazione e salute si profila in termini meno (immediati e) ultimativi di quanto accade nella cornice della relazione terapeutica; e così si giustifica che, almeno

⁷⁹ N. MUSACCHIO, G. GUAITA, A. OZZELLO, M.A. PELLEGRINI, P. PONZANI, R. ZILICH, A. DE MICHELI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ Lo rilevano, ad es., T. SHARON, *Data-driven Decision Making, AI and the Googlization of Health Research*, A. SANTOSUOSSO, G. PINOTTI, *op. cit.*, 42; C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in questa Rivista, 2020, 3, 377.

⁸¹ L'espressione di S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata*, in Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 122, è ormai assai comune nel discorso sulla privacy (v. infatti la sua ricorrenza nel testo della Relazione annuale 2020 tenuta dal Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, P. Stanzione).

⁸² F. SEIZ, *AI in Healthcare*, in A. SANTOSUOSSO, G. PINOTTI, *op. cit.*, 30.

⁸³ Sul tema v. ampiamente A. SANTOSUOSSO, S. AZZINI, *La giusta distanza. Le nostre libertà dopo Covid-19*, Milano, 2020, 76 ss.

⁸⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 81, descrive il «corpo elettronico» come i «"[p]ezzi" di ciascuno di noi [che] sono conservati nelle numerosissime banche dati dove la nostra identità è sezionata e scomposta»

⁸⁵ Come, del resto, può evincersi anche dalla lettura del cons. n. 4 del GDPR.

in linea di principio, il titolare dei dati sanitari debba venire informato della logica algoritmica applicata al loro trattamento⁸⁶.

Comuni ai due ambiti sono, tuttavia, le difficoltà empiriche a cui l'elemento volontaristico va incontro a cagione delle caratteristiche essenziali della tecnologia in esame. Segretezza, complessità, e (talora) imperscrutabilità dei sistemi di IA sono fattori che impediscono al titolare dei dati personali di avere piena contezza del trattamento che il richiedente intende compiere valendosi di essi; sicché il percorso decisionale dell'interessato non può mai esser del tutto genuino e, per conseguenza, il diritto all'auto-determinazione informativa realmente effettivo.

Un problema pratico che, invece, ha modo di porsi solo all'incrocio tra IA e diritto della *privacy* è quello riguardante le finalità del trattamento. L'art. 6, par. 1, GDPR prevede che il consenso dell'avente diritto al trattamento dei dati personali debba esser prestato per uno o più scopi specifici; e l'art. 9, par. 2 lett. a, GDPR ribadisce la regola in relazione ai dati appartenenti a «categorie particolari»⁸⁷, tra cui quelli – che in questa sede interessano – relativi alla salute dell'interessato. Sennonché, nell'ambito dello sviluppo di sistemi di IA le finalità del trattamento non sono specificamente individuabili *a priori*, ma si vanno definendo nel corso del trattamento stesso, in ragione del fatto che i *software* di *machine learning* sono capaci di apprendere nuove informazioni dalla realtà in cui operano, ed evolvono autonomamente⁸⁸.

Peraltro, anche quando la finalità del trattamento sia nota al programmatore del sistema IA, il consenso del titolare dei dati rappresenta comunque una base giuridica tendenzialmente inadeguata. Si faccia, ad esempio, il caso di EyeArt, un *software* di intelligenza artificiale in grado di rilevare nei pazienti diabetici gravi patologie oculari con un grado di precisione all'incirca pari al novantacinque per cento. Per sviluppare tale modello IA od altri simili, si rende necessario analizzare e classificare un'enorme banca di dati sanitari che erano stati precedentemente raccolti tra persone situate in aree geografiche diverse del pianeta per finalità di diagnosi o di cura; ossia, per finalità diverse dall'implementazione di un sistema intelligente di *screening*. Ebbene, è chiaro che un tale riutilizzo dei dati personali non può realisticamente procedere attraverso il nuovo interpello di tutti i soggetti interessati; onde, dal consenso di questi ultimi deve poter prescindere anche la legittimità dell'ulteriore trattamento.

Ancora, con riguardo ai dati personali trattati da sistemi IA, appare problematico assicurare l'esercizio del diritto di revoca del consenso, che l'art. 7, par. 3, GDPR pone tra le condizioni di liceità del trattamento basato sull'autodeterminazione dell'interessato, e che costituisce un requisito imprescindibile affinché quest'ultima possa dirsi realmente attuale ed effettiva. Tale difficoltà si spiega in ragione del modo di funzionamento del *machine learning*, e si tramuta in impossibilità tutte le volte in cui l'autoapprendimento sia non supervisionato.

Va detto che alcune delle criticità rilevate più in alto si profilano ogniqualevolta il consenso dell'interessato costituisca criterio di liceità dell'utilizzo di dati sanitari nell'ambito della ricerca, a prescindere dai

⁸⁶ In questo senso si esprime Cass., ord. 25 maggio 2021, n. 14381, reperibile su leggiditalia.it.

⁸⁷ Espressione che ha sostituito quella di «dati sensibili» originariamente contenuta nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

⁸⁸ Cfr. G. OLIVI, *Big data, metadati e intelligenza artificiale*, in *Dir. ind.*, 2020, 181.



metodi e dalle tecniche attraverso cui quest'ultima si svolge⁸⁹. Di tali criticità il legislatore europeo ha tenuto conto, facendo perdere all'elemento della volontarietà il ruolo centrale che aveva in passato, e consentendo al titolare del trattamento di far ricorso, in via alternativa, ad altra base giuridica: ad esempio, la sussistenza di «motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica»; o, per l'apunto, la necessità stessa di condurre una «ricerca scientifica» o «a fini statistici» (v. art. 9, par. 2 lett. i e j, GDPR). Peraltro, qualora proceda attraverso (oppure sia volta allo sviluppo di) sistemi di IA, la ricerca fatica, comunque, a soddisfare le prescrizioni contenute nel GDPR; sicché non sembra dirimente ricondurre il trattamento computazionale dei dati a taluna delle basi giuridiche menzionate sopra.

Difatti, nel dettare i principi che debbono informare l'uso di dati personali, qualunque sia il titolo che lo legittima, il legislatore europeo ha prefigurato alcuni limiti che le applicazioni artificiali basate sui *Big Data* ben difficilmente possono rispettare⁹⁰. Così, in particolare: il principio di trasparenza del trattamento (di cui al par. 1 lett. a, art. 5 GDPR) risulta antitetico rispetto alla normale opacità della tecnologia in esame; la regola (stabilita dalla lett. b dello stesso articolo) per cui i dati devono essere raccolti per finalità determinate ed esplicite confligge con l'impossibilità di identificare *a priori* le applicazioni conoscitive e predittive delle informazioni trattate mediante metodi computazionali; ed infine, il principio di minimizzazione dei dati (di cui alla lett. c del medesimo articolo) si pone in contrasto con l'ingente mole di dati ordinariamente necessaria allo sviluppo di sistemi di AI, nonché – nuovamente – con la difficoltà di identificare *ex ante* tutte le finalità del trattamento.

Si comprende, allora, come in questi termini l'innovazione computazionale possa risultare fortemente ostacolata dai limiti posti a presidio della riservatezza; e che, per conseguenza, si profila la necessità di un adeguamento dall'attuale quadro regolatorio sulla *privacy* alle caratteristiche dell'IA⁹¹ o, per l'istante, di un'interpretazione evolutiva della disciplina vigente che realizzi una composizione equilibrata

⁸⁹ Come evidenziato dalle riflessioni condotte da G. COMANDÈ, *op. cit.*, 187 ss., e da A. BERNES, *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 175 ss.

⁹⁰ G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1657, afferma che il GDPR non è stato pensato con riferimento alle tecnologie attuali, non tiene conto dell'intelligenza artificiale e dei Big Data.

⁹¹ V., ad es., G. OLIVI, *op. cit.*, 185; A. CINQUE, *Privacy, Big-Data e contact tracing: il delicato equilibrio fra diritto alla riservatezza ed esigenze di tutela della salute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 957 ss.. Per una posizione diversa si vedano le considerazioni svolte da C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *op. cit.*, 381 ss., secondo cui il GDPR contiene una serie di prescrizioni che, se adeguatamente valorizzate, potrebbero servire a formare ad un (quanto meno provvisorio) corpo di regole sul corretto utilizzo di dati personali nel contesto dello sviluppo e della gestione dei sistemi di intelligenza artificiale. L'art. 10 della proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale (intitolato "Dati e governance dei dati") si preoccupa precipuamente di delineare requisiti atti ad assicurare la completezza del dataset di addestramento (v. commi da 1 a 4); limitandosi poi a stabilire che «[n]ella misura in cui ciò sia strettamente necessario al fine di garantire il monitoraggio, il rilevamento e la correzione delle distorsioni in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio, i fornitori di tali sistemi possono trattare categorie particolari di dati personali [...], fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, comprese le limitazioni tecniche all'utilizzo e al riutilizzo delle misure più avanzate di sicurezza e di tutela della vita privata, quali la pseudonimizzazione o la cifratura, qualora l'anonimizzazione possa incidere significativamente sulla finalità perseguita».



degli interessi in gioco. In quest'ultima prospettiva merita di esser segnalata, per solidità dell'impostazione e grado di approfondimento, una tesi dottrinale⁹² che muovendo dalla (ri)qualificazione del diritto sui dati personali come esclusiva di tipo patrimoniale su una *res* immateriale e facendo leva sul carattere elastico di alcune disposizioni contenute nel GDPR, propone di superare la lettura in chiave (solo) personalistica di queste ultime e di ricostruirne il significato in maniera maggiormente attenta agli interessi economici dell'impresa computazionale; di modo che, per esempio, il rispetto delle finalità iniziali del trattamento cesserebbe di esser verificato «sulla base di un parametro meramente difensivo (e modulato sulle aspettative soggettive dell'interessato)», per venire valutato sulla scorta di «elementi obbiettivi» come quelli che possono evincersi dalla relazione, in ipotesi negoziale, intercorrente tra l'impresa e il titolare dei dati⁹³. La ricostruzione in parola – per espresso chiarimento del suo autore – non si attaglia (e, quindi, non vale ad allentare i vincoli normativi che si frappongono) al trattamento computazionale dei dati sensibili, posto che questi ultimi sono così intimamente legati alla dimensione personale dell'individuo da rifuggire da schemi patrimoniali e logiche di mercato⁹⁴.

Purtuttavia, con riferimento ai dati sanitari essenziali allo sviluppo di sistemi di AI, un'interpretazione evolutiva delle norme sostanziali che ne inibiscono il trattamento potrebbe esser guadagnata rammentando che la mappa degli interessi in gioco può risultare, a volte, arricchita dall'esigenza di tutela o promozione della salute (privata e pubblica); la quale, stagliandosi talora al di là dell'interesse economico dell'impresa, viene a rappresentare un importante contrappeso al diritto all'autodeterminazione informativa⁹⁵. Almeno in questi casi, sembra ragionevole operare una lettura teleologica delle formule elastiche dettate dal GDPR, che conduca a soluzioni meno inclini alla prospettiva della difesa assoluta dell'interessato e delle informazioni che lo riguardano. Di talché, per esempio, il principio di minimizzazione dei dati potrebbe venir inteso (e rimodulato) alla luce delle esigenze di pubblico interesse e di salvaguardia di diritti inviolabili che vengano a profilarsi a seguito della raccolta delle informazioni relative alla salute dell'individuo⁹⁶, e che il trattamento computazionale di questi ultimi si riveli capace di soddisfare⁹⁷.

⁹² A. OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, Torino, 2017, 101 ss.

⁹³ *Ivi*, 131.

⁹⁴ *Ivi*, 133.

⁹⁵ Rilevi analoghi in D. MASTRELIA, *Gestione dei bigdata in una prospettiva orientata alla tutela della privacy degli individui*, in *Dir. ind.*, 2018, 364 ss.; e in MCGRAW, K. D. MANDL, *Privacy Protection to Encourage Use of Health-relevant Digital Data in a Learnig Health System*, in *Digital Medicine*, 2021, 6.

⁹⁶ Questa considerazione trova conforto nella recente pronuncia della CGUE 22/06/2021, n. 439, consultabile su leggiditalia.it, ove si afferma che il principio di minimizzazione del trattamento dati non è volto «a istituire un divieto generale e assoluto» atteso che «i diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali non sono prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale e bilanciati con altri diritti fondamentali».

⁹⁷ Similmente, MCGRAW, K.D. MANDL, *op. loc. ult. cit.*, sostengono la necessità che l'uso di *health-relevant data* deve avvenire in conformità con ciò che l'interessato può ragionevolmente attendersi anche in considerazione del mutato contesto; e così, in particolare, la necessità di contrastare l'epidemia da covid-19 può giustificare trattamenti computazionali di dati sanitari che (non potevano prevedersi al momento della raccolta, ma) che il mutato contesto rende prevedibili.



6. Uno sguardo ai prossimi scenari e qualche parola conclusiva

Il ragionamento, condotto sinora in merito alla necessaria ricalibratura del principio di autodeterminazione dinanzi ai sistemi di IA oggi convenientemente impiegati nel settore medico, sembra trovare conferme nella considerazione degli spazi ultronei che la tecnologia in parola potrebbe guadagnare in un futuro assai prossimo (e a meno che il legislatore non intervenga a porle un freno⁹⁸). Ci si riferisce ad alcune applicazioni dell'IA che, pur non avendo ancora trovato generale diffusione, hanno già provocato un ampio ed intenso dibattito, la cui esposizione non è possibile contenere nei limiti di questo scritto⁹⁹. Compiere almeno un accenno a tali nuovi sviluppi dell'IA può risultare peraltro utile a rinsaldare la linea interpretativa fin qui sostenuta.

A tal proposito merita considerazione, in primo luogo, l'uso di metodi computazionali allo scopo di indirizzare le persone nelle decisioni che le riguardano: una volta raccolte e profilate le innumerevoli tracce disseminate dall'utente sul web, gli algoritmi predittivi sono in grado di generare e trasmettere impulsi che, gradatamente (ed impercettibilmente), inducono l'individuo ad assumere decisioni preordinate *ab extra*. Come ha di recente evidenziato il Garante della *privacy*, «[q]uesta potentissima forma di “nudging”, tesa ad orientare le scelte degli utenti secondo la stima predittiva dell'algoritmo, rivela quanto i singoli siano disarmati di fronte al potere informativo del digitale» e come «la libertà cognitiva» (e, quindi, decisionale) dell'individuo risulti spesso più apparente che reale¹⁰⁰.

Nel momento in cui il condizionamento fondato sull'algoritmo opera su questioni relative alla salute, ne esce inevitabilmente compromesso il diritto di autodeterminazione sanitaria; il cui esercizio, a questa stregua, maschererebbe piuttosto il risultato di un'attività di eterodeterminazione. Il che, com'è ovvio, desta maggiore apprensione allorché le scelte terapeutiche del singolo abbiano natura tale da potersi ripercuotere negativamente sulla salute della collettività: come nell'ipotesi – particolarmente attuale – della scelta di sottoporsi o meno alla vaccinazione contro malattie contagiose. In queste circostanze, ne escono infatti pregiudicati, in uno, i diritti fondamentali della persona – ossia, in particolare, libertà, dignità e salute individuale – ed i doveri inderogabili di solidarietà verso la salute di ciascuno¹⁰¹.

Simili sviluppi rinnovano la sensazione di una sempre maggior precarietà dell'elemento volontaristico di fronte all'espansione dell'IA: non solo – come si è visto nei paragrafi precedenti – le caratteristiche

⁹⁸ V. infatti quanto si dirà infra nt. 101.

⁹⁹ Esposizioni più o meno complete si trovano nelle opere citate alle successive nt. 100, 103, 106.

¹⁰⁰ Virgolettato tratto da P. STANZIONE, *Relazione annuale 2020*. Sul *nudging* v.: R.H. THALER, C. R. SUSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008; C.R. SUNSTEIN, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, London, 2017; R. VIALE, *Oltre il nudge*, Bologna, 2018.

¹⁰¹ Queste potenziali ricadute negative sul piano valoriale hanno indotto le istituzioni europee a proporre l'introduzione nel futuro Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale di un divieto avente ad oggetto «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso» di sistemi IA che, utilizzando tecniche subliminali, risultino capaci di indirizzare la condotta delle persone senza che queste ultime abbiano modo di avvedersene. Si vedano in proposito i considerando n. 15 e 16 e l'art. 5 lett. a) della proposta di Regolamento. Vi, peraltro, da rilevare che il divieto posto dall'articolo citato da ultimo è destinato ad operare solo quando il condizionamento esercitato dal sistema IA possa cagionare danni fisici o psicologici all'utente o ad un'altra persona. Sicché la proposta di Regolamento lascia residuare uno spazio in cui le tecniche del *nudging* potrebbero lecitamente dispiegarsi.



della tecnologia in parola ne fanno un oggetto che sfugge alla portata dell'autodeterminazione, mettendone in mostra alcuni limiti intrinseci; ma l'IA può rappresentare anche un fattore che mina l'autodeterminazione dall'esterno, rendendone illusorio e (talora socialmente) nocivo l'esercizio incondizionato.

Un altro scenario, che porta spunti al nostro argomentare, è quello che si delinea a fronte dell'applicazione dell'IA per lo sviluppo di tecniche di *human enhancement*¹⁰²: tecniche, cioè, capaci di migliorare le capacità motorie, cognitive, e sensoriali di un determinato individuo rispetto a quelle normalmente proprie dell'uomo. Si pensi – volendo fare qualche esemplificazione – all'impianto di *microchip* neurali al fine di potenziare le facoltà mnemoniche o capacità di concentrazione, oppure agli algoritmi in grado di anticipare la parola e fotografare il pensiero. La realizzazione di strumenti siffatti induce, ancora una volta, a ragionare dei limiti dell'autodeterminazione in ordine ai trattamenti medici. In questo contesto, non si profila un problema di debolezza (connaturata, oppure indotta) della ragione umana; ma comunque si ripropone l'esigenza di meditare sull'ampiezza delle facoltà ricomprese nel diritto di autodeterminazione sanitaria.

Nell'affrontare tale problema, occorre tener presente che tra i punti di caduta degli interventi di *human enhancement* non vi è soltanto la salute di colui che sceglie di sottoporvisi¹⁰³, ma anche diritti, principi e valori che trascendono la sfera del singolo. Si pensi, per esempio, alle insidie che dal potenziamento delle funzioni sensoriali potrebbero derivare alla tutela della riservatezza¹⁰⁴; oppure, alle tensioni che l'eventuale accesso a pagamento alle tecniche di *human enhancement* potrebbe determinare sul piano del principio di uguaglianza; o, in alternativa, alle difficoltà a cui andrebbe incontro il servizio sanitario nazionale nel garantire a tutti la protezione della salute così latamente intesa (e, quindi, alle ripercussioni negative sulla tutela della salute collettiva in senso stretto)¹⁰⁵; od infine, al nocimento che verrebbe a soffrirne il valore della dignità intesa come irriducibile unicità di ogni uomo.

Chi, in dottrina, reputa che simili ostacoli non siano insormontabili e quindi afferma che la volontà dell'interessato possa esser fonte di liceità delle pratiche di potenziamento umano, si avvale di un ragionamento *a maiore ad minus*: considerato che i confini dell'autodeterminazione sono ormai così

¹⁰² Il tema è già stato sottoposto all'attenzione del Comitato Nazionale per la Bioetica (si veda il parere "Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (*enhancement*) in ambito militare" del 22 febbraio 2013); e della Commissione europea (si veda l'interrogazione "Implicazioni dello *human enhancement* per la spesa sanitaria degli Stati membri" del 31 marzo 2009).

¹⁰³ Secondo alcuni, bisognerebbe operare un distinguo tra «tecniche (protesi avanzate, esoscheletri robotici, impianti retinali, etc.) che mirano semplicemente a restituire a persone malate capacità motorie o sensoriali o cognitive eguali a quelle proprie di una persona non malata» e «tecniche che consentono di migliorare la condizione umana oltre quanto necessario a mantenere la persona in buona salute, di innalzare il livello di capacità motoria, sensoriale, cognitiva normalmente propria dell'uomo» (E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1815 ss.), consentendo all'individuo di accedere liberamente alle prime, ma non alle seconde. Una tale impostazione – che, di primo acchito, può sembrare del tutto ragionevole – risulta tuttavia difficilmente praticabile, poiché postula l'esistenza di un netto discrimen tra la nozione di salute e quella di malattia (v. O. ERONIA, *potenziamento umano e diritto penale. Il "caso" dell'enhancement cognitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 975).

¹⁰⁴ E. PALMERINI, *op. cit.*, 1820.

¹⁰⁵ Come correttamente rileva A. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 278 «se la salute viene ridotta a mera proiezione della volontà soggettiva dell'individuo» e – qui potrebbe aggiungersi – delle ambizioni di quest'ultimo – «non è più possibile concepire una tutela pubblica della salute».



estesi da includere persino scelte tali da condurre il paziente alla morte, deve ritenersi che egli abbia a maggior ragione la facoltà di acconsentire ad interventi di *enhancement* (eccettuate le ipotesi in cui – si precisa – tali interventi siano tali da produrre effetti intergenerazionali irreversibili, perché fondati sulla chirurgia genomica)¹⁰⁶. Non sembra, tuttavia, che l'argomento *a maiore ad minus* risulti così correttamente impiegato. Ciò in quanto, a ben riflettere, la morte non rappresenta un qualcosa di più, ma un qualcosa di meno rispetto alle tecniche di potenziamento umano. Scienza, diritto, e filosofia (si pensi, in particolare, ad Heidegger e agli esistenzialisti) convergono intorno a un punto: che la morte – rovescio della vita – sia un tratto costitutivo, cioè appartenga all'essenza della natura umana. Per contro, le tecniche di *enhancement* si risolvono nella forzatura dei limiti immanenti alla natura umana, la quale non è compatibile con situazioni di titolarità soggettiva e, dunque, non può esser ritenuta disponibile tramite consenso¹⁰⁷. E lo stesso deve ritenersi per principi, come ad esempio quello di dignità della persona, che non si esauriscono nella sfera dell'individuo, ma presentano «una connotazione oggettiva ed una dimensione estesa»¹⁰⁸.

Si diceva, in apertura, che il progresso tecnologico ha, sovente, determinato mutamenti in seno al diritto privato. Nell'avvicinarci ora alla conclusione, è utile aggiungere che il progresso tecnologico ha indotto il ripensamento di alcuni dogmi. Così, per esempio, la diffusione dei veicoli a motore ha innescato un processo che ha condotto al superamento del dogma della colpa quale unico possibile fondamento della responsabilità civile; oppure, l'introduzione della tecnologia digitale e della telematica ha intaccato il carattere reale della tutela del diritto d'autore, facendo talora degradare quest'ultimo a mero diritto a compenso. Analogamente, le applicazioni mediche dell'intelligenza artificiale sembrano oggi offrire l'occasione per sottoporre ad un ripensamento critico il dogma della volontà, evidenziando che il diritto di autodeterminazione non può essere concepito come una prerogativa assoluta, poiché, da un canto, postula la piena capacità dell'individuo di comprendere e decidere nel proprio interesse e, d'altro canto, è soggetto al confronto con altri (e diversi) diritti o principi; i quali, presentando un'autonomia portata ultrasingolare, oppure intrecciandosi con la solidarietà, esibiscono uno spessore assiologico capace di giustificarne, talora, la prevalenza.

¹⁰⁶ U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giur. it.*, 2019, 1658 ss.

¹⁰⁷ Dello stesso avviso è anche il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica citato supra nt. 102.

¹⁰⁸ Così F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, 161.

L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche

Alessandro Pajno*

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE COURTROOM BETWEEN NEW PROBLEMS AND OLD ISSUES
ABSTRACT: This article addresses the relationship between the exercise of the judicial function and Artificial Intelligence, analyzing it from a twofold perspective. On the one hand, in fact, the use of AI technologies in the judicial system seems to highlight ancient issues and, on the other hand, raises new criticalities but it also opens to possible benefits.

KEYWORDS: Artificial intelligence; judicial system; algorithms; predictive justice; human oversight

SOMMARIO: 1. La diffusione degli strumenti di intelligenza artificiale – 2. Intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale. I giuristi di fronte a una transizione difficile – 3. Intelligenza artificiale e processo tra questioni antiche e problemi nuovi. I miti da sfatare – 4. La “neutralità” e obiettività dell’algoritmo – 5. La giustizia predittiva – 6. Intelligenza artificiale e documenti europei: la necessità dell’intervento umano – 7. “Consideration on the legal aspect of Artificial Intelligence 2020”. Intelligenza artificiale, legittimazione del giudice e contraddittorio – 8. La proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio di regole armonizzate sull’uso di intelligenza artificiale – 9. Intelligenza artificiale e organizzazione del servizio giustizia – 10. Dalla “macchina che inquieta” alla “macchina che sostiene”? Alcune iniziative sperimentali in corso – 11. La giurisprudenza del Consiglio di Stato sull’uso degli algoritmi nella funzione pubblica: utili suggerimenti anche per l’attività giurisdizionale – 12. Intelligenza artificiale e istituti processuali: il futuro nel rapporto fra normativismo e realismo.

1. La diffusione degli strumenti di intelligenza artificiale

La presenza delle tecnologie legate all’intelligenza artificiale caratterizza il nostro mondo ed anche le nostre vite molto più di quanto non se ne abbia comunemente coscienza. È sufficiente, per rendersi conto di ciò, rifarsi, come suggerisce Lorenzo Casini¹, alle cifre fornite dal Report Global Digital 2019: nel 2018 il numero degli utenti di internet nel mondo ha superato i quattro miliardi, oltre la metà dell’intera popolazione mondiale è oggi connessa alla rete. A ciò si aggiunga che nel 2020 i dispositivi collegati al web sono stimati in cinquanta milioni, mentre nel 2014 erano 10 milioni.

* *Presidente Emerito del Consiglio di Stato e docente di diritto amministrativo 2, Università La Sapienza di Roma. Mail: a.pajno@giustizia-amministrativa.it. Il contributo è destinato al Liber amicorum in onore di Marco D’Alberti.*

¹ L. CASINI, *Lo Stato nell’era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020, 1.



La penetrazione nelle nostre vite delle tecnologie digitali è espressa in modo estremamente efficace da George Dyson, quando, nel volume su Turing², riferendo di alcuni discorsi che si facevano a Copertino, afferma che «Facebook definisce chi siamo, Amazon definisce cosa vogliamo e Google definisce cosa pensiamo»³.

Sembra, in qualche modo, che le domande più significative della riflessione umana – quelle sulla coscienza di noi stessi e sul nostro destino, sulla direzione della nostra volontà, sul contenuto del nostro pensiero e sulle nostre aspirazioni – debbano ormai trovare risposte nelle iniziative dei grandi *players* del mercato dell'intelligenza artificiale. Le innovazioni tecnologiche, come tutte le grandi scoperte, non si limitano ad aggiungere novità all'esistente, ma lo plasmano e lo modificano, dando ad esso dei contenuti nuovi, esigono pensieri nuovi e nuove forme organizzative dei poteri pubblici e della società.

Siamo entrati in una lunga ma veloce era di transizione, quella da una società analogica, basata su un sistema composti di relazioni, ad una società digitale, fondata sulla connessione orizzontale partorita dalle nuove tecnologie⁴. È per tale ragione che autorevoli commentatori della vita pubblica hanno posto in luce come l'avvento del *web* e degli strumenti di intelligenza artificiale abbia, in qualche modo, messo in crisi le tradizionali nozioni di governo, di Stato ed anche di democrazia⁵.

È entrata nell'uso corrente l'espressione "democrazia elettronica"; alcuni autori pongono in connessione l'avvento del *web*, che avrebbe facilitato una comunicazione interpersonale senza filtri⁶ con l'avvento del populismo⁷: altri vedono in questo processo una vera e propria morte della democrazia⁸. L'uso degli strumenti di intelligenza artificiale conduce, d'altra parte, secondo alcuni, ad un vero e proprio capitalismo della sorveglianza⁹, mentre non a caso c'è chi ricorda la nota frase di M. Zuckerberg, secondo cui la sua società sarebbe «*more like e government than a traditional company*»¹⁰.

È anche con riferimento al processo giurisdizionale che la transizione nella quale siamo immersi acquista un ruolo ed un significato specifico. Il processo, infatti, è il luogo in cui, elettivamente, si confrontano le pretese dei cittadini legate alla vita sociale ed economica, il potere pubblico e le situazioni soggettive dei consociati, la pretesa punitiva dello Stato e le libertà che stanno a fondamento della democrazia. Il processo, le sue strutture, le sue garanzie costituiscono, d'altra parte, una sorta di cartina di tornasole della qualità della vita democratica.

Si tratta di considerazioni che acquistano ulteriore rilievo in un momento nel quale la pandemia da *coronavirus* ha accelerato in modo veramente significativo la transizione digitale e con essa l'uso di strumenti informatici per la celebrazione dei processi giurisdizionali; questa accelerazione, nel contempo, rischia tuttavia di porre, per dir così, in sofferenza alcuni dei valori fondamentali che fanno di

² G. DYSON, *La cattedrale di Turing. Le origini dell'universo globale*, Torino, 2012, 356.

³ La frase di Dyson è ricordata da Casini in *op. cit.*, 1.

⁴ A. PAJNO, *Democrazia e governo della pandemia*, in L. VIOLANTE, A. PAJNO, *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Bologna, 2021, I, 63.

⁵ L. CASINI, *op. cit.*, 2.

⁶ S. MAFFETONE, *Politica*, Firenze, 2019, 80 ss.

⁷ Y. MENY, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, 2020.

⁸ S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *Come muoiono le democrazie*, Roma-Bari, 2019.

⁹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

¹⁰ L. CASINI, *op. cit.*, 3.



un processo un processo, quali il contraddittorio, l'immediatezza, l'oralità, la collegialità ed anche, in ultima analisi, l'autonomia e l'indipendenza del giudice¹¹.

Sotto questo profilo, l'esame del rapporto fra processo giurisdizionale e tecnologia di intelligenza artificiale può assumere anche il valore di un vero e proprio *stress test* sulla nostra democrazia alla luce della transizione digitale.

2. Intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale. I giuristi di fronte a una transizione difficile

Come è noto, è da tempo che gli osservatori più attenti riflettono sul rapporto tra esercizio della funzione giurisdizionale e gli strumenti di intelligenza artificiale. Gli scritti spaziano da questioni più ampie quali quelle riguardanti la calcolabilità giuridica¹², la relazione tra calcolabilità e probabilità, il rapporto con i mercati finanziari¹³, con le valutazioni di impresa, con il regime delle responsabilità, con l'uso di strumenti algoritmici da parte di pubbliche amministrazioni, a questioni riguardanti in modo più specifico il processo, come quelle concernenti la compatibilità di strumenti di IA con istituti tradizionali, quali l'appello o il ricorso per cassazione, o anche l'utilizzazione di tali strumenti nell'organizzazione del sistema generale di tutela giurisdizionale.

Si sono confrontate non soltanto opinioni differenti, ma anche, in qualche modo, sensibilità obiettivamente divergenti. E così, se è stata posta in luce, soprattutto da parte dei soggetti dotati di un approccio tecnico-scientifico, l'esistenza di inaspettati punti di contatto, se non di vera e propria analogia, fra la decisione giuridica e quella robotica¹⁴ è stata, per converso, rilevata la sostanziale irriducibilità dell'attività del decidere a quella posta in essere attraverso algoritmi, essendo la prima una «tipica attività umana, in cui i principi generali del diritto non potrebbero essere assimilati a procedimenti di astrazione arida e senz'anima»¹⁵.

Principi generali, decisioni per valori, concetti giuridici indeterminati e la stessa discrezionalità del giudice militerebbero, così, non a favore della calcolabilità giuridica, ma di un "diritto incalcolabile", in quanto fondato sulla libertà e sulla responsabilità dell'interprete: un diritto che, proprio perché fa parte della storia, sarebbe oggetto non di *computazione* ma di *inventio*, di ritrovamento nelle pieghe della storia e della dinamica della vita sociale¹⁶.

La ricchezza del dibattito offre una misura dell'ampiezza della transizione che il mondo del diritto sta vivendo ed esprime, per altro verso, l'inquietudine per un cambio di paradigma che può condurre a

¹¹ Sul processo amministrativo al tempo della pandemia si vedano A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2020, 232 ss.; A. RALLI, *La giustizia amministrativa al tempo del COVID 19*, in *Biopolitica, pandemia e democrazia*, cit., 273 ss.; A. LARICCIA, *PAT e pandemia*, *Ibidem*, 287 ss.

¹² A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017.

¹³ G. FINOCCHIARO, V. FALCE (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza e regole*, Bologna, 2019.

¹⁴ A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, 33 ss.

¹⁵ 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*, op. cit., 151.

¹⁶ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.



grandi opportunità ma che può anche risolversi in una «rivoluzione numerica» nella quale si possa, alla fine, abbandonare la «liturgia della parola» e si finisca con il «decidere senza giudicare»¹⁷.

Si paventa, così, il verificarsi di uno scenario nel quale la tecnologia, liberata dal fattore umano, possa alla fine divenire tecnocrazia.

È per tale ragione che si continua a parlare, da parte di chi vive la transizione e ne avverte i rischi, del mito di una «giustizia esatta»¹⁸, che prometta di riparare all'inefficienza del processo e prospetti l'illusione di una «giustizia infallibile», in un contesto in cui la perdurante crisi, senza precedenti della giurisdizione, potrebbe favorire l'idea di affiancare ai giudici protocolli standardizzati di giudizio in funzione tutoria¹⁹; gli stessi giudici, d'altra parte, presi nella morsa dell'efficienza produttiva, avvertono gli algoritmi «non solo come strumenti di *reassurance juridique* ma come provvidenziale percorso de-responsabilizzante rispetto alla mole di fascicoli affidati»²⁰.

Per altro verso e da un differente punto di vista viene, talvolta, posto in luce come, fra i giuristi sia diventata di moda «una sorta di estetismo dell'incertezza» che rischia di mettere capo «alla più sfrenata soggettività del giudizio e celebra i suoi fasti nella mistica intuizione dei valori»²¹. Viene, in questa prospettiva, sottolineato che la decisione robotica, la decisione basata su algoritmi è, pur sempre, una decisione umana²² e che quella che può essere definita l'insopprimibile soggettività sta proprio nella costruzione e selezione dei dati, siano essi atti normativi, precedenti giurisprudenziali, fatti raccontati dalle parti, dal momento che è proprio questa «costruzione» della realtà che consente di percepirla. «Ciò che osserviamo non è la natura in se stessa ma la natura esposta ai nostri metodi di indagine» osserva Irti²³ citando Werner Heisenberg. Lo spazio costituito dalla conformazione dei dati, dall'indicazione dei criteri interpretativi, dai precedenti giurisprudenziali ed anche dai valori chiamati ad ispirare la decisione diviene, così, il luogo in cui si manifestano i conflitti e si operano le scelte: un luogo nel quale il potere giudiziario trova la sua nuova sede²⁴.

3. Intelligenza artificiale e processo tra questioni antiche e problemi nuovi. I miti da sfatare

È in un contesto del genere, carico di nuovi obiettivi ma anche di possibili delusioni, che si colloca il problema del rapporto fra intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale.

La questione dell'intelligenza artificiale e la sua relazione con il processo giurisdizionale diviene, così, lo strumento per rileggere alla luce dell'oggi problemi antichi: quelli del rapporto fra legge e giudice, fra il *testo* della disposizione legislativa regolamentare e la *norma* che il giudice ne trae, fra primato

¹⁷ V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale*, in V. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 567.

¹⁸ V. MANES, *op. cit.*, 554.

¹⁹ V. MANES, *op. cit.*, 556.

²⁰ V. MANES, *op. cit.*, 557.

²¹ N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. CARLEO, (a cura di) *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 18.

²² N. IRTI, *ocit.*, 21.

²³ N. IRTI, *op. cit.*, 20.

²⁴ N. IRTI, *op. cit.*, 20.



del Parlamento e funzione giurisdizionale, tra diritto come norma e diritto come principio e come valore, fra *legis-latio* e *iuris-dictio*, fra giurisdizione e giustizia. Vi è così chi, almeno per un momento, si è chiesto se la “giustizia robotica” possa essere considerata lo strumento per superare le incertezze di quel pensiero egemone che ha dato vita al realismo americano e scandinavo, alle teorie dell'interpretazione, al neocostituzionalismo, e tornare invece alla relativa certezza della norma e delle parole in essa contenute²⁵, che costituiscono il terreno su cui nascono le aspettative della comunità e dei singoli individui²⁶.

Sempre in questa prospettiva, ci si è anche chiesto se l'*automazione* della giurisdizione possa essere anche l'occasione per porre fine all'*autonomizzazione* della funzione giurisdizionale e se l'idealtipo del giudice automa potesse essere considerato un «buon paradigma da opporre alle egemoni dottrine dell'interpretazione, che hanno legittimato l'arbitrio e il soggettivismo»²⁷.

A fronte di un approccio del genere, volto ad utilizzare una figura nuova per rilanciare le sorti del normativismo, sono stati evidenziati i rischi di una decisione *datacratica*, e sono state evocate quelle che, a parere di alcuni, sarebbero le vere vittime dell'algoritmo: l'autonomia della decisione e la proprietà individuale del pensiero²⁸.

È, quindi, in uno scenario carico di aspettative ma di possibili delusioni, contraddittorio ma ricco delle riflessioni che caratterizzano la post-modernità, che si svolge il confronto fra le novità introdotte dall'uso dell'intelligenza artificiale e il “mistero” del processo²⁹ e vengono affrontate questioni diverse: la selezione dei dati, la giustizia predittiva, il problema della prova, il ruolo delle parti, la sorte dell'autonomia del giudice di fronte all'uso di algoritmi nel processo.

Si tratta di un confronto che spesso si svolge in un clima di incertezza e diffidenza, in cui si fronteggiano gli entusiasti delle innovazioni tecnologiche e coloro che sono afflitti dal timore di una macchina che inquieta perché, in qualche modo, decide.

Tuttavia, poiché gli strumenti di intelligenza artificiale sono destinati comunque a incontrare il mondo del processo, sembra ragionevole assumere un atteggiamento volto a superare sia una sorta di timore pregiudiziale per l'uso di tali strumenti di intelligenza artificiale, in nome della difesa dell'umano, sia una prospettiva che descrive l'utilizzazione di essi come il superamento di un inevitabile soggettivismo, e la conquista di una giustizia finalmente “neutrale”. Si tratta, allora, di cercare di liberarsi di alcuni “miti” o di alcune modalità espressive che sembrano rendere più difficile il rapporto tra intelligenza artificiale e processo, nel tentativo di migliorare la qualità del servizio pubblico della giustizia. Si è, infatti, di fronte ad una sfida che, con prudenza ed intelligenza, può essere superata: quella cioè di introdurre, in un sistema, come quello della giustizia, investito da una crisi di efficienza e di credibilità, strumenti che, senza risolversi nel trasferimento della legittimazione della decisione dall'uomo alla macchina, possano, comunque, comportare un aumento dell'efficienza e della qualità del servizio.

²⁵ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. CARLEO, (a cura di), *op. cit.*, 76-77.

²⁶ N. IRTI, *op. cit.*, 18.

²⁷ M. LUCIANI, *op. cit.*, 77.

²⁸ D. De KERKHOVE, *La decisione datacratica*, in A. CARLEO (a cura di) *op. cit.*, 97 ss.

²⁹ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 2014.

4. La “neutralità” e obiettività dell’algoritmo

La prima questione – o, se si vuole, il primo mito da sfatare – non riguarda il processo e le sue tecniche, ma l’algoritmo e la sua *oggettività e neutralità*³⁰. Si afferma, infatti, che la capacità di calcolo, propria dell’algoritmo, consentirebbe di processare un enorme numero di dati in modo neutrale, in qualche modo contribuendo a sottrarre la decisione finale al soggettivismo legato, in generale, alla precomprensione del giudice. Sono, peraltro gli stessi esperti di *computer science* a metterci in guardia: se, infatti, alla base dell’uso degli strumenti di intelligenza artificiale vi sono i dati, occorre, allora, tener presente che il dato diviene tale solo attraverso una operazione di selezione e filtraggio degli eventi, per costruire su di esso un processo di analisi e pervenire successivamente a una decisione.

Val quanto dire che «per poter essere trattabile attraverso metodi algoritmici, cioè attraverso una sequenza non ambigua di operazioni finite, l’informazione relativa ai dati deve essere necessariamente *impoverita*»³¹. Il dato che viene processato dall’algoritmo è, pertanto, non solo il frutto di una (inevitabile) opzione soggettiva, ma anche (e soprattutto) il frutto di un processo di impoverimento della realtà, posta in essere attraverso la digitalizzazione e cioè «attraverso la sua riduzione ad un elenco finito di informazioni numeriche»³².

Il dato così trattato subisce tre limitazioni: la prima è legata alla incompletezza, e cioè alla selezione operata a monte, che restituisce una immagine parziale della realtà³³; la seconda è conseguenza di un’opera di distorsione, perché un flusso temporalmente continuo di informazioni viene trasformato in una serie di “fotogrammi” separati³⁴; la terza è l’incertezza, definita «regina del mondo delle macchine autonome»³⁵ frutto di cause diverse ma legate anche alla circostanza che gli scenari futuri che gli algoritmi dovrebbero aiutare a predirne sono essi stessi incerti, mentre l’espressione di valutazioni o giudizi su eventi futuri è in realtà una riflessione sui dati del passato³⁶. Una realtà che viene rappresentata come oggettiva presenta, così, inevitabili elementi di soggettività.

Questi profili di soggettività derivano, peraltro, non solo dal processo di selezione dei dati, ma sono connessi con la stessa nozione di algoritmo. Se questo è, infatti, una sequenza finita di operazioni elementari, eseguibili facilmente da un elaboratore che, a partire da un insieme di dati (input), produce un altro insieme di dati che soddisfano un preassegnato insieme di requisiti³⁷, appare evidente che ciò che sembra decisivo è, oltre la selezione dei dati, la definizione dei requisiti, e cioè dei vincoli e degli obiettivi che dall’algoritmo devono essere in qualche modo soddisfatti.

³⁰ Sulle questioni connesse all’uso di algoritmi nelle decisioni pubbliche si veda G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019.

³¹ A. CARCATERRA, *op. cit.*, 39.

³² A. CARCATERRA, *op. cit.*, 32.

³³ A. CARCATERRA, *op. cit.*, 39-40.

³⁴ Così A. CARCATERRA, *op. cit.*, 40.

³⁵ A. CARCATERRA, *op. cit.*, 40.

³⁶ A. CARCATERRA, *op. cit.*, 39-40.

³⁷ Per una definizione di algoritmo si veda M. C. CARROZZA, C. ODDO, S. ORVIETO, A. DE MININ, G. MONTEMAGNI, *Paper sui principi tecnici, in Statuto etico e giuridico dell’IA*, Fondazione Leonardo – Civiltà delle macchine, 2019, 13, che richiama <http://www.treccani.it/vocabolario/algoritmico>.

Tale definizione è frutto dell'operatore umano, sicchè essi possono anche essere portatori di limiti, di *bias* e comunque sono ispirati al contesto culturale nel quale l'operatore si colloca³⁸. Tutto ciò non significa che gli algoritmi non siano utilizzabili anche nel processo, dove certamente possono rivelarsi utili; si tratta, semplicemente, di prendere atto della circostanza che essi, al di là dei problemi legati alla loro oscurità o non accessibilità, sono anche frutto di scelte riconducibili all'uomo.

5. La giustizia predittiva

Un altro elemento di difficoltà crescente è legato proprio all'uso sempre più frequente nella prospettiva del processo, della locuzione "giustizia predittiva". Non si intende in questa sede tornare sulle esperienze degli Stati Uniti, né sui problemi legati all'uso di tecniche algoritmiche a scopo predittivo come ausilio all'attività degli studi legali, su cui molto si è già scritto³⁹; qui si vuole semplicemente evidenziare che con l'espressione "giustizia predittiva" sembra che – consapevolmente o inconsapevolmente poco importa – venga evocato un radicale mutamento, un cambio di paradigma ed una rivoluzione tecnologica⁴⁰ che sembrano chiamare in causa un uso forte dell'IA nel processo⁴¹ volto alla fine a facilitare l'avvento di un «*sistema oracolare legal tech*», la possibile sostituzione del giudice umano, anche per la valutazione e comprensione di un comportamento umano, quale è pur sempre l'illecito penale, con un giudice non umano, e con essa, la "terra promessa" di una giustizia "esatta"⁴², all'esito della quale si finirebbe con il "decidere senza giudicare", in uno scenario nel quale la tecnologia, liberata dal fattore umano, finirebbe con l'assumere in volto della tecnocrazia⁴³.

L'uso di strumenti di giustizia predittiva nel processo può, accanto a numerose utilità, presentare profili di criticità su cui ci si è spesso intrattenuti⁴⁴; qui è, tuttavia, il caso di osservare che è forse, la stessa utilizzazione di un linguaggio in qualche modo distopico a provocare delle difficoltà.

Come è stato efficacemente rilevato, l'IA non offre strumenti di *predizione* e cioè di anticipazione "oracolare" della decisione che sarà adottata dal giudice, ma di semplice *previsione*⁴⁵.

I c.d. strumenti di giustizia predittiva non sono affatto predittivi, nel senso di emettere un giudizio fondato sull'analisi dei fatti e sulla valutazione di essi alla stregua della regola giuridica, ma hanno carattere eminentemente *quantitativo*, dal momento che hanno la capacità di processare enormi quantità di dati ed offrono previsioni statistiche attendibili. Gli strumenti di cui attualmente disponiamo non sono predittivi in senso proprio; possono, infatti, offrire un quadro che consente di operare valutazioni probabilistiche ma non previsioni di decisione. L'esito di una elaborazione digitale non è,

³⁸ M.C. CARROZZA, C. ODDO, S. ORVIETO, A. DE MINICO, G. MONTEMAGNI, *op. cit.*, 13 ss.

³⁹ Si veda, in proposito, da ultimo, M. LIBERTINI, M.R. MAUGERI, E. VINCENTI, *Giustizia predittiva e giurisdizione civile. Primi appunti*, in *Astrid Rassegna*, 8 novembre 2021 n.345 (n.16/2021).

⁴⁰ V. MANES, *op. cit.*, 547.

⁴¹ Sulla IA forte si veda, tra l'altro, R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurometria, giustizia predittiva e algoritmo decisario. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in V. RUFFOLO, *op. cit.*, 423 ss.

⁴² V. MANES, *op. cit.*, 554.

⁴³ V. MANES, *op. cit.*, 567.

⁴⁴ Si veda, tra l'altro, R. BICHI, *op. cit.*, 426 ss.

⁴⁵ S. QUATTROCOLO, *Decidere o decidere di non decidere? Cosa l'intelligenza artificiale può offrire al giudizio penale*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE, *Biopolitica, pandemia e democrazia*, III, 260 ss.



infatti, una decisione (nemmeno in termini di una pre-dizione della decisione), ma solo una rilevazione statistica⁴⁶.

Non è questo il luogo per ripercorrere quello che è stato definito il lungo rapporto tra intelligenza artificiale e ragionamento giuridico⁴⁷, né il progressivo affermarsi, accanto ai c.d. “sistemi esperti”⁴⁸, fondati sulla traduzione in linguaggio computazionale di regole giuridiche specifiche, al fine di consentire l’applicazione automatizzata a casi determinati, di un diverso tipo di soluzioni basate sull’approccio quantitativo al precedente (la c.d. *quantitative legal prediction*, fondati sul *case based reasoning*)⁴⁹, attente più alle decisioni assunte che al ragionamento ed alla regola giuridica, con un conseguente spostamento dell’attenzione dalle regole decisorie alle decisioni⁵⁰. L’utilizzazione di tali modelli conduce, così, ad una analisi quantitativa ed ad una valutazione probabilistica circa il comportamento del giudice, dal momento che l’esito dell’elaborazione digitale è costituita da una rilevazione statistica e non da una decisione nel senso dell’assunzione della scelta conseguente all’applicazione di una regola di diritto; esito, questo, reso peraltro impossibile dalla circostanza che, almeno fino ad ora, i dati vengono elaborati dagli strumenti di intelligenza artificiale in base ad una analisi di tipo sintattico e non di tipo semantico, capace di cogliere le diverse variabili di significato.

È, appunto, in questa prospettiva che è possibile cogliere i profili critici della digitalizzazione del ragionamento giuridico, dal momento che le variabili semantiche rendono particolarmente complessa la traduzione in un affidabile modello computazionale, sia esso basato sui sistemi esperti che sul *case base reasoning*⁵¹.

È stato, altresì, posto in luce che l’utilizzazione di modelli computazionali fondati sull’uso del precedente conosce variabili assai diverse connesse all’esistenza o meno alla regola dello *stare decisis*, e cioè al dovere di applicare il precedente non *overruled*, alla presenza di significativi *corpus normativi*, all’organizzazione della magistratura e delle Corti supreme, alla possibilità di queste di selezionare i casi da decidere⁵², alla modesta rilevanza delle questioni di fatto, nella giurisprudenza delle Corti supreme attente alla elaborazione di principi di diritto.

Tali rilievi, se aiutano a superare un approccio distopico legato all’uso della locuzione “giustizia predittiva”, non escludono, invece, che l’uso di strumenti di «ragionamento giuridico artificiale»⁵³ possano comunque essere utili anche in ordinamenti come quello italiano ed evidenziano come non si ponga in contrasto con il quadro costituzionale l’uso di modelli computazionali basati o su sistemi esperti o su sistemi *case based*, che non sostituiscano la decisione umana ma che, a certe condizioni, possano contribuire all’adozione di questa.

⁴⁶ S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 269.

⁴⁷ Provvede a ciò, in modo sintetico ma efficace S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 258 ss.

⁴⁸ I sistemi esperti, basati su schemi ipotetico-deduttivo, soddisfano le necessità di giustificazione del risultato, poiché le regole e i passaggi vengono stabiliti e immagazzinati lungo il processo. Il sistema riceve un *input* (fatto) e con l’ausilio di diagrammi ad albero, scorre attraverso il numero di regole fornite, e consegna l’*output* dopo che ogni regola è stata applicata. In questo senso S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 259.

⁴⁹ S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 259 ss.

⁵⁰ S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 261.

⁵¹ S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 263.

⁵² S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 265 ss.

⁵³ S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 269.

6. Intelligenza artificiale e documenti europei: la necessità dell'intervento umano

Le osservazioni esposte in precedenza sembrano convergere verso una prospettiva che ribadisce la necessità dell'intervento del giudice umano e della sua autonomia.

Esse sottolineano anche l'utilità nei sistemi processuali dell'uso di strumenti di intelligenza artificiale e paiono trovare conferma in alcune disposizioni contenute in diversi documenti e nelle diverse iniziative dell'Unione europea volte a disciplinare sotto diversi profili l'uso di tali strumenti.

L'esame di tali documenti sembra, anzi, rendere palese un orientamento volto, da una parte, ad ammettere con prudenza l'uso di strumenti di intelligenza artificiale e dall'altra a richiedere comunque un intervento umano in ogni processo decisionale di contenuto giurisdizionale.

Non è possibile, in questa sede, provvedere ad una analisi approfondita della grande quantità di documenti che sono intervenuti sulla questione. Deve, comunque, essere ricordato, innanzi tutto, l'art. 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE/2016/679) che, nel disciplinare il processo decisionale automatizzato relativo alle persone, afferma che l'interessato ha diritto a non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici che lo riguardano o che incidono significativamente in modo analogo sulla sua persona.

Nella stessa ottica si muove l'art. 8 del d.lgs. 18 maggio 2018 n. 51, (attuazione della direttiva UE 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte di autorità competenti a fine di prevenzione, indagine, accertamento, perseguimento dei reati o esecuzione di sanzioni penali), alla stregua del quale sono vietate decisioni basate unicamente su di un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producano effetti negativi nei confronti dell'interessato, salvo che non siano autorizzati dal diritto dell'Unione europea o da specifiche disposizioni di legge. La stessa norma prevede, peraltro, che queste ultime debbano prevedere garanzie adeguate per i diritti di libertà dell'interessato e che, «in ogni caso è garantito il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».

Va, altresì, ricordata la Risoluzione del 16 febbraio 2017 del Parlamento europeo, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, nella quale si afferma, tra l'altro, la necessità del controllo umano nel processo automatizzato e algoritmico.

Un rilievo significativo deve essere attribuito alla Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giuridici e negli ambiti connessi, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) del 3 dicembre 2018. Viene con essa, incoraggiato l'uso degli strumenti di intelligenza artificiale nel processo, ma si afferma con chiarezza la necessità di un uso responsabile di tali strumenti, rispettoso dei principi stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Convenzione sui dati personali del Consiglio d'Europa. Significativamente, con riferimento alla c.d. giustizia predittiva, è stata richiamata la necessità del rispetto dei diritti fondamentali, del diritto di accesso al giudice e ad un processo equo, dell'indipendenza del giudice, dei principi di non discriminazione, di qualità e sicurezza dei dati, di trasparenza, imparzialità ed equità in relazione all'accessibilità dei metodi e degli strumenti utilizzati, del principio dell'*under user control*, volto a garantire l'intervento umano e la piena consapevolezza dei protagonisti della vicenda giudiziaria, della necessità di assicurare la possibilità del

W. S. J. van

giudice umano di rivedere e riesaminare le decisioni, i dati utilizzati e la soluzione proposta dalla macchina⁵⁴.

7. “*Consideration on the legal aspect of Artificial Intelligence 2020*”. Intelligenza artificiale, legittimazione del giudice e contraddittorio

Decisamente interessante, anche per la sua provenienza, appare il documento “*Consideration of the legal aspect of Artificial Intelligence 2020*” del Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), con cui sono state, in qualche modo identificate le diverse aree di utilizzo dei sistemi di IA nel procedimento giurisdizionale (gestione del *follow-up* dei file; udienze sia istruttorie che dibattimentali; deliberazione del giudice; *follow-up* dell’esecuzione delle decisioni), prospettate le possibilità di utilizzo di tali sistemi ai fini della valutazione del funzionamento dei tribunali ed evidenziate le possibili preoccupazioni legate al fatto che l’uso degli strumenti di IA potrebbe “sbilanciare” l’equilibrio del principio del contraddittorio. Il documento identifica, così, alcune questioni fondamentali, la cui soluzione (anche attraverso la predisposizione di regole operative) apparirebbe necessaria per garantire che l’uso degli strumenti di IA non turbi l’equilibrio del contraddittorio, in tal modo garantendo l’autonomia stessa del giudice. In particolare:

- dovrebbe essere sempre possibile identificare l’uso degli strumenti di IA ai fini della decisione;
- l’uso di tali strumenti dovrebbe essere definito in modo tale da non interferire con il potere decisionale del giudice, in tal modo garantendo che la decisione sia assunta da colui il quale l’ordinamento ha conferito il potere di decidere (cd. legittimazione del giudice);
- dovrebbe essere sempre possibile, per le parti, verificare l’inserimento di dati ed il processo svolto dal sistema di IA, attraverso la possibilità di accedere ad esso, di valutarne le caratteristiche, l’utilizzazione dei dati e la pertinenza dei risultati ottenuti;
- dovrebbe essere assicurata la possibilità di discutere in contraddittorio i dati e le conclusioni derivanti dall’uso di un sistema automatizzato;
- dovrebbe essere sempre assicurata la conformità ai principi del GDPR;
- dovrebbe essere garantita ed assicurata la neutralità e l’obiettività degli strumenti di IA utilizzati nel sistema della giurisdizione.

8. La proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio di regole armonizzate sull’uso di intelligenza artificiale

Le questioni relative all’intelligenza artificiale attraversano i settori più disparati; si spiega anche così il fatto che negli ultimi tempi si sono moltiplicate le iniziative dell’Unione europea volte a disciplinare l’uso degli strumenti che la riguardano. Il 25 novembre 2020 è stato, così, presentato il *Data Governance act*, riguardante la nuova proposta di regolamento volta a potenziare il controllo di cittadini ed imprese sui propri dati, favorire la condivisione e la circolazione dei medesimi e facilitare il riutilizzo dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni; il 15 dicembre sono stati presentati il *Digital services*

⁵⁴ Si veda, in proposito, M.R. COVELLI, *Dall’informatizzazione della giustizia alla “decisione robotica?” Il giudice del merito*, in A. CARLEO (a cura di) *op. cit.*, 135 ss.



act, contenente una proposta di regolamento volto a rafforzare il mercato unico dei servizi digitali ed a promuovere l'innovazione, ed il *Digital market act*⁵⁵, recante una proposta di regolamento volto a garantire, attraverso previsioni *ex ante*, un mercato unico competitivo per i servizi digitali ed in particolare mercati equi e contendibili. Queste proposte riguardano, naturalmente, anche l'uso degli strumenti di IA; tuttavia, la proposta più ampia e che più da vicino sembra riguardare tali strumenti con riferimento all'esercizio della funzione giurisdizionale è quella, presentata il 21 aprile 2021, di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante regole armonizzate sull'intelligenza artificiale⁵⁶. La proposta, infatti, si inserisce in un ambito in cui esistono altre iniziative di regolazione, volte a tutelare profili specifici (l'uso dei dati, il mercato, i servizi di IA); essa ha, tuttavia, una portata più ampia, sicché può essere, in qualche modo, considerata una proposta di disciplina dell'IA anche dal punto di vista dei diritti fondamentali, volta a regolare e limitare poteri che si sono consolidati nel tempo⁵⁷.

La proposta assume così il valore di un tentativo di passare da una logica settoriale e frammentaria ad una prospettiva generale: non a caso si tratta di una proposta di regolamento, destinata per ciò a trovare applicazione diretta in paesi dell'Unione. Essa, infatti, obbedisce allo scopo di evitare l'emergere di un «mosaico emergente di norme nazionali» capaci di pregiudicare la circolazione dei servizi nell'Unione, con pregiudizio dei diritti fondamentali.

La proposta tenta di rispondere a due esigenze diverse, quella di non ostacolare eccessivamente lo sviluppo tecnologico, ponendo ingiustificate barriere alla immissione di strumenti di IA sul mercato e quella di garantire la persona dai rischi connessi con l'uso di tali strumenti.

In questa prospettiva, l'uso dell'IA viene considerata un'attività pericolosa; la proposta procede, così, alla graduazione del rischio, effettuata sulla base dello scopo e del contesto in cui gli strumenti di IA vengono utilizzati. Vengono, quindi, previsti sistemi a rischio inaccettabile, sistemi ad alto rischio e sistemi non ad alto rischio.

È a questo punto che la proposta di regolamento intercetta le questioni legate alla tutela giurisdizionale, dal momento che essa inseriva fra quelli ad alto rischio per i diritti fondamentali i sistemi di IA volti ad assistere una autorità giudiziaria nella ricerca dell'interpretazione dei fatti e del diritto, nonché con riferimento all'applicazione della legge nel caso concreto.

Non è questa ovviamente la sede per esaminare nel dettaglio la struttura della proposta ed il ruolo, rilevante, assicurato da essa, pur in un quadro unitario, alle discipline nazionali; quel che pare opportuno sottolineare è che la stessa, inserendo quelli relativi alla assistenza dell'autorità giudiziaria fra i

⁵⁵ Sul *Data governance act* si veda F. DI PORTO, *La nuova stagione di condivisione dei dati*, in *Astrid, Rassegna*, 7 gennaio 2021, n. 330 (n. 1/2021); A. PERRUCCI, *La strategia europea in materia di dati*; *Ibidem*, n. 330 (n. 1/2021); *Data governance act; prime considerazioni e primi interrogativi sulla proposta di regolamento sulla gestione europea dei dati*, videoconferenza 21 dicembre 2020, in *Astrid online*; Si veda, inoltre, in proposito F. DI PORTO, T. GROTE, G. VOLPI, R. INVERNIZZI, *"I see something you don't see". A computational analysis of the digital services act and the digital markets act*, in *Astrid Rassegna*, 7 gennaio 2021 n. 330 (n. 1/2021).

⁵⁶ Si veda, in proposito, C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *Online First BLJ*, 3, 21.

⁵⁷ Sui profili costituzionali legati all'uso dell'intelligenza artificiale si veda T. GROSSI, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, III, 2020, 24 settembre 2020.

sistemi ad alto rischio, conferma la delicatezza del problema e la necessità di un approccio equilibrato che assicuri sempre l'intervento ed il controllo del giudice umano.

9. Intelligenza artificiale e organizzazione del servizio giustizia

Si può adesso, dopo quanto osservato in precedenza, cercare di comprendere quali siano le aree dell'esperienza del processo più ricche di aspetti problematici in relazione all'uso di strumenti di intelligenza artificiale.

Deve essere in proposito formulata una osservazione di carattere generale. Occorre, infatti ricordare che l'IA incontra il mondo della giustizia non soltanto nel singolo processo, quando si tratta di stabilire a quale dei contendenti spetti l'attribuzione del bene della vita conteso o quando si discuta della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato, ma anche a proposito del sistema istituzionale dell'esercizio della giurisdizione nel suo complesso⁵⁸.

Sotto questo profilo, va osservato che il rapporto fra intelligenza artificiale e giustizia è iniziato da tempo: costituiscono tappe di questa vicenda la progressiva dematerializzazione dei documenti e l'introduzione nel processo civile ed in quello amministrativo, del processo telematico.

Va anche ricordato che la pandemia legata al Covid 19 ha significativamente inciso sui procedimenti giurisdizionali, introducendo forme di processo da remoto che hanno trovato una significativa attuazione soprattutto nel processo amministrativo.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio la disciplina emergenziale che ha consentito il conseguimento di tali obiettivi; tuttavia, se da una parte tale disciplina ha consentito la prosecuzione dell'attività giurisdizionale, dall'altra essa ha forse provocato qualche indebolimento nelle garanzie strutturali del processo, come una certa riduzione, e forse anche alterazione del principio di collegialità, grazie alla sostituzione del giudice collegiale con quello monocratico, una certa alterazione del principio del contraddittorio, una certa preferenza accordata al processo scritto a danno dell'oralità, una accentuazione delle ipotesi di processo da remoto⁵⁹. A tutto ciò vanno aggiunti i problemi connessi con l'uso delle piattaforme riguardanti l'identificazione dei soggetti del processo e la segretezza delle camere di consiglio.

La piena realizzazione del processo telematico costituisce uno degli obiettivi specifici della legge 27 settembre 2021 n. 134, riguardante la delega al Governo per la riforma del processo penale e del disegno di legge, già approvato dal Senato, concernente la riforma del processo civile. La stessa centralità dell'Ufficio del processo nella riforma del processo penale ed in quella del processo civile è direttamente legata all'uso degli strumenti di IA nella pianificazione dell'attività dei tribunali. L'IA può infatti, portare un contributo decisivo all'organizzazione del servizio giustizia rispondendo con le proprie risorse alle domande che, nell'interesse degli utenti, pone lo stesso servizio⁶⁰.

⁵⁸ A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e sistema di tutela giurisdizionale*, in *Astrid Rassegna*, 3, 2020.

⁵⁹ Si veda, in proposito, A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, cit., 232 ss.; A. ROLLI, *La giustizia amministrativa al tempo del COVID 19*, cit., 273; A. LARICCIA, *PAT e pandemia*, cit., 287 ss.

⁶⁰ Si veda, in proposito C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Rimini, 2019; A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e sistema di tutela giurisdizionale*, cit.

Più precisamente, l'uso di strumenti telematici nell'organizzazione del sistema di giustizia corrisponde all'esigenza di incrementare la qualità dell'*offerta* di giustizia e la relativa produttività. Gli strumenti di soluzione alternativa alla giurisdizione, ed in generale di forme volte a scoraggiare l'uso opportunistico della giustizia, si risolvono invece in iniziative volte a intervenire sulla *domanda* di giustizia.

10. Dalla “macchina che inquieta” alla “macchina che sostiene”? Alcune iniziative sperimentali in corso

La considerazione degli elementi sopra descritti ha condotto, su un piano più generale, ad affermare la possibilità di un intervento degli strumenti di IA fino ad una certa soglia, identificata con il momento di decisione da parte del giudice. Quest'ultimo può e deve dialogare con i sistemi informatici e con le elaborazioni ragionate dell'IA; queste devono, tuttavia, svolgere una funzione ausiliaria, dal momento che al giudice (e solo a lui) spettano le determinazioni conclusive circa l'apprezzamento del fatto e la valutazione giuridica della fattispecie, che costituiscono il nucleo essenziale e irrinunciabile del giudizio⁶¹.

In questa prospettiva “ausiliaria” possono essere utilizzati anche sistemi di giustizia predittiva, come sistemi capaci di fornire una valutazione probabilistico-statistica della controversia, sulla base della conoscenza dei dati costituiti da precedenti giurisprudenziali, talvolta ricondotti ai casi di IA “forte”⁶², purché gli esiti dell'uso di tali strumenti siano accessibili alle parti del processo e costituire oggetto di contraddittorio. È stato, così, sottolineato che se la motivazione di una sentenza è, sostanzialmente, una giustificazione a posteriori della decisione⁶³, la stessa deve essere considerata come non isolata ma inserita in un flusso di informazioni organizzate come dati, che possono essere forniti da strumenti di intelligenza artificiale⁶⁴. È anche in questa ottica che, con riferimento al giudizio penale, è stata evidenziata la necessità di una “relativizzazione” dei sistemi di decisione algoritmica, che «li declini come strumenti nelle mani del giudice persona fisica, *human in command* chiamato a giudicare autonomamente⁶⁵» ed anche, eventualmente ad «avvalersi del *double check* algoritmico quale parametro di verifica, a valle, della decisione adottata a monte dal giudice umano»⁶⁶, in un percorso che preveda l'utilizzazione dell'algoritmo in funzione tutoria, per limitare la fallibilità della decisione giudiziale, nel quadro della collaborazione uomo-macchina⁶⁷.

Può essere ricondotta, in qualche modo, all'ordine di idee che vede l'uso degli strumenti di IA in funzione ausiliaria, ma con un ruolo sempre crescente della *machina sapiens*, la proposta, di recente prospettata, di un sistema che salvaguardi il primato necessario del giudice umano, ma che assegni alla macchina un ruolo formale, ancorché ancillare.

⁶¹ R. BICHI, *op. cit.*, 447.

⁶² R. BICHI, *op. cit.*, 424.

⁶³ S. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020, 108.

⁶⁴ A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 119 ss.

⁶⁵ V. MANES, *Intelligenza artificiale e giustizia penale*, in A. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 283.

⁶⁶ V. MANES, *op. cit.*, 283.

⁶⁷ V. MANES, *op. cit.*, 283-284.

Si tratterebbe, in particolare, di un sistema che salvaguardi il primato della decisione umana e la sua libertà di giudizio, ma che gli affianchi «con funzione servente ma ritualizzata, una sorta di avvocato generale-macchina, le cui conclusioni costituiscono una sorta di parere obbligatorio ma non vincolante: un progetto di sentenza che il giudice umano resta libero di disattendere, ma con decisione motivata»⁶⁸.

Nella prospettiva delineata dall'autore della proposta, dovrebbe lavorarsi a soluzioni volte a superare l'opacità delle conclusioni algoritmiche⁶⁹; essa, però, potrebbe aiutare a superare l'antagonismo tra prospettiva normativistica ed approccio realistico, tra calcolabilità giuridica a diritto incalcolabile e decisioni per valori; ed anche, secondo l'autore, potrebbe aiutare a tener conto della realtà, che registra la necessità, anche etica, di un giudice umano, ma che nello stesso tempo vede la «mediazione decisoria» affidata «alle sole energie e competenze di un giudice sempre oberato e quasi mai specializzato»⁷⁰.

Certo è che, in un approccio del genere, il ruolo della macchina appare ancora in qualche modo ausiliario, ma cresce significativamente, fino a fare di essa una sorta di co-protagonista della vicenda giudiziaria. Si passerebbe, così, progressivamente, da una macchina che costituisce un rischio per l'uomo, che inquieta e assoggetta, ad una macchina che aiuta e sostiene, che realizza una interazione e collaborazione virtuosa con l'uomo che «senza sovrapporsi al suo interlocutore, ma anzi svolgendo la funzione di “levatrice”, lo aiuti a fare uscire da sé la risposta più informata, efficiente, giusta in relazione al caso concreto e così elevarla al rango di pronuncia, consacrata dal timbro (digitale) del Tribunale dello Stato»⁷¹.

Si tratta di una prospettiva che, nel tentativo di superare sia la resistenza tecnofobica all'uso di strumenti di IA nell'attività giurisdizionale sia l'illusione di una giustizia “esatta”, esente dal mondo dell'incertezza⁷², prospetta una sorta di “terza via” ancora, tutto sommato, lontana dal divenire realtà concreta a causa delle difficoltà che spesso le “terze vie” sembrano comportare.

Deve, infine, essere ricordato, che, nell'ottica del superamento della contrapposizione uomo-macchina e di una cooperazione che assegna, comunque, all'uomo un ruolo fondamentale, vengono suggerite, sia pure attraverso esperienze limitate, forme che, almeno per quanto riguarda la *small claims*, ed eventualmente previo consenso delle parti prevedano l'intervento di un agente intelligente per la decisione della controversia, sulla base delle domande, delle allegazioni dei documenti introdotti dalle parti, a sostegno della propria pretesa, con la possibilità del ricorso successivo da parte del soggetto soccombente al giudice umano. Viene, in proposito segnalata l'iniziativa assunta dall'Estonia⁷³ che, nel

⁶⁸ V. RUFFOLO, *La machina sapiens come avvocato generale e il primato del giudice umano: una proposta di interazione virtuosa*, in V. Ruffolo, *XXVI lezioni*, cit., 209.

⁶⁹ V. RUFFOLO, *op. cit.*, 221 ss.

⁷⁰ V. RUFFOLO, *op. cit.*, 222.

⁷¹ A. PUNZI, *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituire l'umanità del giudicare?*, in A. CARLEO, *Decisione robotica*, cit., 330.

⁷² A. Punzi, *op. cit.*, 328.

⁷³ Per alcune indicazioni sull'esperienza dell'Estonia, nonché per una ampia panoramica sulle esperienze in corso nei paesi europei ed extraeuropei si veda M. LIBERTINI, M. R. MAUGERI, E. VINCENTI, *Intelligenza artificiale e giurisdizione ordinaria. Una ricognizione delle esperienze in corso*, in *Astrid Rassegna*, 8 novembre 2021, (n. 16/2021), 4 ss.; C. GIANNACCARI, *Il processo civile nell'era digitale: spunti di diritto comparato*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e*

quadro di un più ampio progetto di digitalizzazione di attività di carattere pubblico, ha in caso di elaborazione un programma di giustizia predittiva da applicare a tutte le controversie di valore non superiore ad una certa cifra, che prevede l'affidamento della decisione a un agente intelligente, con la possibilità del ricorso successivo ad un giudice umano. In questo modo, il ricorso agli strumenti di IA realizzerebbe una sorta di sistema di ADR, con possibilità di accesso successivo al giudice.

Le indicazioni che precedono riguardano utilizzazioni, in parte ancora futuribili, di strumenti di intelligenza artificiale nel processo giurisdizionale. Sono, tuttavia in corso vari progetti sperimentali di giustizia predittiva presso alcuni uffici giudiziari, frutto, in genere, della sinergia con istituzioni universitarie⁷⁴. In proposito, deve essere ricordato il progetto "prevedibilità delle decisioni" iniziato nel 2016 presso la Corte di appello di Bari⁷⁵, volto a realizzare schede tematiche della giurisprudenza consolidata su materie e casistiche ricorrenti; il progetto, iniziato nell'aprile 2018, a seguito di una Convenzione tra la Corte di appello di Brescia e l'Università della stessa città⁷⁶, volto a realizzare banche dati condivise contenenti informazioni sugli orientamenti giurisprudenziali del distretto, utilizzabili dagli operatori del diritto e dagli stessi cittadini, in modo da poter avere una rappresentazione dei tempi prevedibili di definizione delle controversie, e saggiare la probabilità di esito positivo della domanda nelle materie prese in considerazione dai predetti orientamenti giurisprudenziali; L'iniziativa, sorta nel 2017, frutto della sinergia tra la Corte di appello di Venezia e l'Università Ca' Foscari, volta a selezionare gli orientamenti giurisprudenziali e le soluzioni fornite in determinate materie economicamente sensibili (diritto dell'impresa, dell'intermediazione finanziaria, bancaria, societaria, del lavoro) al fine di rendere conoscibile l'orientamento, nelle stesse materie, dei giudici del distretto, in una ottica di deflazione del contenzioso⁷⁷.

11. La giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'uso degli algoritmi nella funzione pubblica: utili suggerimenti anche per l'attività giurisdizionale

L'uso di forme di giustizia predittiva nel processo suppone, naturalmente, l'uso di algoritmi, rispetto ai quali, come è noto, si pongono problemi di possibile opacità, di riservatezza per ragioni industriali, di erroneità (essi possono incorporare i pregiudizi di chi li ha progettati). Appaiono in proposito, significative alcune sentenze del Consiglio di Stato che, nell'esaminare le decisioni amministrative assunte con l'uso di algoritmi, hanno precisato le condizioni fondamentali della legittimità di tali provvedimenti. Tale giurisprudenza, pur dettata per l'uso degli algoritmi nell'esercizio della funzione amministrativa⁷⁸, appare utile anche con riferimento all'uso di algoritmi nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

intelligenza artificiale, Pisa 2020, 632 ss.; E. NIILER, *Can AI be a fair Judex in Court? Estonia think so, in wired*, 25 marzo 2019.

⁷⁴ Si veda, con riferimento alle sperienze in corso presso le corti di appello, M. LIBERTINI, M.R. MAUGERI, E. VINCENTI, *op. cit.*, 16 ss.

⁷⁵ Si veda https://www.giustizia.bari.it/buone_prassi4.aspx; M. LIBERTINI, M. R. MAUGERI, E. VINCENTI, *op. cit.*, 16.

⁷⁶ Si veda <https://www.giustiziapredittiva.unibs.it/>; M. LIBERTINI, M.R. MAUGERI, E. VINCENTI, *ocit.*, 16.

⁷⁷ Si veda M. LIBERTINI, M.R. MAUGERI, E. VINCENTI, *op cit.*, 19.

⁷⁸ Sull'uso di algoritmi nella funzione amministrativa e sul sindacato giurisdizionale si veda G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; P. OTRANTO, *Riflessioni interne di decisione amministrativa*,



In particolare, con una prima pronuncia⁷⁹, il Consiglio di Stato, dopo aver sottolineato che l'uso di algoritmi nell'attività amministrativa, particolarmente in relazione a procedure seriali o standardizzate, appare conforme ai canoni di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa ed al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., ha affermato che la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, che deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa (art. 1 l. 241/1990), non può lasciare spazi amministrativi discrezionali, esige che l'amministrazione ponga in essere un'opera *ex ante* di mediazione e di composizione degli interessi, nonché *test* di aggiornamento dell'algoritmo, deve essere tale da consentire al giudice di valutare la correttezza del procedimento automatizzato in tutte le sue componenti.

I principi sopra esposti sono stati confermati ed approfonditi con una successiva pronuncia⁸⁰. Il Consiglio di Stato, dopo aver ricordato la piena legittimità e opportunità dell'uso di strumenti amministrativi fondati su algoritmi, ha affermato la possibilità di utilizzo di questi ultimi anche nel caso di provvedimenti non vincolati ma discrezionali, soprattutto espressione di discrezionalità tecnica sottolineando la necessità di:

a) garantire la piena conoscibilità dell'algoritmo in tutti i suoi aspetti, non potendo assumere rilievo la riservatezza delle imprese produttrici di meccanismi informatici, che «ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza»⁸¹;

b) assicurare l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, che deve poter svolgere la necessaria verifica di legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo, nell'interesse della stessa amministrazione e dei soggetti coinvolti dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo.

Il Consiglio di Stato ha, così, ricordato i principi da tenere in considerazione nell'esame e nell'utilizzo di strumenti informatici, e cioè il principio di conoscibilità, quello di non discriminazione algoritmica, con l'ulteriore necessità che siano rettificati i fattori che comportino inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, secondo modalità che impediscano effetti discriminatori.

I principi sopra ricordati appaiono di grande utilità anche con riferimento al processo: essi infatti, sono posti dalla disciplina sovranazionale in via generale per l'uso degli strumenti informatici, e quindi anche con riferimento all'utilizzazione di essi nell'esercizio della funzione giurisdizionale. In particolare, il principio di non esclusività della decisione algoritmica evidenzia la permanente esigenza di un intervento umano anche in funzione di controllo, e quindi la speciale rilevanza di tale intervento come condizione dell'esercizio della funzione in presenza dell'uso di strumenti di IA; il principio di conoscibilità pone in luce la necessità che le parti del processo siano avvertite dell'uso di strumenti algoritmici e che tale uso possa costituire oggetto di esame in contraddittorio; il principio di non discriminazione evidenzia la necessità di una verifica umana, anch'essa oggetto di contraddittorio, e che l'uso dello strumento algoritmico non si risolva nell'adozione di una decisione capace di generare discriminazioni, in violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

intelligenza artificiale e legalità, in V. RUFFOLO, XXVI Lezioni, cit., 251 ss; F. PATRONI GRIFFI, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, *Ibidem*, 475 ss.; *Id.*, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in A. CARLEO, *Decisione robotica*, cit., 165 ss.

⁷⁹ *Cons. Stato*, 8 aprile 2019 n. 2270.

⁸⁰ *Cons. Stato*, 13 dicembre 2019 n. 8472.

⁸¹ Così *Cons. Stato*, n. 8472/2019, cit.



12. Intelligenza artificiale e istituti processuali: il futuro nel rapporto fra normativismo e realismo

Le osservazioni sin qui svolte appaiono, infine, utili per cercare di capire in quale misura gli strumenti di intelligenza artificiale possano essere utilizzati nella concretezza degli istituti processuali esistenti, in vista di una applicazione non meramente futuribile, ma effettiva anche se limitata. Una riflessione del genere è resa complessa sia dalla varietà dei riti che i diversi processi giurisdizionali – civili, penali, amministrativi, contabili – conoscono, sia dalla stessa circostanza che sia il processo penale che quello civile sono destinati ad essere profondamente modificati in applicazione delle indicazioni contenute, a proposito delle riforme “orizzontali”, nel Piano nazionale di ripresa e resilienza⁸². Tuttavia, proprio la circostanza che le riforme in preparazione attribuiscono un ruolo decisivo all'uso degli strumenti informatici ed alla piena realizzazione del processo telematico induce a tentare di fornire qualche breve spunto, utile per provocare una riflessione più approfondita. Si tratta, d'altra parte, di prendere atto del fatto che l'evoluzione tecnologica in atto investe già tutte le attività umane e quindi anche quelle legate al processo giurisdizionale, sicché occorre cercare di comprendere sia come e in che limiti le nuove tecnologie potranno influire sul processo, lasciandone intatti i significati ed i valori fondamentali, anche costituzionali, sia come il processo potrà o dovrà adattarsi alle tecnologie ormai diffusamente applicate nella realtà⁸³.

Una operazione del genere non è nuova ed è stata già tentata, con riferimento ai momenti più rilevanti del diritto processuale (procedimenti cautelari, valutazione della prova, decisione, rispetto dei diritti umani nel processo)⁸⁴. L'operazione è stata tentata anche con riferimento ad alcuni istituti di diritto positivo dell'ordinamento nazionale. Ci si è, così, posti il problema dei rimedi esperibili nei riguardi di una decisione automatizzata⁸⁵ e quello delle utilizzazioni possibili di strumenti algoritmici nelle decisioni di merito⁸⁶. Si è così osservato che il modello della decisione automatizzata potrebbe essere limitato ad alcune fasi istruttorie con riguardo ad alcune tipologie di controversie nelle quali sia possibile l'utilizzazione di algoritmi di valutazione matematica a supporto del giudice, per le cause semplici, seriali, ripetitive e documentali, nel settore del diritto previdenziale (con riguardo all'accertamento tecnico preventivo, all'infortunistica stradale e alla responsabilità civile in reazione alla quantificazione del danno o con riferimento al contenzioso seriale di cui è parte un soggetto pubblico)⁸⁷. È stato, anche osservato che forme di giustizia predittiva potrebbero essere utilizzate per le controversie di lieve entità, anche se bisognerebbe operare una più approfondita riflessione sulla nozione di controversie seriali e su quella di controversie standardizzabili, connotate da una più ampia presenza di elementi di automaticità e per una giurisprudenza ormai consolidata⁸⁸. È stata poi, sottolineata la difficoltà di connettere il giudizio di legittimità della Corte di cassazione ed il correlativo ruolo della Procura generale

⁸² Sul valore giuridico del PNRR si veda M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 21 luglio 2021 n. 341 (n. 12/2021).

⁸³ P. COMOGLIO, *Prefazione* a J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, XIII.

⁸⁴ Si veda J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*

⁸⁵ E. VINCENTI, *Il “problema” del giudice robot*, in A. Carleo, *op. cit.*, 121 ss.

⁸⁶ M.R. COVELLI, *op. cit.*, 125 ss.

⁸⁷ M.R. COVELLI, *op. cit.*, 132-133.

⁸⁸ L. DE RENZIS, *op. cit.*, 149 ss.

presso la Corte con l'uso di strumenti algoritmici e ciò perché le funzioni di legittimità innesterebbero un meccanismo giudiziale complesso che non si fermerebbe al presente ma dilaterebbe lo sguardo nel futuro, con una logica di programmazione normativa che avrebbe i tratti caratteristici della creazione e dell'invenzione⁸⁹. In funzione di deflazione del contenzioso giudiziario è stata prospettata la possibilità di creare, con riferimento a controversie standardizzate, una "fase prognostica", da affidare alla macchina, che preceda l'azione dinanzi all'autorità giudiziaria⁹⁰.

Il discorso sin qui svolto meriterebbe ulteriori sviluppi, anche nella prospettiva delle riforme del codice di procedura civile e del codice di procedura penale previste dal PNRR.

Elementi utili a graduare l'utilizzazione degli strumenti di intelligenza artificiale nel processo possono essere legati a profili di diritto sostanziale o a questioni legate all'esercizio della discrezionalità del giudice.

Sotto il primo profilo, dovrebbero essere, secondo alcuni, considerati preclusi all'intervento di strumenti di intelligenza artificiale ambiti relativi a diritti della persona, a responsabilità professionale, alla protezione internazionale ed a settori con istruttorie complesse o altamente specialistiche⁹¹. Si tratta tuttavia di preclusioni che sembrano eccessive, ove volte a vietare del tutto, anche in funzione ausiliaria, l'uso di strumenti algoritmici, posto che – proprio l'uso di questi può essere assai utile ai fini dell'esame di documentazioni complesse e riguardanti settori ad alta tecnicità – mentre proprio i sistemi di previsione di pericolosità del soggetto sono quelli che hanno dato luogo a discussioni ma anche all'affermazione della necessità di abbinare all'uso di tali strumenti l'intervento umano.

Sembra, piuttosto preferibile prendere come punto di riferimento l'area della discrezionalità del giudice, per tentare di graduare, rispetto ad essa, il possibile uso di strumenti di intelligenza artificiale. In questo senso l'area che appare riservata esclusivamente all'intervento del giudice umano è quella nel quale il giudice decide di *non decidere*, ma di investire un altro giudice per la soluzione di una questione. La scelta di investire la Consulta di una questione di legittimità costituzionale o di richiedere la pronuncia pregiudiziale della Corte di Lussemburgo non può che essere rimessa esclusivamente al giudice umano, che può utilizzare strumenti di IA per la valutazione del materiale e per l'esame dei precedenti, ma che non può demandare ad altri la valutazione sulla necessità di non decidere, ma di investire una Corte diversa.

Problemi significativi si presentano, poi, con riferimento ai casi in cui l'intervento del giudice appare caratterizzato da un, per dir così, tasso qualificato o rafforzato di discrezionalità, come quando occorra fare uso di concetti giuridici indeterminati o clausole generali, ovvero nei casi di giudizio secondo equità (art. 113 c.p.c.), ed in particolare in quelli di equità sostitutiva, nei quali in criterio equitativo consente al giudice di modellare il contenuto della pronuncia tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, che non avrebbero potuto essere adeguatamente considerate con una decisione secondo diritto. La natura stessa di tale decisione sembra evidenziare l'impossibilità non solo di sostituire, ma integrare la discrezionalità del giudice con forme e strumenti di intelligenza artificiale. Lo stesso deve dirsi a fronte di un giudizio di equità sui diritti disponibili su richiesta di parte (art. 114 c.p.c.), la cui decisione è non a caso inappellabile.

⁸⁹ L. DE RENZIS, *op. cit.*, 155.

⁹⁰ M. MAUGERI, *I robot e la possibile "prognosi" delle decisioni giudiziarie*, in A. Carleo, *op. cit.*, 159 ss.

⁹¹ M.R. COVELLI, *op. cit.*, 133.



Un campo significativo di applicazione delle tecnologie di IA può essere identificato in quello della prova e della sua valutazione⁹². Tali tecnologie potrebbero essere utili con riferimento alla prova legale e alla sua valutazione, per la valutazione delle prove documentali ed anche con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio (che come è noto, non costituisce mezzo di prova salvo che si tratti di consulenza percipiente), in relazione alla formulazione dei quesiti ed alla considerazione delle risultanze della relazione tecnica.

Un discorso a parte meritano, infine i procedimenti speciali, in particolare quelli c.d. a contraddittorio eventuale (procedimenti di ingiunzione nel processo civile ed amministrativo; decreto penale di condanna nel processo penale). Proprio la struttura di tali procedimenti sembra attagliarsi a quei principi che, per l'utilizzazione di strumenti di IA, richiedono sempre la possibilità dell'intervento umano. I decreti ingiuntivi ed i decreti penali di condanna potrebbero, infatti, essere adottati ricorrendo a forme di intelligenza artificiale, mentre la possibilità dell'opposizione, e quindi dell'instaurazione del contraddittorio, garantirebbe alla parte interessata che lo ritenga utile, l'intervento del giudice umano⁹³.

Molte altre cose potrebbero essere dette e altre stimolanti suggestioni potrebbero venire dalla stessa disciplina processuale positiva (ad esempio, l'art. 118 disp. att. c.p.c., e l'art. 74 c.p.a., che, riguardo alla motivazione, prevedono la possibilità di un riferimento a precedenti conformi, sembrano prefigurare forme di interazione fra l'attività del giudice e l'uso di strumenti algoritmici di catalogazione e analisi dei precedenti); certo è comunque che il rapporto fra strumenti di intelligenza artificiale e processo è destinato non solo a continuare ma ad approfondirsi e a specificarsi. Sarà sicuramente di importanza decisiva la disciplina europea che sarà posta in essere a seguito della proposta del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021; un utile contributo potrebbe tuttavia essere fornito anche da norme nazionali volte a definire ambiti e limiti di utilizzabilità di tali strumenti ed i requisiti necessari che devono essere posseduti dagli algoritmi da utilizzare a fini processuali.

Queste norme potrebbero opportunamente accompagnare le attese riforme del processo civile e di quello penale ed estendersi anche al processo tributario ed a quello dinanzi alle giurisdizioni speciali. Sembra, in ogni caso, opportuno ricordare che le soluzioni via via introdotte costituiranno, in qualche modo, attuazione concreta di riflessioni più ampie, legate al rapporto fra fatto e norma, fra legge e giudice, ed in ultima analisi al dibattito fra un approccio legato alla rilevanza del dato normativo ed uno legato ad una prospettiva realistica e storica, con la necessità di trovare, attraverso la giurisprudenza la possibilità di disciplinare e regolare situazioni nuove. Decisiva, sarà, comunque, anche con riferimento allo sviluppo dell'uso degli strumenti di intelligenza artificiale, la realizzazione di autentiche *Corti del precedente*, di Corti supreme chiamate non a dare la sentenza "esatta" per sempre, ma ad aumentare quel relativo e provvisorio grado di certezza a cui possono aspirare ordinamenti giuridici immersi nella storia e che con la storia fanno corpo.

⁹² Si veda quanto fatto presente, sia pure con riferimento all'ordinamento spagnolo, da J. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, 70 ss.

⁹³ In questo senso, per il processo civile, M. R. COVELLI, *op. cit.*, 133 e per il processo penale S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 270 ss.; F. PINELLI, *IA e giurisdizione penale: intersezioni e prospettive di convivenza*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE, *Biopolitica, pandemia e democrazia*, cit., 230 ss. Lo stesso autore identifica altre possibili modalità di utilizzazione nel processo penale (*op. cit.*, 244 ss.).

Discriminazioni algoritmiche e tutela dei lavoratori: riflessioni a partire dall'Ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020

Matteo Borzaga, Michele Mazzetti*

ALGORITHMIC DISCRIMINATION AND WORKERS' RIGHTS: THE ORDER OF THE TRIBUNAL OF BOLOGNA

ABSTRACT: This article analyses the order of the Court of Bologna of 31 December 2020 concerning the indirect collective discrimination committed by Deliveroo Italy S.r.l. against its riders through the management algorithm.

KEYWORDS: Labour law; anti-discrimination law; algorithmic discrimination; riders; right to strike

SOMMARIO: 1. Premessa: una vicenda complessa – 2. Una *strategic litigation* all'italiana – 3. Problemi processuali dal "sapore" sostanziale: cessazione della materia del contendere e legittimazione attiva – 4. Discriminazioni e algoritmi: il mimetismo del "capitalismo delle piattaforme" – 4.1. *Riders*: quale rapporto di lavoro? – 4.2. Discriminazioni algoritmiche – 4.3. (Segue) Discriminazione diretta o indiretta? – 5. Che sanzione applicare? – 6. Considerazioni conclusive.

* Matteo Borzaga: Professore ordinario di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Trento – Dipartimento "Facoltà di Giurisprudenza", School of International Studies. Mail: matteo.borzaga@unitn.it; Michele Mazzetti: Dottorando di ricerca in International Studies, Università degli Studi di Trento – School of International Studies. Mail: michele.mazzetti@unitn.it. Premessa e Considerazioni conclusive sono frutto dell'elaborazione di entrambi gli autori, i paragrafi 2, 3, 4, 4.2, 4.3 e 5 sono stati scritti dal dott. Mazzetti, mentre il paragrafo 4.1 è stato redatto dal prof. Borzaga. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Premessa: una vicenda complessa

Il tema delle discriminazioni algoritmiche è stato per diverso tempo trascurato¹ e confinato alla riflessione di una parte minoritaria della dottrina². La situazione è radicalmente mutata con l'Ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020, che ha portato alla ribalta questo tema scrivendo un precedente storico³. La giudice del lavoro, con la sua decisione, ha infatti riconosciuto la sussistenza di una discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori in relazione alle condizioni di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale della società datrice di lavoro Deliveroo Italy S.r.l.⁴

La causa, promossa dalle organizzazioni sindacali FILCAMS–CGIL Bologna, NIDIL–CGIL Bologna e FILT–CGIL Bologna, verteva sulla natura discriminatoria insita nella valutazione reputazionale dei singoli ciclofattorini (*riders*) operata dall'algoritmo "Frank", che portava ad una penalizzazione dei lavoratori nell'accesso alle sessioni di lavoro (*slot orari*)⁵.

La statistica elaborata dall'algoritmo sfavoriva, attraverso l'attribuzione di un punteggio negativo, i *riders* nelle ipotesi di c.d. *late cancellation*, ossia di cancellazione o annullamento della prenotazione di uno *slot* con un preavviso inferiore alle 24 ore, senza discernere in base alle motivazioni che avevano

¹ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour & Law Issues*, 7, 1, 2021, I. 4.

² Sul punto è opportuno ricordare i lavori di E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Bergamo, 2019; G. CENTAMORE, L. RATTI, *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, Lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, 663 ss.; C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA, E L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, Lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, 683 ss.; A. DONINI, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 28, 1, 2018, 222 ss.; A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. contro il lavoro disumano*, Bari, 2020; J. PRASSL, *What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 41, 1, 2019, 123 ss.; L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 269 ss.; P. HACKER, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under eu law*, in *Common Market Law Review*, 55, 4, 2018, 1143 ss.; V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Argomenti Di Diritto Del Lavoro*, 6, 2018, 1414 ss.

³ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 1, 2021, 103; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 3; A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2021, 2; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour & Law Issues*, 7, 1, 2021: I.48 ss.; B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 439/2021*, 1 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 440/2021*, 1 ss.; M. FAIOLI, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, in *Diritto Delle Relazioni Industriali*, 31, 1, 2021, 204 ss.

⁴ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 3; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 440/2021*, 1 ss.; M. FAIOLI, *Discriminazioni digitali e tutela giudiziaria su iniziativa delle organizzazioni sindacali*, in *Diritto Delle Relazioni Industriali*, 31, 1, 2021, 204 s.

⁵ M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., I.50 s.

dato luogo alla cancellazione⁶. In particolare, gli attori contestavano la lesione dei diritti sindacali e tra questi, soprattutto, del diritto di sciopero.

Nella motivazione dell'Ordinanza la giudice riconosce che le considerazioni svolte attorno alla lesione dei diritti sindacali possono ben estendersi a tutte le altre motivazioni legittime di astensione dal lavoro, come la malattia o l'infortunio, e che pertanto il comportamento datoriale è estremamente lesivo dei diritti dei lavoratori e discriminatorio⁷. Il punto nodale della vicenda consiste nella scelta datoriale di trattare situazioni diverse in modo uguale, cioè nell'operare scientemente una discriminazione⁸. A nulla giova l'affermazione che l'algoritmo sia neutrale, poiché esso comunque viene programmato secondo le disposizioni del datore di lavoro, che quindi deve essere considerato come l'attore della discriminazione⁹.

In sintesi il ricorso dei sindacati, accolto dalla giudice, censura la pratica datoriale trasfusa nell'algoritmo che, nel calcolare il punteggio dei *riders*, penalizza tutte le forme lecite di astensione dal lavoro comportando una illegittima discriminazione e una sostanziale perdita di *chances* di lavoro¹⁰.

La soluzione adottata dalla giudice di Bologna è lodevole non solo perché l'Ordinanza costituisce un "manuale applicato di diritto antidiscriminatorio"¹¹, ma anche perché presenta tutte le questioni giuridiche rilevanti nella controversia padroneggiandole in modo efficace¹². Dal canto loro, gli attori hanno saputo costruire il caso giudiziario in modo strategico (*strategic litigation*), creando un precedente molto importante e aprendo la strada ad una evoluzione del diritto sindacale in senso maggiormente "giudiziale" attraverso il diritto antidiscriminatorio¹³. Non a caso, per descrivere il risultato ottenuto dalle organizzazioni sindacali Barbera richiama i modelli di stampo angloamericano di *legal mobilisation* a servizio della *political mobilisation*¹⁴. Questi processi tendono entrambi a favorire il cambiamento sociale e il miglioramento delle condizioni dei gruppi o degli individui che li mettono in atto, tuttavia la *legal mobilisation* è peculiare perché si esercita attraverso lo strumento giudiziale del processo¹⁵. In questo modo le organizzazioni sindacali contribuiscono a quella che Perulli definisce «opera

⁶ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., 1.50 s.

⁷ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103.

⁸ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 75.

⁹ S. TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Revista de Direito Brasileira*, 27, 10, 2021, 112 ss.

¹⁰ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103.

¹¹ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., 1. 3.

¹² M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103.

¹³ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., 1. 3.

¹⁴ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., 1. 3.

¹⁵ F. K. ZEMANS, *Legal mobilization: the neglected role of the law in the political system*, in *The American Political Science Review*, 77, 3, 1983, 690 ss.; P. BURSTEIN, *Legal mobilization as a social movement tactic: the struggle for equal employment opportunity*, in *American Journal of Sociology*, 96, 5, 1991, 1201 ss.; C. R. EPP, *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*, Chicago, Londra, 1998; S. GLOPPEN, *Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health*, in *Health and Human Rights*, 10, 2, 2008, 21 ss.; S. GLOPPEN, *Litigating health rights: framing the analysis*, in A. E. YAMIN E S. GLOPPEN (a cura di), *Litigating health rights. Can courts bring more justice to health?*, Cambridge, 2011, 17 ss.; L. VANHALA, *Legal mobilization, political science*, Oxford, 2012; J. DUGARD, J. MACLEOD, A. ALCARO, *A rights-based examination of residents' engagement with acute environmental harm across four sites on south africa's witwatersrand basin*, in *Social Research*, 79, 4, 2012, 931 ss.; E. LEHOUCQ, W. K. TAYLOR, *Conceptualizing legal*



di disvelamento dei nuovi modelli di disciplinamento sociale tramite i dispositivi algoritmici»¹⁶ e permettono al diritto del lavoro sia di «stabilire quali sono le [ndr. nuove] “patologie del sociale”»¹⁷, sia di adeguarsi alla trasformazione socio-economica in atto.

In questa chiave la decisione del Tribunale di Bologna è importante perché squarcia il velo di apparente neutralità rispetto alle nuove tecnologie applicate alla gestione del lavoro¹⁸. Nel nuovo capitalismo digitale in cui al paradigma antico taylorista si associa la rivoluzione tecnologica, gli algoritmi, in quanto prodotti umani, possono perpetrare forme di discriminazione e divenire strumenti di oppressione, mascherati da apparente oggettività e neutralità¹⁹. Basti pensare agli studi recenti di Gerards, Xenidis e Kullmann, che hanno messo in luce la capacità discriminatoria degli algoritmi, principalmente in materia retributiva, nei confronti delle lavoratrici²⁰. Un altro esempio è quello relativo al ricorso ad algoritmi che determinano la permanenza o la risoluzione del rapporto di lavoro in base a pratiche di *customer satisfaction*²¹. Una terza possibilità riguarda gli algoritmi di controllo della produttività e di gestione della manodopera implementati in determinate realtà aziendali di *e-commerce*, che sono stati oggetto di studio e che pongono vari problemi di *privacy*, tutela della salute e limiti ai poteri datoriali²². In questa galassia di algoritmi, dove l'impresa perde i suoi connotati tradizionali diventando piattaforma digitale, il caso dei *riders* di Bologna può a buon diritto considerarsi un risultato importante per il rilancio del diritto del lavoro come strumento capace di porre limiti e di contrastare le nuove “patologie del sociale”²³.

2. Una *strategic litigation* all'italiana

La controversia giudicata dal Tribunale di Bologna riveste i contorni di una *strategic litigation*²⁴ sia per i fatti di causa, sia per il mezzo utilizzato per il ricorso.

mobilization: how should we understand the deployment of legal strategies?, in *Law and Social Inquiry*, 45, 1, 2020.

¹⁶ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 2.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ P. PERULLI, *Dopo il capitalismo*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Milano, Padova, 2018, 147 ss.

²⁰ J. GERARDS E R. XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe. Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Luxembourg, 2021; M. KULLMANN, *Platform work, algorithmic decision-making, and eu gender equality law*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 34, 1, 2018, 1 ss.

²¹ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 2.

²² A. LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, in *Labour & Law Issues*, 4, 1, 2018, IV ss.; B. CATTERO, M. D'ONOFRIO, *Orfani delle istituzioni. Lavoratori, sindacati e le “fabbriche terziarie digitalizzate” di Amazon*, in *Quaderni Rassegna Sindacale*, 1, 2018, 7 ss.; M. MAZZETTI, *Amazon: taylorismo digitale e diritti dei lavoratori*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2021, 359 ss.

²³ A. HONNETH, *Patologie del sociale*, in B. CARNEVALI (a cura di), *La libertà negli altri. Saggi di filosofia sociale*, Bologna, 2017, 37 ss.

²⁴ Sul tema sono autorevoli le riflessioni di P. BURSTEIN, *Discrimination, jobs, and politics*, Chicago, 1985; P. BURSTEIN, K. MONAGHAN, *Equal employment opportunity and the mobilization of law*, in *Law and Society Review*,



Come si è accennato in premessa, la decisione della giudice di Bologna è resa nel quadro di un procedimento antidiscriminatorio ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. Gli attori in questo procedimento sono le organizzazioni sindacali FILCAMS–CGIL Bologna, NIDIL–CGIL Bologna e FILT–CGIL Bologna, che lamentano una discriminazione collettiva perpetrata dalla convenuta Deliveroo Italy S.r.l. attraverso l'algoritmo, denominato “Frank”, con il quale viene gestita l'assegnazione delle sessioni di lavoro (*slot*) ai ciclofattorini (*riders*)²⁵.

Come riportato nelle memorie delle organizzazioni sindacali richiamate dalla giudice, questo algoritmo si basa sul modello del *ranking* reputazionale e quindi sull'attribuzione di un punteggio a ciascun ciclofattorino sulla base di due criteri: affidabilità e partecipazione²⁶. Pertanto, il lavoratore viene penalizzato nella statistica qualora si astenga dal lavoro per qualsiasi motivo con un preavviso inferiore alle 24 ore²⁷. A detta dei sindacati, nel caso in cui il lavoratore non abbia disdetto la sua prenotazione rispettando il preavviso, per evitare la valutazione negativa, dovrebbe recarsi all'interno del perimetro della zona di lavoro prenotata al fine di connettersi (“loggarsi”) entro 15 minuti dall'inizio della sessione perché il sistema lo geolocalizza e quindi lo controlla da remoto²⁸.

Alla perdita di punteggio si associa la perdita di opportunità di lavoro perché, per poter prenotare le sessioni di lavoro, i *riders* devono accedere alla piattaforma di *self-service booking* (SSB) in tre fasce orarie diverse (11:00, 15:00 e 17:00), che si sbloccano in base alla loro “reputazione”, valutata dall'algoritmo²⁹. Tuttavia, il lavoratore che prenoti alle 11:00 può raggiungere fino a quaranta ore settimanali di lavoro, mentre quello che prenoti alle 17:00 può trovarsi costretto a fare solo due ore di lavoro la settimana, con grave danno economico³⁰.

Nel non discernere le motivazioni legittime di astensione, nel caso di specie lo sciopero, da tutte le altre, l'algoritmo opera una discriminazione illegittima e produce un danno ai lavoratori. In altre parole, i sindacati «lamentano che l'algoritmo della società convenuta [...] penalizza tutte le forme lecite di astensione dal lavoro, determinando una limitazione nelle future occasioni di lavoro»³¹.

La società convenuta eccepisce però che tale discriminazione sarebbe cessata, e con essa anche la materia del contendere, dal momento che in concomitanza con l'avvio della causa ha provveduto a eliminare il sistema di *self-service booking* (SSB) fonte della discriminazione.

Prima di passare in rassegna i passaggi più rilevanti della decisione in esame è interessante soffermarsi brevemente sul procedimento di impugnazione scelto dalle organizzazioni sindacali. In effetti queste ultime ricorrono all'art. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150³². Secondo alcune prospettive, di cui si tratterà in seguito, i sindacati avrebbero anche potuto far riferimento all'art. 28 St. Lav. che presidia l'art.

20, 3, 1986, 355 ss.; P. BURSTEIN, *Legal mobilization as a social movement tactic: the struggle for equal employment opportunity*, in M. W. MCCANN (a cura di), *Law and social movements*, New York, 2006.

²⁵ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 1.

²⁶ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 4.

²⁷ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 1 ss.

²⁸ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 2.

²⁹ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 1 ss.

³⁰ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104; Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 1 ss.

³¹ *Ivi*, 103

³² *Ivi*, 108



15 St. Lav. (divieto di discriminazioni per ragioni connesse alla libertà e all'attività sindacale)³³. Tuttavia, gli attori hanno deciso strategicamente di avvalersi del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione e far rientrare la libertà sindacale fra le "convinzioni personali"³⁴ perché hanno tenuto conto di più fattori: l'ampiezza del diritto antidiscriminatorio, che non si limita unicamente all'ambito lavoristico, la previsione del divieto di discriminazione diretta, indiretta e collettiva e il regime probatorio meno gravoso³⁵.

Questa scelta attorea è avvalorata anche dalla Cassazione con la sentenza 2 gennaio 2020, n. 1 in cui si distingue nettamente fra convinzioni religiose e personali³⁶. Tale distinzione, che sta prendendo piede nel nostro ordinamento per il tramite della giurisprudenza, è un portato del diritto eurounitario che – agli artt. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e 19 TFUE così come nella Dir. 2000/78/CE – distingue nettamente fra convinzioni religiose e personali³⁷. Il punto critico sta nel mancato esplicito richiamo nelle citate fonti della discriminazione per motivi sindacali, questione però risolta per via interpretativa dalla giurisprudenza che infatti afferma:

«nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali, caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, può essere ricompresa [...] anche la discriminazione per motivi sindacali, con il conseguente divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali»³⁸.

Il ricorso all'art. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 è strategicamente corretto per i vantaggi in termini processuali e sostanziali che produce, ma anche perché, come detto in precedenza, rappresenta un esempio di *legal mobilisation* che può dare un nuovo sbocco al diritto sindacale e del lavoro³⁹.

Avendo chiarito l'importanza della strategia processuale, è opportuno prendere in considerazione le cinque – due processuali, due sostanziali e una rimediale – questioni focali della controversia⁴⁰.

In merito alle questioni processuali, la giudice di Bologna ha preliminarmente dovuto occuparsi del tema della cessazione della materia del contendere, nonché della legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali. Queste questioni, su cui si ritornerà, sono risolte positivamente, ricorrendo alla giurisprudenza di Cassazione sull'utilità del giudizio da rendere e sulla legittimazione degli enti esponenziali⁴¹.

³³ A. DONINI, *Condotta Antisindacale e Collaborazioni Autonome: Tre Decreti a Confronto*, in *Labour & Law Issues*, 7, 1, 2021, R.3 ss.

³⁴ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 108 s.

³⁵ S. BORELLI, A. GUARISO, L. LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in A. GUARISO, M. BARBERA (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2020, 165 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 108 s.

³⁶ Cass., sent. 2 gennaio 2020, n. 1, cpv. 9.4–10.2.

³⁷ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 109.

³⁸ Cass., sent. 2 gennaio 2020, n. 1, cpv. 9.6.

³⁹ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 109; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., l. 3.

⁴⁰ M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104 s.

⁴¹ Cass., Ord. 20 Luglio 2018, n. 19443; Cass., sent. 8 luglio 2010, n. 16150; Cass., sent. 22 dicembre 2006, n. 27460; Cass., sent. 1 aprile 2004, n. 6395; Cass., sent. 10 febbraio 2003, n. 1950; Cass., sent. 3 settembre 2003, n. 12844; Cass., sent. 28 marzo 2001, n. 4505; Cass., sent. 16 dicembre 1999, n. 14144; Cass., sent. 22 gennaio



Superati gli ostacoli processuali, l'Ordinanza si occupa delle questioni sostanziali. In particolare la decisione accenna, aggirando l'ostacolo, alla questione della qualificazione del rapporto di lavoro dei cicofattorini, per pervenire poi alla questione principale della tutela antidiscriminatoria applicabile ai *riders*. Infine, la giudice si pone il problema del rimedio da adottare; la soluzione è offerta dall'art. 28, comma 5, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 in cui si stabilisce che: «con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole [...]»⁴².

Posta l'impossibilità di una condanna alla cessazione del comportamento discriminatorio, permane comunque la necessità di ristorare il danno che, non potendosi definire la platea di *riders* discriminati, viene quantificato equitativamente a favore del sindacato. Questo tema è strettamente legato alle due questioni processuali che, non a caso, vengono trattate all'inizio dell'Ordinanza.

In tutto ciò, ricopre un ruolo rilevante anche il tema dell'onere della prova come disciplinato dalla Dir. 2000/43/CE e dal d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. In particolare, sia il diritto eurounitario che quello nazionale, interpretati dalla Corte di Giustizia dell'UE e dalla Corte di Cassazione, prevedono una parziale inversione dell'onere della prova: il lavoratore, infatti, ha l'onere di allegare elementi fattuali da cui si può presumere la discriminazione, mentre è il datore di lavoro a dover provare l'insussistenza della stessa. A ciò si aggiunge, in caso di discriminazioni indirette, il diritto del datore di lavoro di fornire giustificazione. Il datore di lavoro deve, in altre parole, provare la «necessarietà delle esigenze di mercato e/o economiche dell'impresa e la proporzionalità dei mezzi impiegati»⁴³.

Nel complesso, come si è detto in premessa, la controversia ha una rilevanza giuridica estremamente significativa e merita di essere annoverata fra i precedenti di quella che auspicabilmente potrebbe essere una evoluzione importante dell'azione sindacale: la *legal mobilisation*.

3. Problemi processuali dal “sapore” sostanziale: cessazione della materia del contendere e legittimazione attiva

Seguendo l'ordine della sentenza è ora il momento di addentrarsi nelle questioni preliminari relative alla cessazione della materia del contendere e alla legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali. Partendo dalla cessazione della materia del contendere, la questione scaturisce dalla scelta della società, comunicata alla giudice con note conclusive, di eliminare, in costanza di causa, il sistema di *self-service booking* (SSB) basato su tre fasce orarie con accesso scaglionato in base al *ranking* reputazionale attribuito dall'algoritmo “Frank”. La società ha sostenuto, in proposito, che: «il sistema che controparte chiede di dichiarare discriminatorio, infatti, non esiste più e, pertanto, i provvedimenti richiesti da parte ricorrente non sarebbero più di alcuna utilità»⁴⁴.

1997, n. 622; Cass., sent. 9 ottobre 1995, n. 10553; Cass., sent. 19 marzo 1990, n. 2267; Cass., sent. 16 marzo 1981, n. 1442.

⁴² Art. 28, comma 5, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

⁴³ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 6; CGUE, sent. 13 maggio 1986, Causa C-170/84 (*Bilka*); CGUE, sent. 7 febbraio 1991, Causa C-184/89 (*Nimz*).

⁴⁴ Corsivo nell'originale. Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 5.

Questa obiezione, fondata sul principio di economia processuale e di utilità della pronuncia, è molto insidiosa; tuttavia la giudice la supera facendo riferimento alla giurisprudenza costante della Suprema Corte⁴⁵. La Cassazione ha infatti più volte puntualizzato che perché cessi la materia del contendere è necessario che:

«le parti si diano reciprocamente atto del sopravvenuto mutamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio [...]. In mancanza di tale accordo, l'allegazione di un fatto sopravvenuto, assunto come idoneo a determinare la cessazione della materia del contendere da una sola parte, dev'essere valutata dal giudice»⁴⁶.

Tale valutazione viene per l'appunto condotta scrupolosamente dal Tribunale che riscontra come:

«sia la domanda di accertamento sia quella risarcitoria non appaiono in alcun modo superate dai fatti sopravvenuti in corso di causa, che possono incidere unicamente sull'interesse a coltivare le domande inibitorie originariamente introdotte dalle parti ricorrenti»⁴⁷.

Dal momento che nel caso di specie non risulta «che non sussiste più contestazione tra le parti sul diritto sostanziale dedotto»⁴⁸ la pronuncia nel merito rimane necessaria. In altre parole, la giudice constata il perdurare del contrasto fra le parti sulla natura discriminatoria della condotta datoriale e dell'interesse delle organizzazioni sindacali ricorrenti ad una pronuncia che funga da precedente autorevole sulle discriminazioni algoritmiche⁴⁹. In base a queste valutazioni l'istanza datoriale viene rigettata. Tuttavia, la decisione datoriale di rimuovere il sistema SSB ha comunque la conseguenza concreta di incidere sul perimetro della sanzione, impedendo la pronuncia di un ordine di cessazione della condotta discriminatoria. Rimane, invece, possibile una condanna al risarcimento del danno e alla pubblicazione della sentenza⁵⁰.

Il Tribunale di Bologna è chiamato ad esprimersi, in secondo luogo, sulla questione della legittimazione attiva del sindacato. Sul punto è importante richiamare l'opinione di Razzolini, la quale sottolinea che nell'ordinamento giuslavoristico italiano le organizzazioni sindacali hanno un potere di rappresentanza collettiva limitato alla fase negoziale. Infatti, nella definizione giudiziale delle controversie la questione della legittimazione attiva sindacale è rimasta materia problematica⁵¹.

⁴⁵ Cass., sent. 8 luglio 2010, n. 16150; Cass., sent. 22 dicembre 2006, n. 27460; Cass., sent. 1 aprile 2004, n. 6395; Cass., sent. 3 settembre 2003, n. 12844; Cass., sent. 10 febbraio 2003, n. 1950; Cass., sent. 28 marzo 2001, n. 4505; Cass., sent. 16 dicembre 1999, n. 14144; Cass., sent. 22 gennaio 1997, n. 622; Cass., sent. 9 ottobre 1995, n. 10553; Cass., sent. 19 marzo 1990, n. 2267; Cass., sent. 16 marzo 1981, n.1442.

⁴⁶ Cass., sent. 8 luglio 2010, n. 16150.

⁴⁷ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 5.

⁴⁸ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 5.

⁴⁹ M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104.

⁵⁰ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 6 s.; sul punto ha forse una qualche utilità richiamare, come fa Perulli, l'art. 47 quinquies d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, introdotto dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101 conv. con modificazioni dalla legge 2 novembre 2019, n. 128, che vieta l'esclusione dalla piattaforma o la riduzione delle occasioni di lavoro per la mancata accettazione della prestazione. Questo divieto legale potrebbe avere il concreto effetto di impedire meccanismi selettivi legati alla penalizzazione dei comportamenti ritenuti dal datore di lavoro non affidabili, tuttavia è necessario osservarne l'applicazione affinché non rimanga lettera morta.

⁵¹ M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 103 s.



Storicamente l'azione sindacale è stata prevalentemente sociale e politica, sviluppandosi al di fuori del contesto giudiziale e fondandosi attorno alla teoria dell'ordinamento intersindacale, nonché al concetto di autonomia privata collettiva. Invece, in merito alla tutela giurisdizionale la legittimazione del sindacato è stata ricostruita sulla base dell'art. 2907, comma 1 c.c., quindi nell'alveo degli schemi processuali ordinari⁵². Questa impostazione deriva dal superamento del regime corporativo che invece prevedeva, all'art. 2907, comma 2 c.c., che la tutela giurisdizionale dei diritti, nell'interesse delle categorie professionali, fosse attuata su domanda delle associazioni legalmente riconosciute⁵³.

L'approvazione dello Statuto dei Lavoratori del 1970 non scalfisce l'impostazione privatistica⁵⁴. Sebbene all'apparenza l'introduzione dell'art. 28 St. Lav. relativo alla tutela contro le condotte antisindacali abbia fatto pensare a una modifica della legittimazione ad agire, nella pratica le organizzazioni sindacali hanno fatto ricorso allo strumento previsto da tale disposizione per tutelare diritti e interessi propri e solo in via mediata dei lavoratori⁵⁵.

Per il sindacato non sarebbe comunque stato possibile agire diversamente visto il perdurare nella giurisprudenza di una interpretazione restrittiva dell'interesse ad agire⁵⁶, a cui si associava una lettura dell'onere della prova, imperniato sull'art. 1345 c.c., che prescriveva che l'attore provasse che: «the prohibited ground is the *only and determinant* ground, so that the effectiveness of the prohibition laid down in Art. 15 of the Worker's Statute is rather problematic because [...] there is no discrimination if the employer's act is justified by any fair reason»⁵⁷.

Fontana spiega la ritrosia sindacale e lo scarso ricorso all'art. 28 St. Lav. richiamando l'estensiva presenza, all'interno dell'ordinamento italiano, di norme imperative volte a limitare i poteri datoriali al fine di prevenire abusi, di norme costituzionali poste a garanzia dei diritti dei lavoratori, nonché di "clausole generali" la cui interpretazione ha comportato la sottoposizione dei poteri datoriali a controllo giudiziario⁵⁸.

L'impostazione italiana, così marcatamente privatistica e restrittiva, si discosta dagli esempi europei. La Francia e la Spagna conoscono, nei rispettivi ordinamenti, una legittimazione ad agire piena e generale delle organizzazioni sindacali per tutelare l'*intérêt collectif de la profession* o gli *intereses colectivos de los trabajadores*⁵⁹.

In questo quadro teorico molto complesso si inserisce l'Ordinanza del Tribunale di Bologna che affronta la questione facendo ricorso a tre precedenti capaci di mutare il panorama giuridico italiano in merito alla legittimazione attiva degli enti esponenziali in caso di controversie dovute a discriminazioni: Corte di Cassazione, Ordinanza 15 dicembre 2020 n. 28646, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza

⁵² O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, Milano, 2018, 21 ss.

⁵³ *Ivi*, 11 ss.

⁵⁴ *Ivi*, 25 ss.

⁵⁵ *Ivi*, 32 ss.

⁵⁶ *Ivi*, 40 ss.

⁵⁷ Corsivo nell'originale. R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-Discrimination Law in the Italian Courts: The New Frontiers of the Topic in the Age of Algorithms*, cit., 12.

⁵⁸ G. FONTANA, *Statuto e tutela antidiscriminatoria (1970-2020)*, in M. RUSCIANO, L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Napoli, 2020, 209.

⁵⁹ O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, cit., 47 ss.



23 aprile 2020, Causa C–507/18 e Corte di Cassazione, sezione prima, Ordinanza del 20 Luglio 2018, n. 19443⁶⁰.

I tre precedenti appena citati, che riguardano tutti la medesima controversia⁶¹, hanno permesso di delineare le condizioni necessarie e sufficienti perché un'organizzazione esponenziale possa essere legittimato attivo in caso di controversia tesa a tutelare un diritto o un interesse leso dalla discriminazione collettiva. Specificamente, tali condizioni, che emergono dalla lettura congiunta dell'art. 5, commi 1 e 2 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216⁶², sono: «a) l'impossibilità di individuare il soggetto o i soggetti singolarmente discriminati; b) la rappresentatività dell'associazione rispetto all'interesse collettivo in questione»⁶³. In particolare, per operare una valutazione circa la sussistenza dei due requisiti la Cassazione afferma che:

«il requisito sub a) postula che la discriminazione, in quanto in violazione della parità di trattamento sul lavoro, abbia colpito una categoria indeterminata di soggetti, rientrante nel disposto dell'art. 2 d.lgs. n. 216 del 2003. Il requisito sub b) va verificato sulla base dell'esame dello statuto associativo, il quale dovrà univocamente contemplare la tutela dell'interesse collettivo assunto a scopo dell'ente, che di esso si ponga quale esponenziale: deve, dunque, trattarsi di un interesse proprio dell'associazione, perché in connessione immediata con il fine statutario, cosicché la produzione degli effetti del comportamento controverso si risolve in una lesione diretta dello scopo istituzionale dell'ente, il quale contempra e persegua un fine ed un interesse, assunti nello statuto a ragione stessa della propria esistenza e azione, come tale oggetto di un diritto dell'ente stesso»⁶⁴.

Nel caso di specie le organizzazioni sindacali sono da considerarsi legittimate attive poiché la discriminazione collettiva oggetto della controversia lede un insieme di soggetti che non sono «individuabili in modo diretto e immediato»⁶⁵ e poiché negli statuti sindacali è fatto esplicito richiamo, come interesse proprio dell'associazione, allo scopo di operare sul territorio nazionale a difesa dell'effettività del principio di non discriminazione e specialmente con riferimento alla libertà sindacale e al diritto di sciopero. Pertanto le organizzazioni sindacali sono legittimate attive e agiscono:

⁶⁰ Per approfondire si v. O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale: studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, cit., 88 ss.

⁶¹ Il caso di specie riguardava la possibilità per un'associazione di avvocati, che ha l'obiettivo di difendere in giudizio persone appartenenti alla comunità LGBTQI+ e diffondere la cultura del rispetto dei loro diritti, di svolgere in giudizio un'azione, anche risarcitoria, contro comportamenti discriminatori nel lavoro a danno della categoria. La controversia ha portato la Suprema Corte e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a riconoscere la legittimazione attiva agli enti esponenziali.

⁶² Art. 5, commi 1 e 2 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216: «1. Le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio. 2. I soggetti di cui al comma 1 sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione».

⁶³ Cass., Ord. 20 Luglio 2018, n. 19443.

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ Art. 5, comma 2 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216.



in nome proprio (come ente rappresentativo e non come rappresentante dei propri iscritti) per far accertare l'esistenza di una condotta discriminatoria rispetto ad una pluralità indeterminata di soggetti (iscritti e non iscritti, lesi dalla discriminazione non individuabili in modo diretto e immediato)⁶⁶.

Per evitare una ricostruzione ingenua del problema della legittimazione sindacale è opportuno richiamare la riflessione di Donini circa la tutela collettiva dei lavoratori delle piattaforme digitali⁶⁷. Si è accennato, infatti, che i sindacati hanno fatto ricorso, in modo anche strategico, alla tutela offerta dal diritto antidiscriminatorio di seconda generazione e che la giudice non ha inteso soffermarsi sulla qualificazione del rapporto di lavoro.

Come osservato da Donini, non è così pacifico che i sindacati potessero ricorrere all'art. 28 St. Lav. in caso di lavoratori qualificati come non subordinati⁶⁸. Sui limiti del ricorso ex art. 28 si era infatti espressa la Corte Costituzionale affermando che «le norme statutarie a tutela della libertà e dignità dei lavoratori e dell'esercizio delle libertà sindacali [...]»⁶⁹ si applicano a «tutti coloro che svolgono attività di lavoro subordinato»⁷⁰. Questa impostazione era poi stata ribadita dalla Consulta, sempre nel 1975, con la pronuncia n. 241, in cui si affermava che la repressione delle condotte antisindacali per tramite dell'art. 28 St. Lav. costituisce una forma di tutela «dettata con riguardo alla posizione dei lavoratori subordinati nell'organizzazione dell'impresa, in funzione del fatto che essi prestano con continuità la loro opera all'interno di una comunità organizzata di lavoro, caratterizzata da vincoli di dipendenza e subordinazione»⁷¹.

Queste prime pronunce sono state consolidate dalla giurisprudenza ordinaria che ha riconosciuto, nell'esplicito richiamo al datore di lavoro come responsabile dei comportamenti antisindacali e destinatario della condanna, un limite invalicabile al ricorso ex art. 28 per tutelare i diritti dei lavoratori non subordinati⁷². Sulla scorta di tale giurisprudenza, una parte della dottrina ha affermato l'inapplicabilità dell'art. 28 anche in altre ipotesi, come la repressione di condotte antisindacali compiute dalle associazioni datoriali verso loro iscritti, ovvero da sindacati che non tutelino adeguatamente gli interessi dei lavoratori⁷³.

In anni molto recenti, queste interpretazioni sono state apertamente “sfidate” da diverse organizzazioni sindacali (FILCAMS Commercio, alberghi, mense e servizi; UILTUCS Terziario, turismo, commercio, servizi; FILT; NIDIL; UILTEMP) che hanno utilizzato il ricorso ex art. 28 per tutelare i diritti sindacali di

⁶⁶ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104.

⁶⁷ A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, cit., R.3 ss.

⁶⁸ Si veda l'approfondimento sui temi di F. DI NOIA, *Sul campo di applicazione dello Statuto: nello specchio di Dorian Gray*, in *Lavoro e Diritto*, 4, 2020, 697 ss. e di M. FALSONE, *Tecnica rimediata e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lavoro e Diritto*, 3-4, 2017, 565 ss.

⁶⁹ Corte cost., sent. 8 luglio 1975, n. 189.

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ Corte cost., sent. 17 dicembre 1975, n. 241.

⁷² A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, cit., R.4 s.

⁷³ Sul punto sono significative le opinioni di G. VILLANI, *La condotta antisindacale. Aspetti processuali*, in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Milano, 2007, 544 ss.; opinione criticata da M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, 64 ss.; inoltre per approfondire v. R. SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale, I. Disciplina sostanziale*, in *Enciclopedia giuridica*, VIII, 1988, 3; U. ROMAGNOLI, *sub art. 28*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, Roma, 1972, 416 s. e Cass., sent. 25 luglio 1984, n. 4381.

lavoratori non subordinati⁷⁴. Gli esiti di tali controversie sono stati spesso opposti, con conseguenti problemi di coordinamento; in tutti i casi, però, la scelta è stata basata su una cognizione sommaria⁷⁵. Una possibile soluzione al problema che permetta di superare l'interpretazione letterale tradizionale e che valorizzi la *ratio* sostanziale della norma è quella di Donini. La studiosa individua lo scopo della norma nella volontà del legislatore di:

«reprimere un comportamento che compromette direttamente o indirettamente i beni giuridici (libertà sindacale, attività sindacale e diritto di sciopero) alla cui protezione il sindacato stesso ha specifico interesse, indipendentemente dal fatto che l'eventuale provvedimento giudiziale proietti i propri effetti sul sindacato ricorrente o su altri»⁷⁶.

Sulla base di questa premessa va:

«esclusa l'idea secondo cui lo strumento processuale sia assegnato al sindacato in virtù di una mera rappresentanza istituzionale o di una sostituzione processuale, la titolarità dell'azione deriva dalla natura indivisibile dell'interesse collettivo originata dalla posizione che il sindacato, selezionato dal legislatore secondo criteri di affidabilità, ricopre nel processo produttivo»⁷⁷.

Alla luce di questo ragionamento anche i lavoratori non subordinati, inseriti nella piattaforma e addetti allo svolgimento di un servizio, «condividono [...] la medesima posizione all'interno del processo produttivo, e di conseguenza sviluppano bisogni e interessi comuni, di cui uno o più sindacati potranno farsi portatori»⁷⁸ e sono pertanto da includere nel novero dei soggetti i cui diritti sindacali possono essere tutelati con lo strumento processuale dell'art. 28 St. Lav.

La giurisprudenza è quindi di fronte ad un bivio: adottare una interpretazione formale dell'art. 28, come è stato sino ad ora, oppure sostanziale come quella proposta da Donini. Per parte loro, nel caso di Bologna, le organizzazioni ricorrenti hanno, cautamente e strategicamente, preferito adottare una via diversa, che non passava dall'art. 28 St. Lav., ma dalla normativa antidiscriminatoria di seconda generazione.

4. Discriminazioni e algoritmi: il mimetismo del “capitalismo delle piattaforme”

La questione centrale della vicenda processuale, come si è avuto modo di anticipare, è quella concernente la discriminazione algoritmica dei *riders*. Tuttavia, la soluzione del *thema decidendum* implica il dover affrontare una molteplicità di questioni fra loro intrecciate:

⁷⁴ A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, cit., R.3 ss.

⁷⁵ Nello specifico si fa riferimento alle pronunce: Trib. Firenze, decr. 9 febbraio 2021; Trib. Milano, decr. 28 marzo 2021; Trib. Bologna, decr. 14 aprile 2021; Trib. Bologna, decr. 31 dicembre 2020; Trib. Palermo, decr. 12 aprile 2021.

⁷⁶ A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, cit., R.12.

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ *Ivi*, R.13.

l'applicabilità ai riders della tutela antidiscriminatoria (nella specie: discriminazione nell'accesso al lavoro); la definizione del fattore di rischio ai fini di applicazione del diritto antidiscriminatorio sostanziale e processuale rilevante; la qualificazione della condotta aziendale in termini di discriminazione collettiva indiretta⁷⁹.

La giudice sceglie invece di schivare l'annosa questione della qualificazione come autonomo o subordinato del rapporto di lavoro dei ciclofattorini. Questa questione è oggetto di un ampio e complesso dibattito che coinvolge dottrina e giurisprudenza arrivando a lambire il legislatore, che però non sembra, per ora, intenzionato a risolverlo con un proprio intervento, limitandosi piuttosto a discipline di contorno⁸⁰. Benché questa tematica non sia trattata dall'Ordinanza del Tribunale di Bologna, essa riveste comunque una importanza fondamentale e per questo si è ritenuto opportuno dedicarle il paragrafo che segue.

Prima, però, di proseguire sulle questioni giuridiche è opportuno fare una breve digressione sul tema del cd. *algorithmic management*⁸¹, ossia sulla gestione del personale attraverso l'uso di piattaforme informatiche basate sull'intelligenza artificiale. Questa parentesi è funzionale a meglio inquadrare l'oggetto della decisione.

La domanda da cui partire è che cosa sia un algoritmo. Una prima definizione minimale ci viene dal *Dizionario di Economia e Finanza* della Treccani secondo cui si tratta di un «procedimento di calcolo esplicito e descrivibile attraverso un insieme di regole, costituite da sequenze logiche di istruzioni elementari e non ambigue, che conduce a un determinato risultato atteso, attraverso l'applicazione, per un numero finito di volte, di quelle stesse regole»⁸².

Inoltre, come precisa Barbera, un algoritmo deve essere:

«finito, cioè costituito da un numero finito di istruzioni e indirizzato a una fine; deterministico, cioè partendo dai dati di *input*, si devono poter ottenere i medesimi risultati; non ambiguo, cioè le operazioni

⁷⁹ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 104.

⁸⁰ M. V. BALLESTRERO, *Brevi note sulla dialettica tra posizioni contrattualistiche e a-contrattualistiche*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3, 2020, 2 ss.; M. NOVELLA, *La subordinazione in prospettiva. Opinioni a confronto*, in *Labour & Law Issues*, 6, 2, 2020, III ss.; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 30, 2, 2020, 345 ss.; R. ROMEI, *I rider in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, 2020, 89 ss.

⁸¹ Del tema si sono occupati molti studiosi, fra di essi si richiamano E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Bergamo, 2019; C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. ALESSI, M. BARBERA, E L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, Lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, 683 ss.; A. DONINI, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, cit., 222 ss.; A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari, 2020; J. PRASSL, *What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work*, cit., 123 ss.; L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, cit., 269 ss.; P. HACKER, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against algorithmic Discrimination under EU Law*, cit., 1143 ss.; V. MAIO, *Il Diritto Del Lavoro e Le Nuove Sfide Della Rivoluzione Robotica*, cit., 1414 ss.; ALEX J. WOOD ET AL., *Good Gig, Bad Gig: Autonomy and Algorithmic Control in the Global Gig Economy*, in *Work, Employment and Society*, 33, 1, 2019, 56 ss.

⁸² Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, *Algoritmo*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Roma, 2012, https://www.treccani.it/enciclopedia/algoritmo_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/.



devono poter essere interpretate nello stesso modo da tutti, anche se l'esecutore è differente; generale, cioè la soluzione deve essere uguale per tutti i problemi della medesima classe»⁸³.

Una nozione più completa ci viene offerta da Santagata De Castro⁸⁴. Questa definizione ha carattere descrittivo ed è mutuata da ricerche scientifiche statunitensi⁸⁵. Secondo questi studi:

«Algorithms refer to specified sequences of logical operations designed to accomplish a particular task. They are step-by-step instructions for acting on some kind of input to achieve a desired result. This could be as simple as a set of instructions for adding the value of two input variables together or as complicated as instructions for rank-ordering the websites that are most relevant to an inputted keyword query. In trying to determine how to solve a problem computationally, developers devise an algorithm. They try to figure out how to break a problem into a series of questions that a particular sequence of logical operations can then answer—and which a computer can then execute automatically. In this sense, algorithms are a kind of abstract strategy for problem-solving; a computer program implements these strategies more concretely as a set of logical operations expressed in formal code [...]»⁸⁶.

Sebbene all'apparenza sembrino un trionfo dell'oggettività e della neutralità, gli algoritmi applicati alla gestione delle risorse umane non sono scevri da problematiche. Come ha riconosciuto anche la Commissione Europea nel *Libro bianco sull'intelligenza artificiale*:

«l'intelligenza artificiale si sta sviluppando rapidamente. Cambierà le nostre vite [...] migliorando l'efficienza dei sistemi di produzione [...], aumentando la sicurezza dei cittadini europei [...]. Al tempo stesso, l'intelligenza artificiale (IA) comporta una serie di rischi potenziali, quali meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul genere o di altro tipo, intrusioni nelle nostre vite private o utilizzi per scopi criminali»⁸⁷.

La ragione di questo rischio è insita nella natura umana della programmazione dell'intelligenza artificiale e quindi delle sue applicazioni nella gestione del personale⁸⁸. Non a caso Peruzzi⁸⁹, richiamando il pensiero di Dagnino⁹⁰, Giacomelli⁹¹ e Rota⁹², sottolinea che anche nelle *Proposte per una strategia italiana per l'Intelligenza Artificiale* vi è un riferimento ai rischi insiti nell'AI:

⁸³ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 7.

⁸⁴ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the Italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 2, nota 2.

⁸⁵ S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big data's disparate impact*, in *California Law Review*, 104, 3, 2016, 671 ss.; S. BAROCAS ET AL., *Data and civil rights: technology primer*, in *Data and Civil Rights Conference*, 2014, 3.

⁸⁶ S. BAROCAS et al., *Data and civil rights: technology primer*, cit., 3.

⁸⁷ Commissione Europea, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia. COM(2020) 65 final*, Bruxelles, 2020, 1.

⁸⁸ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 7 s.

⁸⁹ M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., I.55 s.

⁹⁰ E. DAGNINO, *People analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *Labour & Law Issues*, 3, 1, 2017, I.3 ss.

⁹¹ L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, cit. 269 ss.

⁹² A. ROTA, *Rapporto di lavoro e big data analytics: profili critici e risposte possibili*, in *Labour & Law Issues*, 3, 1, 2017, I.51.



«L'intelligenza artificiale non è intelligente *stricto sensu*. Se utilizzata in modo stupido, l'AI riproduce e spesso amplifica la stupidità. [...] un utilizzo maldestro dell'AI può amplificare forme di *bias* e discriminazione a livello sociale, specialmente se utilizzato in modo autonomo o se basato su dataset non rappresentativi; peraltro, dato che la nostra società è già caratterizzata da *bias* e disuguaglianza, utilizzare anche in modo corretto dati passati può portare a forme di discriminazione sempre più evidenti nel corso del tempo»⁹³.

Come infatti puntualizza Alessi, nel mercato del lavoro digitale si vengono a ricreare le stesse dinamiche discriminatorie di quello tradizionale perché coloro che programmano sono gli stessi che decidono di assumere, promuovere e licenziare⁹⁴. Il maggior rischio è legato all'opacità delle dinamiche decisorie: gli algoritmi sono delle *black box*⁹⁵ il cui linguaggio non è spesso chiaro nemmeno ai datori di lavoro⁹⁶. Inoltre, la mancanza di trasparenza e la complessità del loro funzionamento rende gli algoritmi applicati al lavoro strumenti duttili e capaci di perpetrare discriminazioni anche in modo deliberato, oltre che inconsapevole, e questo è un profilo giustamente inquietante che l'Ordinanza di Bologna cerca di arginare⁹⁷.

Ciò premesso, è giunto il momento di occuparci prima del rapporto di lavoro dei *riders* e poi della questione nodale della vicenda processuale: la discriminazione algoritmica.

4.1. *Riders*: quale rapporto di lavoro?

Come si accennava poco sopra, la questione della qualificazione del rapporto di lavoro dei ciclofattorini è tanto complessa quanto frequentata, specie dalla dottrina, ma anche – seppure soltanto più di recente – dalla giurisprudenza.

⁹³ Corsivo nell'originale. Ministero dello Sviluppo Economico, *Proposte per una strategia italiana per l'Intelligenza Artificiale*, Roma, 2020, 16 s.

⁹⁴ C. ALESSI, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, cit., 685.

⁹⁵ Una spiegazione esaustiva ed efficace, che è utile riportare, sul problema delle cd. *black box* si trova in PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, cit., 1.56: «Tale problema, che trova sintesi nell'espressione "*black box*" e a cui cerca di rispondere il ramo fiorentino del cd. "*explainable AI*", è dovuto, come noto, al meccanismo che alcuni sistemi basati sul metodo dell'apprendimento automatico (soprattutto il *deep learning*) seguono per consegnare l'output più efficace per gli obiettivi impartiti. Il processo muove dalla ricerca, all'interno dei dati forniti, di una regolarità statistica, una correlazione, dei pattern, dei modelli di ricorrenza, che consentano di estrarre informazioni predittive funzionali all'effetto richiesto. È "un processo analitico iterativo", che permette al sistema di progredire, generare in un ciclo continuo nuovi modelli sulla base dei dati di feedback, così da adeguare, modificare, perfezionare in modo autonomo le proprie azioni, in termini non sempre prevedibili, ma sempre funzionali. L'opacità che si riscontra in questi sistemi si riconnette alla difficoltà di ricostruire, conoscere, interpretare le associazioni, le correlazioni e i collegamenti probabilistici che, in quanto "statisticamente efficaci", si sono creati nelle reti neurali. Ne consegue la difficoltà di comprendere il processo generativo della decisione». Sul punto è opportuno richiamare anche gli studi di: G. COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2019, 169 ss.; G. SANGUINETTI, *Machine Learning: accuratezza, interpretabilità e incertezza*, in *Ithaca: Viaggio nella Scienza*, 16, 2020, 74 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2019, 1657 ss.

⁹⁶ F. PASQUALE, *The black box society: the secret algorithms that control money and information*, Cambridge, London, 2015.

⁹⁷ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., l. 8.

Ciò è dovuto, probabilmente, al fatto che le modalità con le quali costoro svolgono la propria prestazione sono innovative e, comunque, diverse da quelle che caratterizzano un'attività lavorativa tradizionale, in particolare sul versante della subordinazione (di cui all'art. 2094 c.c.), ma anche, per certi versi, su quello dell'autonomia (specie laddove questa sia intesa in senso per così dire "puro", alla stregua di quanto previsto dagli artt. 2222 ss. c.c.).

Ne è conseguito che molte imprese del settore hanno deciso, anche (se non soprattutto) per ragioni economico-organizzative, di inquadrare i *riders* nell'ambito di una figura negoziale, quella dei contratti di collaborazione continuativa e coordinata a carattere prevalentemente personale di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.⁹⁸, che, pur essendo riconducibile al lavoro autonomo e presentandone quindi i vantaggi in termini di flessibilità e di costi, consente di instaurare un collegamento piuttosto stretto tra attività lavorativa e organizzazione del committente.

Una scelta, quest'ultima, che si scontra in modo evidente con le condizioni di lavoro precarie, se non pericolose, in cui si trovano normalmente a operare i ciclofattorini e che dunque presupporrebbero, tutt'al contrario, l'applicazione della tutela forte tipica della subordinazione⁹⁹.

Di fronte a tale scenario sarebbe stato necessario un intervento deciso del legislatore che, invece, si è limitato a confezionare una nuova tipologia contrattuale, consistente nelle c.d. collaborazioni organizzate dal committente, o collaborazioni etero-organizzate, di carattere generale, ma nella quale sarebbero potuti rientrare, almeno astrattamente, anche i *riders*. Si tratta peraltro di una tipologia contrattuale che ha assunto fin da subito contorni problematici sotto il profilo interpretativo, generando, non a caso, un dibattito dottrinale estremamente ampio, variegato e, per molti versi, polarizzato¹⁰⁰.

È accaduto, così, che l'istituto delle collaborazioni etero-organizzate, contemplato dall'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (uno dei provvedimenti attuativi del c.d. *Jobs Act* del Governo Renzi), sia stato decisamente sminuito da alcuni, che ne hanno di fatto ridimensionato la portata, ritenendolo poco o per nulla innovativo rispetto all'articolazione tradizionale dei rapporti di lavoro¹⁰¹. Altri – non reputandolo un *tertium genus* tra autonomia e subordinazione, ma riconducendolo piuttosto al lavoro autonomo non occasionale – lo hanno invece valorizzato, al punto da considerarlo come il possibile volano di una nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro¹⁰². In effetti, se si guarda a come il legislatore ha costruito tale istituto, si evince con una certa chiarezza come esso si estrinsechi in collaborazioni autonome continuative, che peraltro si differenziano da quelle coordinate di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.

⁹⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1979; M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione (Riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3 c.p.c.)*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1984, 506 ss.; M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro «parasubordinato»*, in *Lavoro e Diritto*, 1, 1987, 41 ss.

⁹⁹ Le condizioni di lavoro dei lavoratori su piattaforma, tra cui spiccano i ciclofattorini, sono ben descritte nella recentissima indagine INAPP, i cui contenuti principali possono leggersi al seguente link: https://www.startmag.it/wp-content/uploads/Policy-brief_lavoratori_piattaforme_Italia.pdf.

¹⁰⁰ Per una ricostruzione di tale dibattito sia consentito rinviare a M. BORZAGA, *Storia di uno "sconfinamento": l'emergere di dinamiche di potere nel lavoro autonomo*, in *Lavoro e Diritto*, 2021, 503 ss.

¹⁰¹ P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, 1177 ss.; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2016, 53 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3 c.p.c.*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, 1133 ss.

¹⁰² Per tutti A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino, 2021.

per un collegamento ancor più stretto tra prestatore d'opera e committente (trattandosi, per l'appunto, di prestazioni organizzate da quest'ultimo). Una situazione, quella testé descritta, cui coerentemente consegue l'applicazione, ai titolari di tali collaborazioni, della disciplina del lavoro subordinato, e dunque delle relative tutele.

È probabile che l'ampiezza e la polarizzazione del dibattito che si è sin qui brevemente riportato, siano dovute, anzitutto, al fatto che la questione della qualificazione dei rapporti di lavoro ha assunto, negli ultimi decenni un'importanza centrale a causa dello scollamento tra le norme di riferimento, risalenti al 1942, e l'evoluzione dei modi di lavorare. Inoltre, la tortuosità e la timidezza dell'intervento del legislatore, al netto dei tentativi di valorizzare l'istituto delle collaborazioni etero-organizzate messi in campo da parte della dottrina, rischia di creare più problemi di quanti non ne risolva. Si pensi, a titolo di esempio e senza poter qui procedere ai dovuti approfondimenti, alla circostanza che tale istituto è destinato a operare più che altro in sede giudiziaria, e cioè in funzione rimediale, rischiando così di avere poca presa nel momento genetico della relazione di lavoro; o anche alle difficoltà di comprendere se ai collaboratori etero-organizzati vada estesa tutta o soltanto parte (e semmai, quale?) della disciplina del lavoro subordinato¹⁰³.

Alla timida e contorta evoluzione legislativa e al conseguente dibattito dottrinale di cui si è appena detto ha fatto in un certo senso da *pendant* una giurisprudenza che, a differenza di quanto accaduto in altri ordinamenti¹⁰⁴, non può certo considerarsi coraggiosa né, tanto meno, innovativa.

Dopo alcuni pronunciamenti di primo grado che hanno sostanzialmente disconosciuto le esigenze di tutela di cui sono portatori i ciclofattorini e che hanno quindi confermato la bontà di un loro inquadramento nell'ambito dei rapporti di collaborazione continuativa e coordinata a carattere prevalentemente personale di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.¹⁰⁵, i giudici del lavoro hanno iniziato a valorizzare proprio la fattispecie di cui all'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, ritenendo per l'appunto che i *riders* vadano annoverati tra i collaboratori etero-organizzati, con tutte le conseguenze del caso.

Si è espressa in questi termini, in particolare, la Corte d'Appello di Torino (nel c.d. caso *Foodora*), con una decisione del febbraio 2019¹⁰⁶ che è stata poi confermata dalla Corte di Cassazione all'inizio del 2021¹⁰⁷. In proposito, e al di là della decisione di annoverare i ciclofattorini tra i collaboratori etero-organizzati, va segnalato che i citati pronunciamenti non sono stati in realtà in grado di risolvere alcuni

¹⁰³ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-272/2015, Catania, 2015, disponibile al sito web http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20151015-010522_perulli_n272-2015itpdf.pdf, 6 ss.

¹⁰⁴ Ci si riferisce, in particolare, a Germania, Francia e Spagna, ma anche al Regno Unito, in cui la giurisprudenza ha qualificato come subordinati i rapporti di lavoro dei *riders*.

¹⁰⁵ Trib. Milano, sent. 10 settembre 2018, n. 1853 e Trib. Torino, sent. 7 maggio 2018, n. 778. In proposito M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2018, 673 ss.

¹⁰⁶ App. Torino, sent. 4 febbraio 2019, n. 26 su cui si v., ad es., P. TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2019, 1 ss.

¹⁰⁷ Cass., sent. 24 gennaio 2020, n. 1663: cfr., in proposito, A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 184 ss. e C. SPINELLI, *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, in *Labour & Law Issues*, 6, 1, 2020, 89 ss.





nodi interpretativi di fondamentale importanza: rimane dubbio, in particolare, se a costoro debba o meno essere applicata l'intera disciplina del lavoro subordinato, ovvero siano possibili eccezioni¹⁰⁸.

È forse anche per questa assai timida e comunque non del tutto chiara evoluzione giurisprudenziale che il legislatore (a onor del vero prima del pronunciamento della Suprema Corte cui si è poco sopra accennato, che però non pare essersi discostata più di tanto dalla ricostruzione compiuta dal giudice di appello torinese) ha deciso, nell'estate 2019, di intervenire nuovamente sul tema, senza peraltro abbandonare il proprio approccio originario¹⁰⁹.

Lungi cioè dal considerare i *riders* lavoratori subordinati, si è proceduto in primo luogo a un *restyling* dell'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, cui è stata tra l'altro aggiunta una proposizione, al fine di affermarne esplicitamente l'applicabilità anche ai lavoratori che operino attraverso piattaforme digitali (e dunque pure ai ciclofattorini)¹¹⁰.

In secondo luogo, Governo e Parlamento hanno inserito nel medesimo d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 un nuovo capo (il 5 *bis*, artt. da 47 *bis* a 47 *octies*), con il quale – fatta salva la possibilità, qualora ne ricorrano le condizioni, di ricondurre i relativi rapporti alle collaborazioni etero-organizzate di cui all'art. 2 – si prevede l'applicazione di alcune tutele tipiche del lavoro subordinato anche per i *riders* che rendono la propria prestazione attraverso altri contratti di lavoro autonomo¹¹¹.

Se per ulteriori riflessioni in proposito si rinvia al prossimo paragrafo, in questa sede è il caso da ultimo di rimarcare come, stante la timidezza tanto del legislatore quanto della giurisprudenza italiani, la questione della tutela dei ciclofattorini sia ben lungi dall'essere risolta. Non è forse un caso, allora, se nelle ultime settimane su tale questione è intervenuta anche la Commissione Europea, con una specifica proposta di direttiva volta al miglioramento delle condizioni di lavoro di chi opera attraverso piattaforme digitali¹¹². Un miglioramento che dovrebbe passare, significativamente, attraverso una corretta qualificazione del rapporto di lavoro, per garantire la quale la suddetta proposta prevede, in particolare, una presunzione di subordinazione laddove la piattaforma controlli l'esecuzione della prestazione lavorativa¹¹³.

4.2. Discriminazioni algoritmiche

Veniamo, ora, al punto focale della controversia, ossia la tutela contro le discriminazioni. Nei paragrafi che precedono si sono richiamati alcuni aspetti del diritto antidiscriminatorio ed in particolare si è

¹⁰⁸ Si v., in particolare, i punti 39 ss. di Cass., sent. 24 gennaio 2020, n. 1663, cit., nonché A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 156 ss., C. SPINELLI, *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, cit., 94.

¹⁰⁹ Ci si riferisce al d.l. 3 settembre 2019, n. 101 conv. dalla legge 2 novembre 2019, n. 128.

¹¹⁰ S. D'ASCOLA, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in *Lavoro e Diritto*, 1, 2020, 18 ss.

¹¹¹ A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, cit., 160 ss., C. SPINELLI, *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, cit., 98 ss.

¹¹² Commissione Europea, *Proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, COM (2021) 762 final (9 dicembre 2021)*, che può leggersi al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0762&qid=1642241312019&from=EN>.

¹¹³ M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro su piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, 7, 2, 2021, C. 3 ss.



accennato alla scelta degli attori di ricorrere al diritto antidiscriminatorio cd. di seconda generazione. Tuttavia è qui opportuno articolare meglio la riflessione.

Il punto di partenza di ogni ragionamento relativo al diritto antidiscriminatorio italiano è la disciplina introdotta dallo Statuto dei Lavoratori nel 1970. Infatti, in Italia, la tutela dei diritti sindacali e contro le discriminazioni sul luogo di lavoro è disciplinata dal Titolo II dello Statuto dei Lavoratori (artt. 14–18) ed è presidiata dall'art. 28 che prevede il ricorso per condotta antisindacale¹¹⁴.

Mentre l'art. 14 St. Lav., rubricato "Diritto di associazione e di attività sindacale", assicura a tutti i lavoratori il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale, l'art. 15, come modificato prima dall'art. 13, legge 9 dicembre 1977, n. 903 e poi dall'art. 4, comma 1, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, vieta espressamente ogni discriminazione affermando che:

«È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:

- a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;
- b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali»¹¹⁵.

In altri termini, la legge, nel garantire la libertà sindacale positiva, vieta ogni discriminazione, ed in particolare quelle derivanti dall'esercizio di tale libertà.

L'art. 15, nella formulazione originaria, come in quella risultante dalle citate modifiche, assurge a prototipo della disciplina antidiscriminatoria, tuttavia da un punto di vista concreto, come si è visto in precedenza, la disciplina citata non ha trovato una grande applicazione pratica¹¹⁶.

Punto di svolta in termini di estensione delle tutele sono state le direttive europee 2000/43/CE e 2000/78/CE, recepite con i d.lgs. n. 215 e 216 del 2003, che hanno portato all'introduzione, nel nostro ordinamento, di una disciplina antidiscriminatoria nuova e generale¹¹⁷. Questi due decreti, infatti, non hanno mutato l'originaria impostazione, ma si sono aggiunti ad essa consentendo un più ampio spettro di possibilità per la repressione di condotte discriminatorie.

Il caso oggetto di questo commento è un ottimo esempio di come si sia ampliata la tutela contro le discriminazioni attraverso la normativa di seconda generazione. Infatti, quando il tribunale affronta il merito della controversia, si trova a dover riflettere sulla applicabilità del diritto antidiscriminatorio ai *riders*. Sul punto la giudice di Bologna afferma che:

¹¹⁴ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 11.

¹¹⁵ Art. 15 Statuto dei Lavoratori.

¹¹⁶ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 11.

¹¹⁷ *Ivi*, 12

alla luce della recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale in tema di tutela dei riders, non pare oggi potersi dubitare della necessità di estendere anche a tali lavoratori, a prescindere dal nomen iuris attribuito dalle parti al contratto di lavoro, l'intera disciplina della subordinazione e, in particolare, per quanto qui interessa, la disciplina a tutela del lavoratore da ogni forma di discriminazione nell'accesso al lavoro¹¹⁸.

Questa valutazione si fonda, come esplicitamente ricordato dalla giudice¹¹⁹, sull'art. 47 *quinquies* in combinato disposto con l'art. 47 *bis* del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (disposizioni introdotte, come si accennava poco sopra, nel corso dell'estate 2019), in cui si stabilisce espressamente che:

«[n.d.r. ai] lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali [...]»¹²⁰ si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma. L'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate»¹²¹.

Come ha correttamente constatato Perulli, questa norma da un lato funge da argine legale contro le discriminazioni dei lavoratori delle piattaforme, dall'altro rappresenta una «generale garanzia nei confronti di poteri privati esercitati dalla piattaforma in maniera arbitraria ed ingiustificata, a tutela, come recita la norma, della libertà e dignità del prestatore d'opera»¹²².

Riconosciuta in tal modo l'applicabilità ai *riders* della tutela antidiscriminatoria, la giudice di Bologna dedica un'estensiva ed esaustiva trattazione al tema della discriminazione collettiva indiretta, poiché questa è la qualificazione che ella fa della condotta datoriale¹²³. Questa lettura è condivisa dagli autori di questo commento, tuttavia la dottrina non ha ancora raggiunto un punto di equilibrio, è pertanto opportuno dedicare uno spazio apposito – il paragrafo che segue – al dibattito in atto.

4.3. (Segue) Discriminazione diretta o indiretta?

Come si è detto poc'anzi, la giudice di Bologna sceglie di ricondurre la fattispecie concreta alla discriminazione collettiva indiretta; tuttavia, secondo una parte della dottrina, ella avrebbe altrettanto potuto ritenere la condotta come discriminazione diretta. La giudice si è, infatti, trovata di fronte al bivio tipico del diritto antidiscriminatorio di seconda generazione, dovendo decidere come qualificare la condotta datoriale. La norma di riferimento per tale operazione è rappresentata dall'art. 2, comma 1, lett. a) e b) d.lgs. 9 luglio 2003, n. 2016, che infatti stabilisce che si abbia:

¹¹⁸ Corsivo nell'originale. Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 7. Corsivi nell'originale. Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 7.

¹¹⁹ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 7.

¹²⁰ Art. 47 *bis*, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 introdotto dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101 conv. con modificazioni dalla legge 2 novembre 2019, n. 128.

¹²¹ Art. 47 *quinquies*, commi 1 e 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 introdotto dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101 conv. con modificazioni dalla legge 2 novembre 2019, n. 128.

¹²² A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 4 s.

¹²³ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., l. 3.



«[...] a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone [...]»¹²⁴.

La giudice propende per la discriminazione indiretta sulla base dell'assunto che «gli algoritmi sono una scatola nera difficile da decifrare»¹²⁵; risulta quindi complesso dare prova di una discriminazione diretta. La qualificazione scelta dal Tribunale non è priva di insidie perché «lascia [...] spazio alla giustificazione [...]» datoriale¹²⁶.

La scelta della giudice è stata oggetto di alcune critiche da parte di Barbera (con cui concordano anche altri, fra cui Santagata De Castro)¹²⁷ che ritiene sussistente una discriminazione diretta¹²⁸ alla luce della definizione che di essa dà, nel caso *Chez* (relativo a una discriminazione etnica), la Corte di Giustizia dell'UE¹²⁹. Nella citata pronuncia i giudici di Lussemburgo affermano, infatti, che «perché si abbia discriminazione è sufficiente che tale origine etnica abbia determinato [...] la decisione di porre in essere detto trattamento»¹³⁰. Questa interpretazione presuppone che il giudice debba accertare il «carattere oggettivo o il fatto che la prassi controversa» abbia natura discriminatoria non valorizzando l'elemento psicologico che, secondo questa interpretazione, fungerebbe unicamente da elemento presuntivo che concorre a suffragare una discriminazione diretta¹³¹. In questo modo, secondo Barbera, si ovierebbe al rischio posto dalla fattispecie astratta della discriminazione indiretta che ammette, contrariamente a quella diretta, la possibilità per la parte datoriale di fornire una giustificazione¹³².

La lettura di Barbera è senza dubbio interessante; ciò non toglie, peraltro, che il Tribunale di Bologna riconduca la pratica datoriale al modello della discriminazione indiretta sulla scorta di un complesso *iter* argomentativo. Partendo dalla considerazione che il sistema SSB sia una pratica all'apparenza neutra perché applicata alla generalità dei *riders*, il giudice prende in considerazione la questione della violazione dei diritti sindacali che questa pratica comporta e l'inconferenza della giustificazione datoriale al riguardo.

¹²⁴ Art. 2, comma 1, lett. a) e b) d.lgs. 9 luglio 2003, n. 2016.

¹²⁵ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 12.

¹²⁶ *Ivi*, I. 13

¹²⁷ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 16 ss.

¹²⁸ Per un approfondimento sul tema delle discriminazioni dirette e indirette v. S. FREDMAN, *Direct and indirect discrimination: is there still a divide?*, in H. COLLINS, T. KHAITANED (a cura di), *Foundations of indirect discrimination law*, Oxford, 2018, 31 ss.

¹²⁹ R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 17.

¹³⁰ CGUE, sent. 16 luglio 2015, Causa C-83/14 (*Chez*).

¹³¹ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 14; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 16 ss.

¹³² M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 14 s.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Anti-discrimination law in the italian courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*, cit., 16 ss.

Il nucleo di base del ragionamento della giudice riguarda la disparità di trattamento prodotta dalla “cecità” della piattaforma in relazione alle ragioni poste alla base della cancellazione intempestiva della sessione lavorativa. Non a caso la giudice medesima afferma che:

«Il sistema di profilazione dei *riders* adottato dalla piattaforma Deliveroo, basato sui due parametri della affidabilità e della partecipazione, nel trattare nello stesso modo chi non partecipa alla sessione prenotata per futili motivi e chi non partecipa perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di handicap o un minore malato, ecc.) in concreto discrimina quest’ultimo, eventualmente emarginandolo dal gruppo prioritario e dunque riducendo significativamente le sue future occasioni di accesso al lavoro»¹³³.

La prassi datoriale integra la discriminazione indiretta perché, come afferma la giurisprudenza di Cassazione e della Corte EDU, la disparità vietata è l’effetto di una prassi in sé legittima – necessitata da motivi di carattere organizzativo ed economico –, ma che esplica effetti nefasti nei confronti dei lavoratori considerati in quanto portatori di determinate caratteristiche che costituiscono il fattore di rischio da cui scaturisce la discriminazione¹³⁴.

Il nocciolo della discriminazione indiretta sta quindi nel non prendere in considerazione le motivazioni che spingono i *riders* alla *late cancellation*, trattando situazioni diverse in modo eguale¹³⁵. Discernimento di cui però l’algoritmo è perfettamente capace in caso di infortunio sul lavoro e di *crash* del sistema operativo. Questa circostanza milita a sostegno della tesi dell’intenzionalità della discriminazione datoriale¹³⁶.

Accertata, tramite il conforto di prove fattuali, la natura indiretta della discriminazione, la giudice prosegue svolgendo alcune considerazioni relative alla compatibilità del diritto di sciopero e dei diritti sindacali con le procedure imposte dall’algoritmo per evitare una perdita di punti nel *ranking* reputazionale e quindi di occasioni lavorative¹³⁷.

Come sottolinea anche Ballestrero, gli elementi incompatibili con il diritto di sciopero della prassi datoriale sono due: l’obbligo di collegarsi alla piattaforma (“loggarsi”), e quindi anche di recarsi nella zona di lavoro prenotata a causa della geolocalizzazione, almeno 15 minuti prima per evitare le statistiche sfavorevoli, nonché il preavviso di 24 ore della cancellazione della sessione di lavoro.

L’obbligo di “loggarsi” vanifica ogni possibile utilità dello sciopero come strumento di rivendicazione sindacale e lo svuota di ogni significato perché nella sostanza impone ai lavoratori, che abbiano intenzione di astenersi dal lavoro, di recarsi comunque sul luogo di lavoro a pena di un danno economico sproporzionato¹³⁸.

L’obbligo di preavviso, invece, è incompatibile con il diritto di sciopero perché consente, soprattutto nel caso di piattaforme digitali, al datore di lavoro di sostituire facilmente i lavoratori assenti¹³⁹.

¹³³ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 19.

¹³⁴ Cass., sent. 25 luglio 2019, n. 20204; Corte EDU, sent. 9 giugno 2009, n. 33401/02 (*Opuz c. Turchia*), cpv. 183; Corte EDU, sent. 13 novembre 2007, n. 57325/00 (*D.H. e a. c. Repubblica ceca*), cpv. 184; Corte EDU, sent. 20 giugno 2006, n. 17209/02 (*Zarb Adami c. Malta*), cpv. 80.

¹³⁵ Cass., sent. 5 aprile 2016, n. 6575.

¹³⁶ M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 109 s.

¹³⁷ *Ivi*, 110.

¹³⁸ *Ibidem*

¹³⁹ *Ibidem*

Quest'ultima considerazione affonda le radici nella giurisprudenza costituzionale e di Cassazione relativa allo sciopero improvviso e al crumiraggio interno, ossia la pratica datoriale di impiegare i lavoratori che non partecipano allo sciopero in sostituzione dei colleghi¹⁴⁰.

Come ricorda la giudice di Bologna, la Suprema Corte ha stabilito che lo sciopero improvviso e quindi senza preavviso sia legittimo ed anzi l'obbligo di preavviso è tanto più incompatibile nelle ipotesi in cui, qualora prestato, agevolerebbe la sostituzione dei lavoratori elidendo o limitando il danno economico aziendale¹⁴¹. A parere della giudice, l'obbligo di preavviso e la competizione fra i *riders* producono, nella sostanza, una forma peculiare di crumiraggio interno ostacolando il diritto di sciopero. Sciolti i nodi circa la natura della discriminazione e i fattori di rischio, rimangono da considerare, ai sensi dell'art. 3, comma 6, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, le giustificazioni datoriali. Queste ultime devono dimostrare la legittimità delle finalità perseguite e la proporzionalità dei mezzi adottati¹⁴². Inoltre, come anticipato, l'onere della prova imposto alle organizzazioni sindacali ricorrenti è meno gravoso in virtù della parziale inversione per cui è il datore di lavoro a dover provare la legittimità della propria condotta.

In proposito, la società resistente si giustifica affermando che:

«la finalità di Deliveroo nel tenere traccia delle ore prenotate ma non cancellate e durante le quali il riders ha deciso di non loggarsi, neppure nei 14 minuti e 59 secondi successivi al momento di inizio della sessione, non può che ritenersi legittima, trattandosi di un rapporto tra committente e prestatori d'opera autonomi, così come appropriati appaiono i mezzi che – come ribadito più volte – tracciano il dato della cancellazione senza impatto sulle statistiche dei riders e senza in alcun modo tenerne in considerazione i motivi, coerentemente con la natura del rapporto e degli interessi in gioco»¹⁴³.

In merito alla legittimità delle finalità perseguite, la giustificazione, a detta della giudice, è inconferente perché si sofferma a discutere della natura del rapporto di lavoro e quindi del piano di applicazione soggettiva della norma, incurante del fatto che il diritto antidiscriminatorio si applica a tutti i lavoratori¹⁴⁴, e perché si risolve in una petizione di principio non suffragata da elementi oggettivi di prova¹⁴⁵. In altre parole, affermare che la disparità di trattamento sia legittimata perché applicata a lavoratori autonomi non è una ragione logicamente idonea a spiegare la miopia selettiva dell'algorithmo nella valutazione delle motivazioni che portano alla *late cancellation* da parte dei *riders*¹⁴⁶.

Con riguardo poi alla proporzionalità dei mezzi adottati, la giudice svolge una analisi approfondita delle risultanze istruttorie e conclude che non sia accettabile la spiegazione datoriale perché si basa su un

¹⁴⁰ M. BALESTRI, *Esercizio del diritto di sciopero e legittimità della reazione datoriale*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2018, 1 ss.; A. ROTA, *Il crumiraggio tecnologico: una lettura comparata*, in *Labour & Law Issues*, 4, 1, 2018, C. 33 ss.

¹⁴¹ Cass., sent. 17 dicembre 2004, n. 23552; Cass., sent. 8 agosto 1987, n. 6831; Cass., sent. 27 luglio 1984, n. 4260.

¹⁴² M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 11; M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 111.

¹⁴³ Corsivo nell'originale. Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 20.

¹⁴⁴ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 6; M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 11.

¹⁴⁵ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 20.

¹⁴⁶ M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, cit., 111.



equivoco di fondo legato alla struttura del giudizio discriminatorio. Come correttamente spiega Barbera, «allegare in tema di proporzionalità dei mezzi circostanze che attengono [...] all'accertamento dell'impatto dei criteri in considerazione comporta [...] uno stravolgimento della struttura del giudizio»¹⁴⁷ perché si tratta di due fasi diverse del bilanciamento di interessi. Inoltre, la tesi della società ha una struttura circolare e tautologica: infatti, la datrice di lavoro suggerisce che «un criterio apparentemente neutro non può essere discriminatorio perché è apparentemente neutro»¹⁴⁸.

Il giudice, quindi, nel rigettare la giustificazione datoriale, afferma che:

«non si discute della legittimità del sistema in sé, né del fatto che sia incentivata la cancellazione preventiva delle sessioni prenotate che non si intendono più utilizzare, ma solo il fatto che l'eventuale cancellazione tardiva o la mancata partecipazione alla sessione non cancellata non possa essere giustificata dal rider sulla base di comprovate ragioni dotate di rilievo giuridico (prima fra tutte, ma non sola, l'esercizio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito)»¹⁴⁹.

5. Che sanzione applicare?

Va da ultimo brevemente considerato un ulteriore profilo, quello sanzionatorio. La giudice, come accennato in precedenza, prende atto dell'eliminazione del sistema di prenotazione SBB su tutto il territorio nazionale, il che preclude una condanna alla cessazione del comportamento illegittimo, rimanendo possibile soltanto quella alla rimozione degli effetti. La giudice accoglie quindi la richiesta di parte attorea e condanna la società convenuta alla «pubblicazione della [...] ordinanza sul proprio sito internet e nell'area "domande frequenti"¹⁵⁰ della piattaforma gestita dalla convenuta» e alla pubblicazione di un estratto del provvedimento sul quotidiano «La Repubblica»¹⁵¹.

Il tema tuttavia più rilevante è quello del risarcimento del danno. L'art. 28, comma 5 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 stabilisce infatti che «con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale»¹⁵², tenendo anche conto «del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento»¹⁵³.

Come chiarito dalla Suprema Corte, il risarcimento assume in questa disposizione una funzione polivalente, non avendo una natura solo compensativa, ma anche deterrente e sanzionatorio-punitiva¹⁵⁴. Non a caso i giudici di legittimità affermano che la pluralità di funzioni risarcitorie ha riscontro anche a livello costituzionale e ammettono la possibilità di prevedere legislativamente «danni punitivi» come

¹⁴⁷ M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, cit., I. 11.

¹⁴⁸ *Ibidem*

¹⁴⁹ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 20 s.

¹⁵⁰ *Ibidem*

¹⁵¹ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 22.

¹⁵² Art. 28, comma 5 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

¹⁵³ Trib. Bologna, Ord. 31 dicembre 2020, 22.

¹⁵⁴ Cass., Sez. Un., sent. 05 luglio 2017, n. 16601.



misura di contrasto della violazione del diritto eurounitario¹⁵⁵. Questa interpretazione è stata confermata da numerose pronunce nazionali e a livello eurounitario¹⁵⁶.

Confortata dalla solida giurisprudenza cui si è appena fatto riferimento e riconosciuta la legittimazione attiva *jure proprio* dei sindacati, la giudice condanna la società datrice di lavoro ad un risarcimento forfettario determinato equitativamente.

6. Considerazioni conclusive

L'Ordinanza del Tribunale di Bologna che si è analizzata nelle pagine precedenti è un vero e proprio "trattato" di diritto antidiscriminatorio e assume grande rilevanza nel contesto italiano. Questa decisione interviene infatti nel dibattito nazionale sul tema dei lavoratori delle piattaforme digitali enfatizzando il ruolo del diritto antidiscriminatorio e stimolando la riflessione dottrinale in proposito. In merito a questa controversia si può a giusto titolo parlare di *strategic litigation* nella misura in cui le organizzazioni sindacali mirano a ottenere un precedente importante, ma anche di *legal mobilisation*, in quanto si utilizza l'azione giudiziale per estendere la tutela dei diritti sociali.

La pronuncia ha un simile rilievo perché costituisce il primo argine concreto a quello che Perulli denuncia come mimetismo del nuovo "capitalismo delle piattaforme", ossia quella dissimulazione della natura dell'impresa che però non occulta la dimensione oppressiva e di controllo della tecnologia¹⁵⁷. La giudice utilizza infatti gli strumenti giuridici a sua disposizione per indurre la società non tanto a disapplicare la gestione algoritmica del personale, cosa che lederebbe la libertà di impresa, ma ad allineare l'algoritmo ai principi fondamentali di uguaglianza e non discriminazione.

Nel concreto, l'Ordinanza ha dovuto affrontare diverse questioni problematiche, sia di natura processuale, sia di natura sostanziale. La questione della cessazione della materia del contendere prima e della legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali poi hanno occupato tutta la prima parte del provvedimento. Il modo in cui queste questioni vengono positivamente risolte e la giurisprudenza citata dalla giudice sono di assoluto rilievo perché stimolano il dibattito processualistico, in merito all'utilità di una determinata pronuncia, e quello giuslavoristico, con riguardo alla legittimazione attiva del sindacato.

Un profilo sul quale il presente contributo ha scelto di andare oltre rispetto ai temi affrontati dall'Ordinanza del Tribunale di Bologna è quello della natura del rapporto di lavoro dei *riders*. La giudice ha infatti deciso di non soffermarsi su tale annosa problematica e ciò perché la controversia riguardava il diritto antidiscriminatorio, che come si è visto trova applicazione nei confronti di tutti i lavoratori. È evidente, tuttavia, che tale profilo e i modi in cui dottrina e giurisprudenza lo hanno affrontato, ha avuto e avrà importanti riflessi sulla vita di questi lavoratori e sui loro diritti: di qui, la decisione di prenderlo pur brevemente in esame.

¹⁵⁵ Cass., Sez. Un., sent. 15 marzo 2016, n. 5072; Corte Cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238; Cass., sent. 17 settembre 2013, n. 21255.

¹⁵⁶ Cass., Sez. Un., sent. 15 marzo 2016, n. 5072; CGUE, sent. 2 aprile 2013, causa C-81/12 (*Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*).

¹⁵⁷ A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, cit., 2.





Per quanto concerne le questioni sostanziali la giudice di Bologna, seguendo un articolato *iter* argomentativo, ha riconosciuto la sussistenza di una discriminazione indiretta collettiva perpetrata dalla società convenuta tramite il sistema informatico e non giustificata dalle motivazioni fornite dalla datrice di lavoro. Il punto focale del ragionamento riguarda la cecità selettiva dell'algoritmo che non è affatto neutrale nelle sue scelte e che, a dispetto di quanto asserito dai resistenti, perpetra una discriminazione in tutti i casi in cui non considera le motivazioni legittime di astensione dal lavoro, indipendentemente dal fatto che siano legate ai diritti sindacali, alla malattia o all'accudimento, per esempio, di una persona disabile.

Va, infine, sottolineato che la decisione della giudice di Bologna, motivata in modo puntuale e dettagliato, opera una scelta consapevole e un bilanciamento adeguato fra interessi contrastanti. L'importanza di questa pronuncia non si limita però al singolo caso; essa ha infatti una portata generale che deve essere riconosciuta e valorizzata. La giudice è infatti conscia dei cambiamenti in atto nel mondo del lavoro e cerca, con gli strumenti del diritto, di indicare una strada e dare risposte a quelle nuove "patologie del sociale"¹⁵⁸ che la rivoluzione digitale porta con sé.

¹⁵⁸ A. HONNETH, *Patologie del sociale*, in B. CARNEVALI (a cura di), *La libertà negli altri. Saggi di filosofia sociale*, Bologna, 2017, 37 ss.



Smart cities e Amministrazioni centrali di fronte all'intelligenza artificiale: esperienze a confronto

Edoardo Chiti, Barbara Marchetti, Nicoletta Rangone*

Il focus che qui si introduce completa l'approfondimento presentato nel fascicolo 4/2021 di *Bio-Law Journal*, sull'uso dell'intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano.

Dopo gli incontri con varie autorità amministrative indipendenti, il terzo seminario, dal titolo "Smart cities e intelligenza artificiale", è dedicato ad alcune delle più avanzate applicazioni di intelligenza artificiale all'interno di alcune città italiane.

Il seminario muove da alcuni interrogativi di fondo, proposti a tutte le amministrazioni intervenute nei diversi incontri, e articolati nella presentazione del progetto su "L'uso dell'Intelligenza artificiale nel sistema amministrativo italiano" (in questa rivista n. 4/2021, p. 209-210), sintetizzabili come segue: quali applicazioni di intelligenza artificiale usano le amministrazioni italiane e per svolgere quali compiti? Come scelgono i sistemi di IA e come fanno a governarli? Ai relatori del terzo seminario è stato inoltre chiesto quale tipo di implementazioni ci sono state a seguito del PNRR, quale è il ruolo dei privati nello sviluppo di queste tecnologie.

Dalla discussione emerge che in Italia si sono affermate eccellenze che hanno dedicato moltissima attenzione alla transizione digitale, ben prima del contesto post-pandemico nel quale oggi viviamo. Sono inoltre emerse almeno due aspetti significativi. In primo luogo, la frequente collaborazione con privati e università per lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale, che però si sviluppa al di fuori di un quadro di regole chiare che non sembra definito in sede di bando di gara o contratto. In secondo luogo, la gestione di dati sensibili, la cui riservatezza viene in ampia misura affrontata proprio attraverso sistemi di intelligenza artificiale.

All'approfondimento sulle smart cities si abbina un quarto seminario, volto a verificare come il fenomeno dell'intelligenza artificiale sta interessando le amministrazioni centrali dello Stato. Anche questo focus muove da alcuni interrogativi di fondo, gli stessi che hanno mosso l'indagine condotta sulle autorità indipendenti, di cui si è riferito nel nostro primo rapporto, e sulle *smart cities*, oggetto del precedente incontro. Le questioni che risultano significative per un'analisi comparata delle esperienze di INPS, Agenzia delle Entrate e Ministero della giustizia riguardano le scelte sull'acquisizione del sistema di intelligenza artificiale, sia dal punto di vista della *governance* che dal punto di vista del metodo di acquisizione del sistema; si è visto, per esempio, che le autorità indipendenti, in particolare Banca d'Italia e Consob, hanno sviluppato *in house* i propri sistemi di intelligenza artificiale, mentre per esempio alcune città come Venezia e Milano hanno fatto ricorso al mercato e si è rilevato che mutano le problematiche correlate alle diverse opzioni. Un altro tema interessante nella nostra prospettiva riguarda il tipo di sistemi di intelligenza artificiale prescelto e i compiti che gli sono affidati. Anche con riguardo

* Edoardo Chiti, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Tuscia e Sant'Anna di Pisa. edoardo.chiti@libero.it; Barbara Marchetti, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Trento. Mail: barbara.marchetti@unitn.it; Nicoletta Rangone, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università Lumsa. Mail: n.rangone@lumsa.it

Law
N.S.

a tale aspetto, si è potuto constatare quanto diversi possono essere i sistemi e quante diverse funzioni possono svolgere. Ancora, un tema cruciale appare essere quello dei dati, e del rapporto tra dati pubblici e privati rispetto alla costruzione di *data lake* necessari per lo sviluppo di algoritmi *machine learning*. Ultimo profilo centrale, anche alla luce della proposta di regolamento dell'Unione in materia di intelligenza artificiale, impone di interrogarsi sul quadro regolatorio: sarebbe importante sapere se, posto che regole giuridiche vere e proprie ancora non sono presenti, quali sono le linee guida o i principi che, in questa fase di sperimentazione e sviluppo, orientano le scelte delle pubbliche amministrazioni.

Rapporto 3/2022 – SMART cities e intelligenza artificiale

1. Venezia

Francesco Meneghetti

Chief Executive Officer, Mindlcity s.r.l.

Mindlcity è una *spin-off* di Fabbrica Digitale, costituita a luglio di quest'anno per dare il via a una partnership industriale con TIM. Questi soggetti sono stati selezionati dalla città di Venezia, nell'ambito di un partenariato per l'innovazione, per la creazione di una piattaforma di *Urban intelligence* capace di aggregare tutte le informazioni della città e affrontare quelli che sono poi gli annosi problemi della città di Venezia. Ciò che è stato realizzato a Venezia è diventato un prodotto commerciale, al quale hanno aderito molte città importanti, come il Comune di Milano che intende applicare la piattaforma alla transizione ambientale. Questo prodotto è stato poi organizzato in ambiti diversi come il turismo, la sicurezza, la mobilità, la transizione ambientale e dentro questi ambiti poi abbiamo applicato tecnologie *state-of-the-art*, ma anche tecnologie innovative. Stiamo raccogliendo tera di informazioni al giorno sulla città di Venezia, alcuni prodotti dalla stessa municipalità, altri da imprese che operano sul territorio di Venezia e *Telco-operators*. Tutti questi dati confluiscono in un *data lake* e sono elaborati con sistemi di intelligenza artificiale che vanno dal *machine learning*, al *deep learning*, fino a tecniche ancora più sofisticate.

È così possibile effettuare, tra le altre cose, una analisi dei flussi (ad esempio, quante persone sono entrate nel Comune di Venezia a partire da un determinato orario). L'analisi consente di trarre non solo dati quantitativi, ma anche quali-

tativi, come la provenienza. Un altro esempio attiene alla pedonabilità dell'isola, grazie a circa una cinquanta sensori distribuiti all'interno della città, che fanno analisi del traffico pedonale tramite *machine learning*. Ed ancora, circa 80 telecamere sono disposte sui canali della città di Venezia per osservare il traffico acqueo, analizzato tramite intelligenza artificiale che consente di classificare le imbarcazioni per tipologia (l'intelligenza artificiale ci riporta al 91.58% la classificazione di un mezzo nella categoria privati, ACTV, o pubblica sicurezza), velocità media, comportamenti (attraversamenti ortogonali, contromano, soste vietate) e così via. Si tratta del primo sistema al mondo di applicazione di tutor acqueo sempre con intelligenza artificiale, che potrebbe supportare un sistema sanzionatorio acqueo con intelligenza artificiale.

Un'altra interessante applicazione di intelligenza artificiale attiene alla classificazione del traffico autostradale, che costituisce il primo caso conosciuto in Europa, ma probabilmente al mondo. L'obiettivo è classificare gli automezzi per micro categorie e identificare i comportamento di guida (non solo velocità media, ma anche cambi di traiettoria senza usare la freccia, ad esempio). Possiamo anche anticipare i rischi di saturazione dei posti auto all'interno di Venezia, così da inviare suggerimenti, se necessario, agli operatori, come messaggi su pannello per far deviare i flussi, oppure segnalazioni fin dall'uscita delle autostrade con consigli su dove posizionare veicoli a seconda che siano commerciali o turistici. Il sistema può inoltre effettuare, in base a tutte le informazioni a disposizione, una simulazione del traffico pedonale all'interno della città di Venezia nelle ore successive, così da poter mettere in atto azioni preventive.

Altri esempi di intelligenza artificiale applicata, in collaborazione con ESA, a supporto della transizione ambientale, consentono di elaborare i dati

acquisiti e renderli sotto forma di mappe di calore. Ciò consente di valutare la qualità dell'acqua e le relative anomalie, come si distribuisce l'inquinamento, la presenza di clorofilla, i sedimenti sospesi nell'acqua, i cianobatteri, il carbone fossile disciolto nell'acqua.

Vi è poi la possibilità di rilevare l'indice di cementificazione, attraverso l'intelligenza artificiale applicata ad immagini satellitari, così come l'indice di vegetazione normalizzato, che attiene alla rilevazione della clorofilla. Ma è anche importante il tipo di clorofilla, perché il "verde" produce tre tipi di effetti: in primo luogo, ha un impatto psicologico positivo sulle persone; in secondo luogo, svolge una funzione di decarbonizzazione in proporzione alla tipologia di clorofilla; in terzo luogo, genera un abbassamento delle temperature. Così la curva di salita del "verde" comporta che mano a mano che questo aumenta, aumenta la clorofilla all'interno di una città e la decementificazione, che a sua volta aiuta la decarbonizzazione e la diminuzione della temperatura al suolo. In questo modo, si perseguono alcuni di quelli che sono gli obiettivi che portano all'ecosostenibilità delle città.

Quanto all'interrogativo posto in via introduttiva in ordine all'interazione con il Comune, va evidenziato che la richiesta della stazione appaltante è stata di tipo strettamente tecnologico, dunque ci siamo concentrati su tutti sugli aspetti di affidabilità tecnologica di ciò che andavamo a fare, rimandando ad un secondo tempo quelli che potevano essere gli impatti sulla normativa delle funzionalità che si sarebbero sviluppate. Basti pensare all'impatto sulla privacy, all'impatto legato alle omologazioni degli impianti per le rilevazioni e le eventuali sanzioni (ancora oggi non è chiaro quale sia l'autorità competente a farlo, l'autorità di bacino, la Capitaneria di Porto, il Comune di Venezia?), al ruolo delle soprintendenze. Di tutto questo ci siamo preoccupati a

gara conclusa, salvo l'impatto sulla privacy, per il quale è stata fatta una valutazione *ex ante*. Ad esempio, il flusso video registrato dalle telecamere non viene memorizzato, ciò avviene solo per il metadato generato in modo anonimizzato. Diverso sarà quando potremo comminare sanzioni, in questo caso i dati verranno registrati a questo fine.

Vorrei concludere evidenziando come, a mio avviso, sarebbe necessario un codice etico della tecnologia e dei tecnologi, sul modello del giuramento di Ippocrate che fanno i medici. Basti pensare che noi tecnologi, oggi, possiamo generare danni molto più diffusi e pericolosi di quanti non possa fare un medico: se uno di noi sbaglia a usare l'IA sui sistemi di guida autonoma, possono morire delle persone. Il *bug* nel *software Drive By Wire* del Boing 747 ha ucciso centinaia di persone: i piloti non potevano più reagire e ha vinto la macchina sul pilota.

Ma vi è di più: sarebbe necessario un codice etico del dato. Noi lavoriamo con dati che non sono nostri, perché tutto quello che ho descritto attiene a dati di proprietà di terzi, non degli enti locali o delle imprese di servizio, ma dei cittadini. Questo codice etico dovrebbe consentire al cittadino di avere immediata contezza dell'orientamento sia dell'amministrazione pubblica che tratta il suo dato, sia delle imprese che sceglie l'amministrazione pubblica per trattare con la tecnologia. *Mindicity* sta lavorando in questa direzione. Abbiamo creato la società *Benefit*, che si pone l'obiettivo di valutare l'impatto che hanno le nostre azioni sulla società: quale impatto noi possiamo avere sulla gestione dei dati, sulla privacy del cittadino, sulla libertà del cittadino, imponendo anche ai nostri clienti di porsi questi problemi. Questo codice etico di autoregolazione sarà pubblicato a breve.

2. Padova

Carlo Rossi Chauvenet

Data Valley

La ricerca di cui si è occupata *Data Valley* è stata relativa al comune di Padova, che ha avviato un'attività nell'ambito delle *Smart Cities* con un progetto che si chiama *My Data* avviato nel 2019. L'obiettivo è quello di creare una piattaforma che si allarga dalla città alla Regione e che sia di supporto alle decisioni. Ad esempio, il Comune di Padova collabora con la Regione Veneto al fine di integrare informazioni a disposizione e provenienti da altri enti pubblici territoriali, enti di ricerca e soggetti privati. In particolare, nell'ambito di un progetto europeo avviato con l'università di Padova ci siamo posti il tema di acquisire informazioni ulteriori rispetto a quelle già nella disponibilità degli enti pubblici territoriali, così come progettato a Venezia e Milano. Questo soprattutto perché i dati che sono attualmente messi a disposizione degli *Open data platform* della Regione Veneto sono scarsamente utilizzati dalle imprese, soprattutto perché non caricati in tempo reale. Attraverso un'apposita ricerca abbiamo rilevato i dati che le imprese (soprattutto quelle legate alla mobilità) vorrebbero richiedere e quelli che sarebbero disposte a condividere. Ne è emerso, ad esempio, che una cooperativa Taxi Padova ha delle *Black Box* installate su ogni autovettura, che consentono la raccolta di una serie di informazioni, come la velocità, le soste, i tempi di attesa per i clienti, i percorsi più frequentati da un luogo a un altro, ma anche il dialogo con la centrale radio attraverso cui si segnalano situazioni di difficoltà nel traffico, situazioni legate alla sicurezza urbana, eventi e problemi legati alla viabilità urbana (come buche sull'asfalto). Questi dati vengono poi registrati dalla centrale e condivisi per iscritto con tutte le autovetture. Queste informazioni potrebbero

essere condivise con un *repository* centrale, per effettuare poi delle analisi ulteriori e degli interventi in tempo reale. Alla domanda “quali sono i dati che i taxi vorrebbero”, la risposta è stata “vorremmo i dati degli alberghi, delle prenotazioni alberghiere, degli arrivi giornalieri in treno e del traffico ferroviario”. Abbiamo fatto domande simili all'operatore che si occupa della mobilità “dolce” su bicicletta, che ha a disposizione dati molto simili a quelli della cooperativa taxi e che richiederebbe dati relativi alla prenotazione degli alberghi, ai flussi di turisti, ma anche al tema dell'educazione, quindi provenienti da università (lezioni ed esami) e aule studio presenti in città per verificare i flussi e rendere disponibili le biciclette. Ne emerge dunque che le imprese sono disponibili a condividere le informazioni con altre imprese (*one-to-one*), sulla base di accordi, ma anche a far parte di un sistema integrato più ampio, in cui la disponibilità del dato sia offerta ad un soggetto pubblico che le amministri e che possa poi renderle disponibile sulla base di condizioni che sono di volta in volta definite. I principali limiti a questa disponibilità per la condivisione sono stati individuati nella scarsa conoscenza delle norme relative alla privacy, quindi nella difficoltà a comprendere i limiti e le possibilità di utilizzo, soprattutto da parte degli enti pubblici. Un esempio fra tutti. La società Bus Italia, che si occupa dei trasporti urbani di Padova, utilizza solo dati propri per capire i flussi interni e decidere poi quali linee attivare e non ha mai richiesto informazioni relative ai dati degli studenti della città di Padova, per capire quali sono poi gli utilizzi effettivi e le necessità del trasporto locale relativo alle scuole. Un aspetto interessante che coinvolgerà la ricerca successiva sempre sul caso Padova riguarda l'utilizzo di tecnologie ulteriori di natura IoT, come quella relativa alla *Digital Signature*,



ciò a telecamere installate in grado di raccogliere i dati di immagini che vengono analizzate da algoritmi di intelligenza artificiale che sono in grado di estrarre statistiche, informazioni non solo sul numero di persone, ma sulla tipologia di persone che frequentano certe aree (in grado di fare *face detection* e non *face recognition*, dunque senza identificare un soggetto nel rispetto della *privacy*). Queste informazioni possono essere raccolte da telecamere che sono installate non solo da soggetti pubblici, ma anche da soggetti privati, ad esempio nell'ambito del monitoraggio di attività commerciali (si pensi al controllo delle vetrine dei negozi).

La sfida è quindi quella di trovare incentivi per questi soggetti affinché condividano questo tipo di informazioni.

Un'ulteriore frontiera è quella costituita dai dati sintetici. Frontiere che stiamo approfondendo perché la possibilità di raccogliere dati personali in grande quantità, in un *database*, che vengono poi, attraverso l'intelligenza artificiale, anonimizzati (attraverso *Machine Learning* applicato a grandi moli di dati che istruiscono algoritmi che sono generativi di dati che hanno la stessa inferenza statistica di dati originari, ma non hanno più gli elementi identificativi originari) può consentire di condividere dati personali a forte carattere identificativo e quindi dati sanitari, finanziari o anche dati legati a elementi comportamentali, nel pieno rispetto e tutela della normativa *privacy*. Si tratta di una tecnologia innovativa ancora oggetto di studio e di analisi, ma che applicata nel contesto urbano potrebbe integrare quella serie di informazioni che proviene da fonti pubbliche o da fonti private. Quindi la prospettiva futura è proprio quella di individuare strumenti tecnologici che consentano l'integrazione di dati.

3. Trento

Giacomo Fioroni

Comune di Trento

Il Comune di Trento collabora con università e enti di ricerca, come la fondazione Bruno Kessler, con cui ha un protocollo d'intesa per realizzare progetti di innovazione, e partecipa a molti progetti europei (come il progetto Stardust, *smart cities and communities*).

Trento ha cominciato a utilizzare una piattaforma per raccogliere dati provenienti da diverse sorgenti, *legacy*, sensori, o provenienti da operatori economici. Tutto questo al fine di storicizzare queste informazioni, pulirle, integrarle, aggregarle e fornire *Dashboard*, i sistemi di *Analytics*, e in prospettiva quella appunto che è ormai l'attenzione di tutti: la realizzazione di una *Smart city control room* che consenta una visione globale della città.

Alcuni di questi dati possono essere anonimizzati e messi a disposizione del pubblico e degli esperti tramite *data portal*. È inoltre possibile realizzare servizi innovativi che sfruttino questi dati, come la fornitura di informazioni in *realtime* sui parcheggi disponibili, consentita da sensori di parcheggio che comunicano con un'infrastruttura di rete e arrivano alla nostra piattaforma di dati, per essere infine lavorate dall'intelligenza artificiale in modo da ottenere l'informazione da fornire ai cittadini tramite quel servizio. La disponibilità di dati consente inoltre la gestione intelligente dei semafori, con avvisi anche sulla velocità ottimale alla luce verde e la priorità dei veicoli per il trasporto pubblico alle intersezioni semaforizzate, così come e la rilevazione automatica del passaggio con rosso.

Un altro esempio di applicazione realizzata grazie a un progetto europeo è quella connessa all'uso dell'intelligenza artificiale (in questo caso, algoritmi messi a disposizione da KETI, il Korea

Electronics Technology Institute) per gestire la sicurezza degli attraversamenti pedonali (sperimentato in due attraversamenti) e la costruzione di un *Digital twin* del parcheggio per poi andare appunto a fornire segnalazioni.

Altri due progetti europei consentono di inviare avvisi a fronte di situazioni potenzialmente pericolose, in piazze e luoghi pubblici e sulle strade, utilizzando intelligenza artificiale applicata alle videocamere e all'audio. Il tutto viene anonimizzato, utilizzando le stesse metodologie menzionate sopra quanto ai video. Sull'audio la normativa è ancora più complessa perché si può configurare come intercettazione telefonica che può essere approvata solo dalle forze dell'ordine, se non si procede ad una anonimizzazione *by design* e *by default*. Trento in questo momento ha oltre 800 telecamere sul territorio comunale. In questo momento si prevede di avere un'evoluzione della piattaforma anche *software* che le gestisce, così da migliorare anche alcune delle telecamere che sono molto vecchie e dunque con risoluzione bassa. Però l'idea è fare in modo di avere una sicurezza non solo parziale o percepita, ma effettiva grazie all'utilizzo e l'applicazione di algoritmi di IA applicata, che possa fare in modo di segnalare situazioni pericolose e che la centrale operativa della polizia locale non debba guardarsi 800 telecamere, cosa materialmente e umanamente impossibile, ma venga allertata da un algoritmo che riconosce una situazione pericolosa. In tale contesto si sta inoltre attivando, in un parco, su due ciclabili della città, un sistema di illuminazione intelligente che si adatta in base ai dati raccolti dai sensori, con illuminazione massima che segue i movimenti del pedone o del ciclista all'interno del perimetro.

Quanto al servizio di *sharing* monopattini, nel bando è stata inserita una clausola in base alla quale i dati raccolti vengono messi a disposizione in formato aperto e in formato standard. Ogni



operatore fornisce inoltre anche la propria reportistica, le proprie *Dashboard*, che vogliamo però che possa no essere aggregate, estese e integrate fra loro, così da fornire *analytics* complete ed eventualmente *alert* alla centrale operativa. Le informazioni che tale *analytics* deve fornire a partire dai dati raccolti in *realtime* attingono alla disponibilità dei mezzi su piazza, ai noleggi per giorno e per numero, per fascia oraria, ai viaggi (distanza totale, media, durata media, rapporto viaggi-monopattini per vedere se il dimensionamento del servizio è stato pensato in modo corretto). Vi è poi l'aggregazione e l'analisi dei dati geografici: dove viaggiano, dove parcheggiano, quali sono le tappe maggiormente utilizzate. Per arrivare a fornire tali informazioni bisogna prima analizzare le richieste, verificare quali sono i dati a disposizione, entrare nel merito e vedere effettivamente di che dati si tratta; poi viene la costruzione logica: il recupero e la storicizzazione dei dati, aggregandoli assieme e portandoli nel *data-lake*; e poi da quello messo a disposizione per costruire *dashboard* che permettano di analizzarle e verificare il risultato e vedere se quanto fatto ha senso per noi, sui dati, per gli uffici, e poi ritornare a rifare il loop. Insieme alla fondazione Bruno Kessler abbiamo svolto un concorso sulla mobilità sostenibile: per vincere i premi i partecipanti dovevano muoversi in mobilità sostenibile, tracciati da un'apposita applicazione. Questa applicazione consentiva il conteggio degli utilizzi, permetteva di gestire i punteggi per i premi, ma in più raccoglieva anche i dati e ha permesso di verificare alcuni percorsi maggiormente utilizzati, suddividendoli anche per percorsi a piedi, in bicicletta, con l'autobus. Infine, un diverso esempio di uso dell'intelligenza artificiale applicato agli sportelli della pubblica amministrazione è stato presentato alla Commissione Europea insieme alla fondazione Bruno Kessler. Attraverso questo progetto, definito

Simpatico, abbiamo realizzato un assistente virtuale che accompagna nell'erogazione di un servizio, semplificando anche il linguaggio attraverso la rielaborazione di testi con *Machine Learning*. Per la semplificazione del linguaggio, grazie a un'analisi fatta su tutta una serie di testi di servizi pubblici e di letteratura a livello italiano, siamo giunti a una descrizione dei servizi a disposizione del sito Internet dell'amministrazione, in modo da dare uno strumento agli *editors* per verificare se i loro testi erano semplici o troppo complessi e dunque da migliorare.

Per concludere, vorrei evidenziare che tutte le attività presentate sono state svolte internamente, ma con la collaborazione di soggetti privati. Le competenze interne sono fondamentali, ma è anche utile avere rapporti con soggetti di mercato per fare in modo che il nostro lavoro di analisi dei dati di gestione sia poi supportato da soggetti esterni, che possano mettere a disposizione uno strumento di mercato a cui agganciare tutta una serie di analisi da parte del soggetto pubblico o di privati.

4. Alcune considerazioni conclusive

Tutto quello che abbiamo sentito può migliorare l'azione pubblica. Quello che ci è stato descritto in termini di raccolta di dati e capacità di proiezioni prospettiche può consentire al soggetto pubblico di adottare politiche pubbliche (per esempio in materia ambientale e di trasporti) e programmazioni/pianificazioni basate su dati empirici (pensiamo alla qualità dell'acqua e al relativo innalzamento/abbassamento, alla cementificazione/decementificazione). I dati raccolti potrebbero poi essere utilizzati per una verifica successiva dell'impatto di tali politiche e programmazioni/pianificazioni. Questi dati, una volta "restituiti" ai cittadini sotto forma di informazioni (ad esempio sui parcheggi o sulla sicurezza di determinati luoghi) sono suscettibili di cambiare i comportamenti. L'importante è che vengano forniti in modo comprensibile e soprattutto che ne sia trasparente la relativa raccolta, vale a dire che il cittadino deve sapere dove e perché i dati vengono raccolti.

Vi è poi il delicato, quando necessario, rapporto pubblico-privato. Soprattutto a livello locale, è difficile che il soggetto pubblico riesca a fare tutto. Così, tutte le amministrazioni locali di cui abbiamo sentito parlare hanno collaborazioni con imprese, università o centri di ricerca. Ciò comporta un'esigenza di rafforzamento delle competenze interne, anche perché gli usi delle nuove tecnologie vanno sviluppati, monitorati ed eventualmente riadattati congiuntamente tra pubblico e privato. Ed in questo senso è interessante l'esperienza di Barcellona dove si richiede una definizione del rapporto già in sede di bando di gara (oltre ad aver messo a disposizione del pubblico un registro degli usi dell'intelligenza artificiale a livello comunale).

Inoltre, quanto ai dati e alla tutela della riservatezza, non c'è dubbio che una certa interpretazione della normativa sulla privacy da parte del

Garante (come nel caso dei controlli in agricoltura), ma anche di singole pubbliche amministrazioni, potrebbe ostacolare lo sviluppo di nuove tecnologie. Al contempo, la tutela riservatezza può essere perseguita attraverso applicazioni consentite dalle nuove tecnologie, a condizione che le procedure adottate non siano reversibili o comunque consentano una tutela effettiva. Il passaggio è delicato, perché i rischi di profilazione se non di uso improprio dei dati sono tanti e possono insorgere non solo al momento dell'uso di social media, ma anche - a prescindere da questi - dall'IoT che raccoglie dati mentre passeggiamo in una città d'arte o guardiamo una vetrina.

Infine, le esperienze discusse evidenziano che l'attuale uso dell'intelligenza artificiale nelle città attiene alla sicurezza, al traffico, all'energia. Le prospettive, che emergono dagli articoli più avanzati sul punto, fanno però riferimento anche al cambiamento climatico, alla crescita dell'economia, al reddito, alla disuguaglianza, alla gestione dei servizi infrastrutturali essenziali, come acqua, banda larga. Ciononostante, leggendo rapporto AIWatch sull'intelligenza artificiale della Commissione europea (2020) si scopre con sorpresa che nessuna città è vicina ad essere pronta per le sfide del futuro e che paradossalmente la maggior parte delle città non affronta i principali cambiamenti sociali guidati dall'IA e dalle altre tecnologie perché si concentra sugli sviluppi della *Smart city* e sulle sue opportunità, peraltro anche ignorando i rischi che sono maggiormente percepiti dagli abitanti della città. Su tutto questo ci si deve muovere in fretta: decisori politici, studiosi, a braccetto con coloro che la tecnologia la mettono in pratica.

Rapporto 4/2022 – Intelligenza artificiale e amministrazioni centrali

Giuseppe Buono

Direttore Centrale Tecnologie e Innovazione
dell'Agenzia delle Entrate

La Direzione Centrale Tecnologie e Innovazione ha la responsabilità del presidio delle banche dati, la realizzazione di sistemi innovativi di analisi avanzata dei dati, la sicurezza informatica, le infrastrutture tecnologiche, la gestione documentale e la gestione dei contratti ICT. L'Agenzia delle Entrate da tempo ha avviato un percorso di ammodernamento delle tecnologie di analisi dei dati per passare da una modalità tradizionale verso una più avanzata, per utilizzare le piattaforme in modo molto più flessibile e con funzionalità più evolute e per arrivare ad applicare algoritmi di intelligenza artificiale.

“Come nascono le decisioni?”: nascono in linea con un percorso evolutivo costante di innovazione che perseguiamo allo scopo di dare benefici concreti all'amministrazione e di raggiungere i nostri obiettivi. Le indicazioni strategiche sono di applicare le innovazioni tecnologiche che siano funzionali alla innovazione di processo per l'amministrazione finanziaria e quindi a incrementare i benefici per i cittadini e per le imprese. Quindi la nostra evoluzione è graduale ma decisa, e ha visto negli ultimi anni l'affermarsi di piattaforme di *advanced analytics* che hanno già delle funzionalità di intelligenza artificiale.

Ritengo sia utile categorizzare le applicazioni di IA, pur non essendo certo che questa categorizzazione sia corretta dal punto di vista accademico. Distingueri le applicazioni di IA in tre categorie. La IA “fisica”, con un importante livello di indipendenza nel mondo fisico (robotica, auto

a guida autonoma, droni), che in questo momento storico per l'amministrazione finanziaria è di limitato interesse, anche se in prospettiva dobbiamo considerare la responsabilità dell'ambito catastale che è correlato alle tematiche del governo del territorio. Poi c'è l'ambito di applicazione che io chiamo “IA di facilitazione”, utilizzata a supporto di attività operative effettuate dagli umani (quale per esempio comprensione del linguaggio naturale piuttosto che riconoscimento delle immagini); infine, la IA “cognitiva”, utilizzata per l'analisi di ampie moli di dati a supporto di processi cognitivi o decisionali (*machine learning*, sistemi predittivi, algoritmi di ricerca e ottimizzazione, gestione della conoscenza...). Le ho elencate in ordine crescente di interesse: dal nostro punto di vista le applicazioni di intelligenza artificiale rappresentano un percorso naturale rispetto all'evoluzione degli *advanced analytics* e si applicano principalmente in questi due ultimi macro-ambiti.

Per quanto riguarda la IA di facilitazione, abbiamo realizzato la tecnologia delle chatbot per l'assistenza agli utenti, applicazione che ci ha consentito in certi casi di semplificare l'interazione con gli utenti. Per quanto riguarda altre applicazioni, per esempio il text mining per la categorizzazione automatica o semiautomatica dei documenti, abbiamo in sperimentazione alcuni algoritmi che possono facilitare la gestione e l'analisi della documentazione pervenuta da parte dei funzionari, agevolandone il lavoro e quindi efficientandone i tempi di lavorazione. Tali iniziative sono in sperimentazione e vedranno la piena applicazione nei prossimi tempi. Per questa categoria di applicazioni è importante considerare che la chiave di successo è soprattutto l'integrazione di queste funzionalità all'interno delle applicazioni che supportano l'automazione di processo; questo è un aspetto fonda-



mentale perché l'effetto positivo dell'IA va applicato a funzionalità che sono integrate in applicazioni utilizzate dal "funzionario-tipo", e non di sistemi con funzionalità avanzate utilizzati da *data scientist* piuttosto che da specialisti. In particolare, l'applicazione di tecniche di text mining, di riconoscimento di pattern all'interno di testi non strutturati, è funzionale a facilitare l'estrazione di dati interessanti da testi non strutturati.

Un ambito interessante di sviluppo, probabilmente quello più interessante e promettente, riguarda quello di supporto alle decisioni, quindi l'IA di tipo cognitivo. Chiaramente, questo ambito interessa grandi volumi di dati, in continuità con le applicazioni di *advanced analytics* e presenta diversi aspetti sensibili; al momento stiamo sperimentando alcuni algoritmi. La sfida è quella di continuare a sperimentare e ad applicare questi algoritmi per arrivare a utilizzarli in maniera industriale all'interno di processi amministrativi. Chiaramente non pensiamo assolutamente (è un principio già dettato dalle normative e dai regolamenti, oltre che di buon senso) di affidare all'intelligenza artificiale una decisione automatizzata che ha o può avere un impatto sui cittadini; stiamo parlando invece di tecniche di analisi massiva di dati che riescono ad agevolare il lavoro degli analisti e riescono soprattutto a rendere più accurate le identificazioni e interpretazioni di fenomeni, avendo chiaramente la possibilità di fruire di un vasto patrimonio informativo. Uno dei nostri obiettivi è quello di valorizzare al massimo il vasto patrimonio informativo a disposizione, nel rispetto delle regole, dei dati e della vigente normativa, per restituire un maggiore valore al cittadino in termini di servizi erogati e per aumentare la capacità dell'amministrazione di fare leva sui dati per i propri fini istituzionali.

La seconda domanda è "Come ci si procura il sistema di intelligenza artificiale?". Noi lavoriamo

su soluzioni che possiamo industrializzare, quindi quando iniziamo ad adottare delle decisioni sul sourcing delle soluzioni innanzitutto ci affidiamo al nostro partner tecnologico SOGEI, che si avvale delle soluzioni di mercato o meno in funzione delle singole esigenze. In generale, un software alla base di un sistema di IA deve possedere i requisiti di evoluzione e manutenibilità nel tempo, per cui siamo aperti a tutte le possibilità, ma in ogni caso ci affidiamo al nostro partner tecnologico per avere la garanzia di sviluppo e di manutenibilità.

Dal punto di vista dei dati, abbiamo un vasto patrimonio informativo e uno degli ambiti più critici è quello della qualità dei dati che sono utilizzati nell'ambito dei processi amministrativi, con particolare riferimento alle piattaforme di *analytics/IA*. Questo è un punto importante, un punto difficile, perché è vero che in molti casi il dato è generato dai processi di competenza dell'Agenzia e quindi la sua qualità è misurabile e anche migliorabile nel tempo, modificando i processi e i servizi applicativi erogati agli utenti, in molti casi invece il dato proviene dall'esterno, da soggetti terzi, e in quest'ambito il tema della qualità diventa più complesso. Chiaramente la complessità del contesto nel quale operiamo e la vastità di dati a disposizione rende necessario un approccio multidisciplinare alla materia e un processo articolato di coordinamento ed esecuzione di diverse attività che coinvolge diverse figure, tra cui alcune più focalizzate sugli aspetti ICT, altre più sugli aspetti di *core business*, altre qualificate proprio come *data scientist*, altre invece focalizzate sul rispetto alla normativa sulla protezione dei dati personali. Sottolineo che l'Agenzia è stata una delle prime pubbliche amministrazioni italiane, se non la prima, ad istituire formalmente la figura del *data scientist*.

L'approccio che noi seguiamo è: identificazione dell'innovazione tecnologica; identificazione



dell'opportunità di innovazione di processo; sperimentazione; progettare e curare il passaggio e l'introduzione con una diversificazione delle piattaforme e degli strumenti tecnologici in funzione degli utenti; creazione di un sistema di regole di utilizzo (tecniche e organizzative) che assicurano la sicurezza e la compliance rispetto alla normativa in materia di protezione dei dati personali. Quindi formalizziamo queste regole per ciascun tipo di piattaforma e poi proseguiamo alla cura di questi sistemi in produzione, dove abbiamo alcune diversificazioni: in alcuni casi parliamo di piattaforme con utenti sempre limitati ma diffusi a livello nazionale; in altri casi, e questo è il caso relativo alla sperimentazione dell'IA al momento, abbiamo invece degli strumenti più sofisticati che vengono utilizzati esclusivamente dalle strutture centrali. Questa chiaramente è una foto della attualità, ma questa situazione potrà cambiare nel tempo man mano che l'intelligenza artificiale prenderà piede, con tutte le cautele del caso. È chiaro infatti che l'applicazione dell'intelligenza artificiale all'interno di una pubblica amministrazione presenta notevoli difficoltà e sfide da affrontare e risolvere, differenti da quelle del mondo privato. Alcune sono le stesse, altre sono diverse, con particolare riferimento alla sostenibilità, alla spiegabilità degli algoritmi di IA legati ad un provvedimento amministrativo, sia per ragioni di trasparenza nei confronti dei cittadini, sia nei confronti dei funzionari che poi sono tenuti a prendere decisioni rispetto a quanto suggerito dagli algoritmi di IA. Questo è un punto importante: la documentazione di questi algoritmi, del loro utilizzo, della modalità di apprendimento, la misurazione dei livelli accettabili di accuratezza rispetto alle attività manuali, e soprattutto l'intervento umano che deve governare tutto il processo di lavorazione e soprattutto deve essere il principe della decisione finale, che poi ha effetto sul cittadino.

Da questo punto di vista questo processo di adozione dell'intelligenza artificiale nell'ambito delle analisi massiva di dati è anch'esso un supporto alle attività amministrative, e penso che lo sarà ancora nei prossimi anni, seppure potenziato e aumentato, ma sicuramente resterà fondamentale il principio per cui l'esperto di dominio, l'esperto amministrativo resti il dominus delle decisioni che hanno impatto verso l'esterno. Un'altra sfida importante, oltre alla qualità e oltre agli aspetti giuridici, riguarda il tema del modello operativo di lavoro, quindi della gestione della multidisciplinarietà. È un tema molto delicato, perché per rendere efficaci le analisi è evidente che abbiamo bisogno di far lavorare insieme in maniera strutturata delle persone che hanno dei background professionali e culturali molto diversi tra di loro con un modello operativo che deve essere focalizzato sugli obiettivi: nel mettere insieme esperti di dominio fiscale, piuttosto che informatici statistici, esperti di protezione dei dati e giuristi, è chiaro che ci dev'essere un coordinamento che ha il compito di orchestrare queste competenze verso un risultato concreto. Questa affermazione sembra banale, ma è importante, perché l'ambito dell'intelligenza artificiale può essere un ambito in cui soprattutto i tecnici specializzati possono essere propensi verso algoritmi molto sofisticati, oppure possono essere tentati di sperimentare algoritmi nuovi in un ambito in cui le tecnologie e le metodologie e le tipologie di algoritmi sono molto variegata e si aggiornano in continuazione. Ma l'amministrazione finanziaria, seppure sia tesa verso l'innovazione, non è un centro di ricerca, per cui noi dobbiamo identificare ambiti di applicazione che possono dare un risultato concreto in tempi ragionevoli, con attenzione a sperimentare innovazioni promettenti per il futuro.

W. S. J. J. J.

Un altro tema importante è quello dell'*accountability*: è chiaro che sebbene l'algoritmo possa essere utilizzato per assistere il funzionario, la responsabilità dell'azione amministrativa è sempre attribuita al funzionario o al dirigente che ha la responsabilità dell'atto amministrativo. In questo è evidente che alla base ci dev'essere un sistema che il funzionario o dirigente riesce a comprendere per prendersi questa responsabilità. Torna anche in questo caso il tema della spiegabilità degli algoritmi, il tema della documentazione del processo di utilizzo di questi algoritmi che deve sostenere l'applicazione all'interno del processo amministrativo.

Quindi in generale l'approccio che stiamo seguendo è un approccio deciso per l'evoluzione delle capability di analisi dei dati per la valorizzazione del nostro patrimonio informativo, ma anche attento e cautelativo rispetto a questi aspetti, perché se è vero che è facile sperimentare (eseguire un'attività tecnica, una *proof of concept*) su un ambito poco critico e magari anche molto innovativo, è molto complesso progettare il passaggio dalla fase di sperimentazione alla fase di produzione, che poi è quello che alla fine interessa.

Un'altra sfida relativa all'IA è quella di organizzare bene le fasi di apprendimento degli algoritmi, selezionando bene i dati, stando attenti alle discriminazioni che possono venire da sorgenti dati diciamo troppo ampie; cercare di ridurre l'*effort* sia nelle fasi di apprendimento, ma anche nelle fasi di manutenzione degli algoritmi, quindi di messa a punto, nelle fasi di post-produzione; mantenere elevata l'attenzione alla qualità dei dati e la massima cautela in ogni punto in cui questi nuovi sistemi possono avere degli impatti esterni.

Infine, lo scorso anno l'Agenzia delle entrate ha definito una proposta progettuale per il sup-

porto della DG Reform della Commissione europea per l'adozione di nuove metodologie e tecniche innovative di IA ai fini del contrasto all'evasione fiscale, anche per avere un'opinione esterna e autorevole a livello internazionale su queste tematiche, per cui è in corso un apposito progetto finanziato dall'Unione europea che si prevede termini a fine 2022.

Pierpaolo Bonanni

Responsabile dell'Area Technology Innovation dell'INPS

La mia area è parte della struttura dell'Innovazione Tecnologica e della Trasformazione Digitale di cui è responsabile l'Ing Vincenzo Di Nicola, che risponde al Direttore generale. In INPS ci sono già da tempo diverse progettualità di IA. Tra queste, ricordo i risultati sull'antifrode del PON-Legalità, finanziamento già del 2014.

In generale, possiamo classificare i sistemi di interesse in queste due categorie: c'è un utilizzo dell'IA che è rivolto principalmente verso l'utente cittadino e che quindi ha come obiettivo una comunicazione efficace, poi c'è tutta un'altra intelligenza artificiale che è orientata ai processi interni che ha come obiettivo quello dell'efficiamento. Confermo che, anche per INPS, come per le altre amministrazioni, le decisioni e le scelte hanno un valore ufficiale molto elevato, per cui se si sbaglia l'impatto, anche di immagine e di credibilità, sarebbe più disastroso rispetto a un ente privato. Inoltre, va tenuto fermo che, come per altre amministrazioni, anche per noi le decisioni finali spettano sempre alla persona fisica, se parliamo in questo caso dell'esercizio dei compiti istituzionali. La semaforica accesa degli strumenti di Machine Learning e di IA in senso generico deve essere qualche cosa che va a conferma o suggerisce una scelta, o che fa da filtro o smistamento, come nel caso delle PEC, per efficientare il processo o per far focalizzare le persone su attività a valore aggiunto, riducendo le attività manuali ripetitive, che rubano tempo e sono a rischio di errore. Sulla parte di comunicazione efficace uno strumento è già in produzione: è l'assistente virtuale. Un altro strumento è il motore di ricerca, in questo caso cognitivo, che introduce una maggiore capacità di com-

preensione del linguaggio dell'utente, che per l'istituto può essere molto eterogeneo rispetto ai diversi ambiti di ricerca, perché tutte le categorie, le classi assistite di qualsiasi età, sono molto diversificate. Molto complesso è il tema del linguaggio. E poi sono a piano anche dei motori di *matching* e di *recommendation* per aiutare i cittadini a fruire delle prestazioni in modo proattivo. Per quanto riguarda l'efficientamento dei processi c'è il tema del *routing* intelligente del flusso di lavoro come lo smistamento delle PEC. Poi la dott.ssa Del Mondo parlerà dell'IA a supporto delle decisioni e più in generale dell'automazione di processo. Poi altri due ambiti importanti sono quelli dell'antifrode, dove per la verità la maggior parte dei controlli sono ancora basati sulle regole mentre l'IA serve a far emergere i sospetti facendo correlazione tra le informazioni disponibili. Vediamo con maggior dettaglio alcune iniziative già avviate: ci sono chatbot per orientare il cittadino verso una prestazione (es. NASPI), ma anche a supporto della simulazione (es. PENSIONE), piuttosto che per verificare più nel dettaglio quali sono i requisiti di accesso ad una prestazione. La lezione appresa fino ad oggi è che il *chatbot* non è uno strumento adeguato a spiegare nel dettaglio la prestazione ma può essere molto utile a supporto dell'indirizzamento verso la prestazione, dove il motore di ricerca non riesce ad essere efficace, e c'è bisogno di una qualche ricostruzione del contesto del cittadino. Il *chatbot* deve essere capace di facilitare la vita al cittadino, eventualmente nel recuperare la pagina dove poi la prestazione viene spiegata in maggior dettaglio. Il motore di ricerca, se vogliamo, ha la stessa funzione dell'assistente virtuale, però con la differenza che la modalità di interazione nel caso del motore di ricerca è *one shot*, nel caso dell'assistente virtuale c'è una conversazione, c'è un modello di dialogo che consente di arrivare alla risposta corretta. Allora due

Del Mondo

punti di attenzione: un punto è quello che effettivamente avendo in corsa tanti progetti di assistenti virtuali che parlano al cittadino c'è un certo rischio di fare confusione a chi cerca informazioni. Non è soltanto un problema di identità dell'assistente virtuale o di estetica, ma soprattutto un tema di razionalizzazione delle basi di conoscenza che stanno dietro l'assistente virtuale; perché tipicamente ogni singolo *chatbot* si appoggia ad una specifica base di conoscenza, sulla quale viene istruito per consentire di riconoscere le domande e fornire adeguate risposte. Un altro punto è quello dei rischi associati al fallimento dell'interazione, più nella pubblica amministrazione che in altri contesti, anche la singola risposta errata, o non corretta, può diventare un problema perché disaffeziona l'utente dal canale digitale, non soltanto dal *chatbot*. Adesso, l'azione per redimere questi due punti di caduta è quella di lavorare su un'architettura su due livelli. Al primo livello si gestisce l'orchestrazione ed il dialogo generalista, sul secondo si incrementano le varie *skills* relative alle basi di conoscenza, fornendo una coerenza e un controllo sulle risposte più preciso ed efficace.

L'altra sperimentazione è quella sui motori di ricerca cognitivi: i motori di ricerca li stiamo indirizzando su due direzioni: quella verso il portale istituzionale, per cui l'obiettivo è accorciare la distanza nel percorso di navigazione del portale, quella verso gli utenti interni, dove stiamo anche sviluppando un programma importante di cambiamento culturale e di *upskilling* delle risorse con al centro una migliore gestione della conoscenza. Si sta operando sulla mappatura anche delle normative, degli standard di classificazione di informazioni, e quindi sulla capacità di recuperare l'informazione sulla base delle competenze che gli utenti dovranno sviluppare nel proprio percorso di carriera, piuttosto che nei processi specifici. Il motore di ricerca cognitivo, grazie ai

meccanismi di *deep learning* e di approssimazione vettoriale, può dare ottimi risultati. Sappiamo che l'industria del software è sufficientemente matura per dare un valore aggiunto. La capacità di indicizzare i metadati che poi vengono utilizzati per l'informazione non è sufficiente, ma è necessario avvicinare questi contenuti arricchiti a una modalità linguaggio dell'utente, che può anche commettere errori, introdurre problemi di tassonomia, di sintassi, di lessico. Quindi stiamo sviluppando le tassonomie e le sintassi che servono soprattutto per interpretare bene la stringa di ricerca fornita dall'utente; cioè per riconoscere la *query* e ricondurla ai metadati che descrivono le basi di conoscenza. Problema comune è quello di fare il training sulle basi di conoscenza che però evolvendo possono andare a divergere in termini di terminologie utilizzate. La base di conoscenza è un database non facilmente governabile, quindi l'approccio corretto è quello di utilizzare l'IA per collegare dinamicamente queste basi di conoscenza ad un centro stella di faccette comuni.

L'ultima progettualità è il *routing* intelligente: la classificazione automatica delle PEC. Le ragioni per cui siamo stati premiati dall'UNESCO è che il valore generato da questa iniziativa è veramente molto elevato. Parliamo di oltre 4 milioni di PEC ricevute ogni anno: riuscire a classificarle con lo stesso livello di efficacia di un essere umano che la apre e cerca di assegnarla al gruppo di lavoro corretto, significa effettivamente avere il GO a utilizzare la tecnologia e abbattere drasticamente il carico di lavoro degli operatori. Dal punto di vista dell'innovazione abbiamo detto "proviamo a vedere anche delle tecnologie che non sono più soltanto una moda", in termini di algoritmi, ma stanno diventando una realtà. Parliamo quindi della tecnologia dei transformer, come il BERT, GPT2 ed altri. Nell'ambito del *machine learning unsupervised* i transformer sono

una classe di algoritmi che si presta molto bene alla comprensione profonda dei costrutti grammaticali di una lingua. Questi sono dei modelli cosiddetti *self-trained*: non ricevono in pasto una base dati ma cominciano a parlare con degli utenti e mentre dialogano apprendono i meccanismi di produzione e li usano. Sono chiaramente dei modelli nuovi, ancora non così addestrati, perché richiedono molto più tempo rispetto ai precedenti, perché devono interloquire direttamente con l'utenza. Abbiamo testato più algoritmi ed ottenuto un'accuratezza dell'87%, ovvero un errore nell'indirizzamento approssimabile o inferiore a quello che farebbe un essere umano. In questo momento ci sono progetti pilota in diverse città: Milano, Napoli, Teramo e altri centri.

W & Law

Giovanna Del Mondo

Dirigente Ufficio Regolarità contributiva e Aree professionali presso la Direzione Centrale Tecnologia Informatica Innovazione (DCTII) di INPS

Lavoro in INPS da più di vent'anni, ho iniziato con incarichi da capo progetto e da 10 anni ricopro l'incarico dirigenziale per l'ufficio che si occupa di tre ambiti relativi alla gestione del credito, regolarità contributiva e aree professionali.

Ho dei collaboratori interni e risorse esterne che si occupano di mantenere e far evolvere più di quaranta procedure a supporto sia delle sedi territoriali che dell'utente esterno.

Collaboro sia con il direttore Buono, per la parte di riscossione coattiva tramite gli avvisi di addebito, e con altri enti, tra cui il Ministero della giustizia, per tutta la parte del contenzioso, per la quale abbiamo fatto una sperimentazione di IA. Sono stata molto attenta all'intervento di Giuseppe che ritengo molto utile, condivido il fatto che comunque gli strumenti di IA, come ha osservato anche Paolo Bonanni, sono a supporto dei processi di erogazione di servizi verso l'utenza. Sono a supporto degli operatori ma non possono sostituirlo totalmente. Possono aiutare, coadiuvare nelle attività. Inoltre riguardo a come nascono i progetti di intelligenza artificiale mi sono anch'io appuntata la domanda "come nascono questi progetti".

Diciamo che nel tempo, ci sono state sempre delle iniziative, di progetti innovativi, più che di IA, preferisco dire progetti innovativi con l'obiettivo di sperimentare nuove tecnologie e nuovi strumenti, sempre nell'ottica di migliorare le attività degli operatori e ovviamente i rapporti con l'utenza esterna: l'obiettivo è sempre erogare servizi di qualità all'esterno.

Tra questi tentativi ricordo l'antifrode: già nel 2005 abbiamo messo in piedi un sistema per analisi dei dati, di data mining, che cercava di ri-

levare i fenomeni fraudolenti per la lotta all'evasione contributiva. Un'altra sperimentazione interessante che ricordo, è stata quella sulla percezione indebita degli assegni familiari. Un altro esempio, che ancora è in funzione, è una tecnica di data mining per individuare il percorso ottimale dei medici per le visite mediche di controllo.

Ecco diciamo che tante iniziative ci sono state nel tempo, anche con l'introduzione di algoritmi sofisticati. Solo negli ultimi due anni però, con la nuova struttura organizzativa di cui fa parte Paolo, che ci sta dando grossi contributi, l'uso di canali e strumenti innovativi tra cui l'IA sta diventando un processo ordinario e strutturato. Quindi tornando alla domanda, la scelta viene sia dal basso per rispondere alle esigenze del personale sia dall'alto per realizzare gli obiettivi dei Piani strategici; ad esempio per il PNRR l'Istituto ha individuato più di 100 progetti innovativi tra gli ambiti previsti dal governo.

Per entrare nel vivo dell'argomento questa slide parla un po' di come sono stati approcciati gli strumenti di IA più o meno come ha detto il direttore Buono. Sul fatto di supportare o meno i processi, dall'altro lato abbiamo tutta una serie di algoritmi e motori cognitivi per efficientare i rapporti con l'utenza. A seconda dell'obiettivo abbiamo utilizzato un sistema piuttosto che un altro, a seconda del contesto e del caso d'uso.

L'approccio è stato quello di fare un *assessment* in particolare nel settore del contenzioso: quindi analizzare il processo di contenzioso, le possibili criticità e gli strumenti di IA per poter ridurre tali criticità. Ad esempio abbiamo notato che, in sede, c'erano ancora attività manuali, attività semi-manuali con cui gli operatori effettuavano delle operazioni di *data entry*. Quindi cosa è stato fatto: sono stati adottati degli algoritmi di analisi di testo, dal dato non strutturato al dato



strutturato. Quindi alcuni pezzi di processo sono stati automatizzati con algoritmi intelligenti.

Un'altra criticità era quella di avere una macchina istituzionale prevedibile nei tempi e nelle modalità operative, favorendo così la nascita di azioni fraudolenti a danno dell'Istituto.

Con strumenti innovativi di data mining si è cercato di analizzare i diversi sistemi informativi per far emergere quelle situazioni potenzialmente critiche e fornire indicazioni a supporto delle relative decisioni strategiche; sistemi intelligenti di analisi capaci di indirizzare correttamente gli utenti nelle attività in materia di contenzioso. In INPS ci sono circa trecento avvocati sul territorio che si occupano di contenzioso e altrettanti funzionari che aiutano gli avvocati nella parte soprattutto dell'ATPO e dell'invalidità civile. Abbiamo cercato di usare diversi strumenti più o meno innovativi per agevolare l'attività degli avvocati e ridurre l'indice di soccombenza.

Un'altra criticità è la frammentarietà delle attuali procedure, diverse piattaforme, diversi gestionali, diversi verticali, i cui collegamenti sono abbastanza fragili. L'obiettivo era quello di creare una piattaforma unica ai fini gestionali anche per garantire un monitoraggio più semplice e quindi un'analisi predittiva e deterministica più semplice. Un conto è avere piattaforme che parlano un linguaggio diverso e un conto è avere una piattaforma unica. Quindi abbiamo progettato una soluzione con strumenti per centralizzare i vari verticali (Piattaforma unica del contenzioso). Le criticità che abbiamo riscontrato riguardavano, da un lato, l'assenza di automatismi, dall'altro la mancanza di strumenti di monitoraggio che indirizzassero gli uffici legali dell'Istituto. Ovviamente l'approccio che è stato utilizzato è sempre quello di una *digital evolution driven*. Il problema non è tanto la disponibilità del dato ma è la qualità dello stesso; dati ce li abbiamo e sono anche troppi, quello che manca è proprio la

qualità del dato. Quindi si lavora più per rendere un dato di qualità, strutturato, che ti fornisca una conoscenza corretta di un fenomeno, piuttosto che sulla disponibilità dei dati. I dati ci sono e tanti sono anche sottoutilizzati per mancanza di qualità che si fa fatica a ottenere.

Qui in questa slide abbiamo un'evidenza sulla organizzazione delle informazioni. Sappiamo tutti che il processo che ci porta dal dato all'informazione, e dall'informazione alla conoscenza sembra semplice ma è invece molto complesso. Il primo passo da fare è uniformare il linguaggio, quindi dobbiamo creare un vocabolario condiviso, capace di rappresentare univocamente le informazioni. Spesso anche tra di noi interni usiamo parole e acronimi diversi.

Altra cosa importante sono i metadati, quindi la creazione dei metadati è fondamentale. I metadati sono alla base della creazione di centri di conoscenza o sistemi di IA. Poi abbiamo gli OCR che abbiamo utilizzato per catturare le informazioni da immagini, da testi ecc.

Il primo punto, quindi, è saper organizzare le informazioni.

In questo ambito abbiamo fatto proprio una sperimentazione che ha come input una sentenza, sappiamo che le sentenze sono di diverso tipo, e purtroppo ancora oggi nel 2022 c'è questa attività residuale, con l'omino che inserisce dati nelle procedure di contenzioso.

Al fine di evitare questa attività manuale da parte dell'operatore abbiamo adottato algoritmi di ML e di apprendimento.

Quindi abbiamo adottato proprio delle tecniche di sostituzione di processi, per distribuire poi le risorse in altre attività. Ovviamente c'è sempre un margine di errore, quindi non viene completamente sostituito l'uomo, ma viene affiancato con questo programma intelligente capace di fare cose in autonomia.



Law
Siamo in grado di disporre di sistemi di analisi predittiva che riescono a indirizzare l'avvocato verso determinati comportamenti. Ad esempio, abbiamo scoperto che il contenzioso perso nel Sud è molto più elevato nell'ambito dell'invalità civile piuttosto che al nord. Ci sono casistiche che abbiamo individuato proprio grazie a questi algoritmi evoluti.

Poi c'è tutta la parte che riguarda il motore cognitivo e gli assistenti virtuali, che possono essere impiegati anche nell'ambito contenzioso. Noi abbiamo dato molta enfasi e attenzione al processo piuttosto che ai sistemi decisionali e quindi alla parte analitica.

Abbiamo inoltre un sistema per la ricerca cognitiva per comunicare con l'operatore di sede e con gli uffici legali tramite *iperlink* e tutta una serie di regole che guidano l'operatore nella ricerca intelligente di determinati concetti al fine di orientare i comportamenti.

Infine, abbiamo gli assistenti virtuali di cui ha già parlato Paolo. Il primo assistente che non era proprio intelligente ma quasi, se vi ricordate abbiamo fatto Wiki nel 2004 ed è stato il primo assistente virtuale femminile che cercava di guidare l'utente e di interpretare la voce. È chiaro che la tecnologia di allora non è quella di oggi.

In ultimo vi illustro l'algoritmo che abbiamo utilizzato come sperimentazione. Abbiamo elaborato una ottantina di PDF diversi, di sentenze, con l'obiettivo di trasformare un dato strutturato e poter andare avanti con l'elaborazione: numero sentenza, controparti [...] si tratta di un algoritmo di *machine learning* e non di *deep learning*. Molto spesso l'IA si confonde con *machine* o *deep*, in realtà la differenza la fa il merito del modello di apprendimento che c'è alla base. Quindi se abbiamo un modello che necessita di un *feedback* umano, che lo indirizza in qualche modo, facendo migliorare l'algoritmo, parliamo di *machine*. Nel caso invece in cui si ha la piena

autonomia del sistema intelligente, la piena abilità, che non necessita del *feedback*, allora c'è il mondo *deep learning*. Noi abbiamo utilizzato *machine learning* che necessita di un *feedback* umano, di essere alimentato continuamente e di un riscontro sulla correttezza o non correttezza del dato, in modo da ridurre al minimo il rischio di errori. Siamo arrivati ad una percentuale molto alta di attendibilità, più del 95%, con un margine di errore di solo il 5% elaborando una ottantina di sentenze diverse.

Questo è stato un primo passo di utilizzo di IA orientata soprattutto alla trasformazione in maniera molto veloce del dato, dalla forma non strutturata alla forma strutturata, per poi poter procedere a tutti gli altri interventi che riguardano l'analisi e la costruzione di sistemi intelligenti sui dati.

Antonella Ciriello

Magistrato, Consigliere Ministra della Giustizia

Sul versante dell'intelligenza artificiale, nel settore della giustizia, la strada è ancora lunga, ma da ultimo sono stati percorsi passi da gigante.

Se, infatti, è vero che non risultano ancora elaborati sistemi di intelligenza artificiale, sia come strumenti organizzativi, idonei ad interrogare gli archivi che custodiscono le informazioni relative ai processi, che quali strumenti di conoscenza e previsione delle decisioni giurisdizionali, applicati alle banche dati giurisprudenziali, iniziative significative in tal senso sono in corso, prima di tutto per trasformare tutti i dati giudiziari in digitali, per raggiungere un obiettivo di completezza, coerenza ed unificazione di tutti i dati (allo stato le maggiori criticità riguardano il settore penale) e quindi per raccogliarli in maniera unitaria.

Ed infatti, come è intuitivo, la qualità dei dati è il primo elemento su cui bisogna lavorare, per poter ragionare poi, in termini di utilizzo della tecnologia dell'intelligenza artificiale.

In particolare, nell'ambito delle iniziative promosse dal PNRR, risulta al centro l'idea che solo l'informatizzazione della giustizia può produrre maggiore efficienza, e risulta quindi promossa e finanziata una imponente digitalizzazione di tutti i dati (informazioni e provvedimenti) giudiziari, per essere collocati in un completo DATA LAKE, pronto ad essere interrogato con tecnologie moderne, in favore della conoscenza piena del fenomeno giustizia, sia da parte degli operatori del settore che dai cittadini, per una completa trasparenza.

Altri settori della pubblica amministrazione, hanno intrapreso questo cammino da anni, come per esempio l'istituto previdenziale INPS, la cui banca dati è completamente digitalizzata da tempo.

Nella mia esperienza di giudice del lavoro e della previdenza e assistenza posso testimoniare

come, prima che questa modernizzazione fosse attuata, la assenza della digitalizzazione si traducesse in grandi difficoltà di controllo da parte dell'istituto quanto alle prestazioni erogate e, si traducesse in difficoltà anche dell'autorità giudiziaria, in caso di controversi.

In particolare, soprattutto in alcuni territori, era indubitabile una difficoltà maggiore nel fronteggiare l'abuso della domanda e del processo (soprattutto nel settore agricolo; ad esempio presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, si è registrato un contenzioso molto gonfiato dalla difficoltà di gestire le informazioni, sia lato Istituto che giudiziario).

Questo problema è stato risolto con l'informatica anche sul versante della giurisdizione; ed infatti, con un processo iniziato nei primi anni 2000, ma completato progressivamente, sono stati informatizzati i ruoli della Giustizia ed è stato possibile scovare gli abusi del processo (che nell'esempio di cui sopra, per il contenzioso dell'INPS significava a quei tempi, frazionare o duplicare la domanda per ricevere, anche più volte, la liquidazione oppure, comunque, aumentare la liquidazione delle spese in giudizi celebrati separatamente, nonostante potessero e dovessero essere trattati congiuntamente, con la riunione di procedimenti).

Dunque la digitalizzazione dei dati, si traduce, plasticamente, nella possibilità -attraverso *software* adeguati- di disporre di tutte le informazioni e poterle gestire; e costituisce indubitabilmente il presupposto per applicare algoritmi o sistemi di intelligenza artificiale.

Occorre distinguere due profili diversi, quello relativo alla conoscenza della giurisprudenza, e quello della organizzazione della giurisdizione.

Esaminando il primo profilo, uno dei punti critici da risolvere nel settore della giustizia, sul versante civile, dove quasi tutti i dati sono presenti digitalmente nei registri informatici e le decisioni

sono quasi tutte disponibili in formato digitale, è quello della anonimizzazione o pseudo-anonimizzazione delle decisioni, per epurarle dei dati sensibili e consentirne la diffusione.

E' indispensabile, al riguardo, la predisposizione di sistemi che in maniera automatica, provvedano a tale operazione, sollevando gli operatori dalla necessità di provvedere a questo incombenente manualmente (come accade per esempio in Corte Suprema, che si avvale di collaboratori esterni): Ed infatti, ad oggi, l'assenza di automatismi o di precise modalità, anche organizzative, penalizza la pubblicazione dei dati consistenti in provvedimenti giurisprudenziali, nonostante sia disponibile un luogo di raccolta (la banca dati dei provvedimenti civili di merito è disponibile sul portale dei servizi telematici del ministero della Giustizia)

Anche tale aspetto, tuttavia, rientra tra gli obiettivi del PNRR che, oltre alla digitalizzazione, prevede di introdurre sistemi di anonimizzazione o pseudo-anonimizzazione e raccolta dei dati in *data lake* amplissimi, per utilizzare le informazioni a vari fini.

Da ultimo fervono, inoltre, discussioni tra gli studiosi in ordine all'uso dei sistemi di intelligenza artificiale, a fini predittivi, aspetto più affascinante dell'innovazione.

Lasciando da parte opportunità e rischi connessi a queste tecnologie, è innegabile che l'Intelligenza Artificiale, con la potenza di calcolo degli algoritmi e un sistema di relazioni e di auto-apprendimento, costituisca uno strumento a cui non possiamo rinunciare, per mettere in collegamento non solo i dati organizzativi ma anche i dati giudiziari rappresentati dalle sentenze, dai provvedimenti.

Allo stato, anche per i problemi pratici evidenziati si registrano, discussioni di carattere generale, circa le possibilità di utilizzo di un siffatto sistema (che mai potrebbe sostituirsi al giudice ma

solo indirizzarne gli studi), e pure, si assiste, sul piano pratico alle prime, sia pure acerbe e incomplete, sperimentazioni.

Si tratta, per lo più, di iniziative promosse a livello locale, da uffici giudiziari, centri di ricerca, università sparse sul territorio, mentre manca al momento un sistema centralizzato ed istituzionale che, probabilmente, vedrà la luce con le iniziative ampie connesse al PNRR:

Ed infatti, è evidente che una sperimentazione su una base dati limitata non è funzionale allo sviluppo di sistemi di giustizia predittiva, ma può solo servire di stimolo e fornire un modello di lavoro.

Sarà necessario risolvere i problemi cui si è fatto cenno riguardo ai dati giudiziari che sono provvedimenti, che devono -prima di tutto- essere prodotti in formato nativo digitale.

Al riguardo, le leggi delega di riforma del processo civile e penale contengono indicazioni ben precise, che saranno raccolte nei decreti delegati.

Solo recentemente, anche il settore della Corte di Cassazione, che però dispone da decenni di una propria Banca giurisprudenziale completa, a differenza di tutti gli altri uffici giudiziari, ha visto la possibilità di produrre in Corte di Cassazione sezioni civili, atti digitali nativi, che preludono ovviamente alla creazione di un *data Lake* utile per fare delle previsioni sugli sviluppi della giurisprudenza. D'altro canto, interi settori, come giudici di pace e giustizia minorile, ancora aspettano di essere dotati di propri applicativi per produrre atti digitali nativi.

Gli uffici ove gli atti digitali sono più presenti, sono quelli giudiziari civili di merito (i Tribunali e le Corti d'Appello), anche se con delle differenze leggere sia delle parti che del giudice.

In particolare, nel merito, già prima del periodo emergenziale, se in generale per le parti erano obbligatori gli atti successivi a quelli introduttivi,



mentre solo il decreto ingiuntivo era obbligatorio per il giudice, di fatto la maggior parte degli atti era presente in formato digitale.

Ciò in quanto, essendo obbligatoria la comunicazione telematica degli atti del giudice sin dall'anno 2012, da allora è stata curata la digitalizzazione di quelli (eventualmente) depositati in formato cartaceo.

Sul versante penale, invece, manca ancora la possibilità per il giudice di produrre atti digitali nativi dal merito alla Cassazione, e sono presenti atti digitali non nativi, anche se una spinta verso la modernità è stata prodotta solo recentissimamente dall'emergenza sanitaria, per quanto attiene agli atti delle parti.

Il versante della giustizia amministrativa e tributaria si registra una maggiore modernità, dovuta a vari fattori, quali la minore complessità dell'organizzazione della giustizia amministrativa (sia per la natura impugnatoria del processo che per i numeri che la caratterizzano), sia per l'utilizzo di modalità di organizzazione rimesse a soggetti terzi (nel caso della giurisdizione tributaria); che dispongono di risorse e metodi organizzativi più evoluti (da anni le sentenze delle Commissioni tributaria, pur non rese in formato digitale, vengono interamente digitalizzate e rese consultabili e ricercabili, mentre da ultimo risultano essere depositate in formato digitale nativo obbligatorio).

Concludendo, nel cammino di modernità l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale per la analisi della giurisprudenza, e la predizione degli esiti delle controversie, è irrinunciabile e più vicino di quanto si possa credere atteso che, per tutto il settore civile e la Corte di Cassazione civile, per tutto il settore tributario e amministrativo, i dati sono già digitalizzati.

Ciò che deve essere evitato, probabilmente, è il fiorire di iniziative molteplici e scoordinate che possano sovrapporsi o, addirittura, confliggere

tra loro (pertanto sono opportune iniziative di studio e confronto, come queste).

Quanto poi agli altri aspetti, di utilizzo dell'intelligenza artificiale, a fini organizzativi della giustizia, anche su questo versante, occorre risolvere diverse criticità.

I dati statistici, infatti, sono fondamentali per la conoscenza del contenzioso e per la migliore organizzazione della risposta giurisdizionale, ma il paese, ad oggi, soffre, come accennato, di una difficoltà di razionalizzazione della loro raccolta ed esame.

Accanto alla Direzione generale di statistica, articolazione del Ministero che studia i dati giudiziari, infatti altri soggetti se ne occupano, istituzionalmente, quali gli Uffici Giudiziari, che producono i dati e il Consiglio Superiore della Magistratura (per non citare a livello nazionale l'ISTAT e a livello sovranazionale ma CEPEJE).

Prima di tutto negli uffici, i dirigenti, nell'ambito delle attività che svolgono istituzionalmente nel dialogo con il Consiglio Superiore della magistratura, relative ai programmi per la gestione dell'ufficio (di cui al d.lgs. 98/2011) sono tenuti, alla fine di ogni anno, ad una capillare analisi dei dati, prevalentemente civili, per operare un programma di gestione per lo smaltimento dell'arretrato.

I dati sono poi, tra l'altro, esaminati dai dirigenti per valutare le performance dell'ufficio e dei giudici e pensare e produrre la migliore organizzazione ai fini tabellari (ossia di distribuzione delle risorse) e, pertanto gli stessi sono alla base delle tabelle organizzative degli uffici redatte ogni 4 anni, oltre che del documento organizzativo dell'Ufficio (redatto ogni tre anni), approvate dal Consiglio Superiore.

L'ispettorato, poi del Ministero della Giustizia, analizza i dati degli uffici, nelle ispezioni periodiche, per valutare azioni disciplinari.



Infine ogni singolo magistrato, per organizzare il proprio lavoro, deve essere in grado di conoscere i dati statistici che lo riguardano, anche ai fini del proprio rapporto di professionalità da presentare al Consiglio Superiore (previo parere del Dirigente e del Consiglio Giudiziario).

È lampante che la legislazione primaria e regolamentare ha prodotto una gran quantità di strumenti organizzativi che si basano sulla lettura dei dati, mentre non risulta ancora prodotto un unico sistema per interrogare i dati giudiziari che offra risultati coerenti a tutti coloro che, sia pure con profili e finalità diverse, se ne debbano avvalere.

Ed infatti, il Ministero, il Consiglio Superiore, lo stesso Ispettorato, interrogano sistemi non sempre allineati, eterogenei e avvalendosi di *software* diversificati, pervenendo a risultati inevitabilmente risultati diversi e spesso contraddittori. L'attuale momento storico offre tante possibilità alla giustizia, con nuove assunzioni, iniezioni di fondi, e novità assolute (come l'arrivo delle ottomila unità degli addetti all'ufficio del processo, chiamati a sostenere la giurisdizione per renderne l'attività più efficiente e abbattere l'arretrato).

Appare però di estrema importanza la creazione di un sistema di raccolta dei dati giudiziari statistici omogeneo e condiviso, che li renda coerenti e disponibili, sia pure con profili che determinino modalità di conoscenza diversa, per tutti gli operatori della giustizia e, entro certi limiti, studiosi e cittadini.

Occorre, in particolare, superare il nodo della "titolarità" dei dati giudiziari, per favorire la conoscenza a vari livelli e quindi la trasparenza della azione amministrativa e giudiziaria.

Tutte queste operazioni costituiscono le basi ineliminabili per il progresso del paese, sulla strada tracciata dalla Costituzione e sono preliminari a

qualunque ulteriore evoluzione tecnologica ulteriore.